

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقاً)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الثامن

عقد العارية – عقد المقاولة – التزام المرافق العامة – عقد العمل

(المواد 635 – 698)



9 شارع سامي البارودي – باب الخلق – القاهرة

19 شارع بيرم التونسي – زينهم – السيدة زينب

ت: 23960443 – 23953301 – 0117997998

Email- dar.mahmoud88@hotmail.com

الفصل الثانى

العارية

مادة (635)

العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يردده بعد الاستعمال.

الشرح

1- التنظيم التشريعى لعقد العارية :

أوردت التنظيم التشريعى لعقد العارية المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد تحت عنوان (نظرة عامة)، وقد جاء بها:

"وضعت العارية إلى جانب عقد الإيجار باعتبارهما من العقود التى ترد على المنفعة كما أشير إلى ذلك فى باب القرض.

واتبع فى ترتيب أحكامها ترتيبا منطقيا كما اتبع فى غيرها من العقود المشابهة لها، فعرفت العارية، ثم ذكرت التزامات المعير، فالتزامات المستعير، وختم الموضوع بأسباب انقضاء العارية.

ويختلف المشروع عن التقنين الحالى فى مسائل أهمها ما يأتى:

- 1- جعل المشروع العارية عقدا رضائيا، وهو عينى فى التقنين الحالى، وذلك تمشيا مع التطور الحديث، وطبقا لما أخذ به فى عقد القرض.
- 2- بين المشروع بوضوح أن العارية عقد ملزم للجانبين.
- 3- وضع المشروع أحكام المصروفات التى يقوم بها المستعير، فبين حكم المصروفات الضرورية والنافعة ونفقات الصيانة والنفقات اللازمة لاستعمال الشيء كما بين حكم ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. وقرر للمستعير الحق فى حبس العارية إلى أن يستوفى ما يكون مستحقا له من مصروفات وتعويضات.
- 4- عين المشروع مقدار العناية الواجبة على المستعير فى المحافظة على العارية، فطلب منه أكبر العناية، بل اقتضى منه أن يقدم المحافظة على العارية على المحافظة

على الشيء المملوك له. غير أنه اكتفى بأن يرد العارية بالحالة التي تكون عليها وقت الرد.

5- بين أسباب انقضاء العارية وعنى بحق المعير فى إلغاء العارية إذا احتاج إلى الشيء المعار، أو أساء المستعير استعمال ذلك الشيء، أو أصبح فى حالة إعسار⁽¹⁾.

2- تعريف عقد العارية :

عرفت المادة 635 من التقنين المدنى عقد العارية بقولها:
"العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال"⁽²⁾.
وبين من هذا التعريف أن محل عقد العارية شيء غير قابل للاستهلاك يسلمه المعير للمستعير ليستعمله دون عوض، على أن يردّه عينا عند نهاية العارية.
وسنعرض فى البند التالى لخصائص عقد العارية.

3- خصائص عقد العارية :

(أ) العارية عقد رضائى :

العارية عقد رضائى يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص، وذلك بالرغم من أن العارية من عقود التبرع دائماً فعقد التبرع الشكلى هو عقد الهبة لأنه ينقل الملكية، ولا يقتصر كعقد العارية على ترتيب التزام شخصى.
ومفاد ذلك أن التسليم ليس ركناً من أركان العقد وينعقد العقد بدونه، وإنما هو مجرد التزام يرتبه العقد على عاتق المعير.

وفى هذا يختلف الوضع فى القانون الجديد عما كان عليه القانون القديم، إذ كان عقد العارية فى ظل القانون الأخير عقد عينى لا ينعقد إلا بالتسليم.
وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد تحت عنوان "نظرة عامة" ما يأتى:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 664 وما بعدها.

(2) العارية لغة: إعارة الشيء.

"ويختلف المشروع عن التقنين الحالى فى مسائل أهمها ما يأتى:

1- جعل المشروع العارية عقدا رضائيا، وهو عينى فى التقنين الحالى، وذلك تمشيا مع التطور الحديث، طبقا لما أخذ به فى عقد القرض⁽¹⁾..... إلخ".

(ب) العارية عقد ملزم للجانبين:

فيلتزم المعير بتسليم الشئ المعار إلى المستعير كما يلتزم ببعض الالتزامات الأخرى التى سنعرض لها فى موضعها، كما يلتزم المستعير باستعمال الشئ المعار فى الغرض المعد له وبالمحافظة عليه ورده عند انتهاء الوديعة.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن العارية كانت فى ظل التقنين المدنى القديم عقدا ملزما لجانب واحد، تأسيسا على صفتها العينية فكان التسليم ركنا فيها لا التزاما متولدا عنها، فلما زالت هذه الصفة وأصبحت عقدا رضائيا، صار ذلك التسليم التزاما على عاتق المعير، ومن ثم نشأ عنها التزامات فى ذمة الجانبين فيها⁽²⁾.

بينما ذهب البعض الآخر - والذى نؤيده - إلى أن العارية كانت فى القانون القديم ملزمة للجانبين ذلك أن العارية لما كانت عقدا عينيا فى القانون المذكور كانت تنشئ التزاما فى ذمة المعير، لا بالتسليم فإن هذا كان ركنا لا التزاما، بل بالامتناع عن استرداد الشئ المعار قبل نهاية العارية. ويؤكد ذلك ما ورد فى المادة 636 مدنى من أنه "يلتزم المعير أن يسلم الشئ المعار.... وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية". فالالتزام بتسليم الشئ المعار كان فى التقنين المدنى السابق ركنا لا التزاما كما سبق القول، أما الالتزام بترك الشئ المعار للمستعير والامتناع عن المطالبة برده إلا عند نهاية العارية فهذا التزام قائم فى ذمة المعير سواء كانت العارية عقدا رضائيا أو عقدا عينيا. ويبين من ذلك أن العارية، عندما كانت عقدا عينيا، كانت تنشئ التزاما فى جانب المعير بترك الشئ المعار للمستعير إلى نهاية العارية، يقابله فى جانب المستعير التزام بالمحافظة على الشئ المعار. فإذا أدخل المستعير بهذا الالتزام وقصر فى المحافظة على الشئ المعار، جاز للمعير أن يتدخل من التزامه المقابل عن طريق فسخ العقد واسترداد ما أعاره قبل انتهاء العارية. وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تسرى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 664.

(2) الدكتور محمود جمال الدين زكى مبادئ القانون المدنى فى العقود المسماة الصلح، الهبة، القرض والدخل الدائم، العارية الطبعة الأولى ص 237.

على عقود العارية. ومن ثم فلا محل إلى القول - كما ذهب البعض - إلى أن قاعدة الفسخ تسرى على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسرى على العقود الملزمة للجانبين، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في عقد العارية بالإسقاط. بل يبقى الفسخ على طبيعته مقصورا على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد العارية حتى لو كان عقدا عينيا. وهذا التحليل لا يزال ضروريا حتى بعد أن أصبحت العارية عقدا رضائيا، وذلك أن المعير إذا فسخ العارية في حالة إخلال المستعير بالتزامه في المحافظة على الشيء، فإن المعير لا يتحمل بذلك من الالتزام بالتسليم بل من الالتزام بالامتناع عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية العارية⁽¹⁾.

(ج) العارية من عقود التبرع؛

العارية من عقود التبرع، وتعتبر المجانية كما في الهبة قوام هذا العقد، وليست كما في القرض من طبيعته فقط. ولذلك نصت المادة 635 على أن العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير... ليستعمله بلا عوض". وعلى هذا أيضا كانت تنص المادة 568/467 من التقنين المدني القديم بقولها "عارية الاستعمال تكون بلا مقابل أبدا".

ولكن نية التبرع ليست عنصرا فيها كما هو الشأن في عقد الهبة فيعتبر العقد عارية ولو قصد المعير من ورائه إلى تحقيق مصلحة شخصية كخاطب يعير مخطوبته جواهر ثمينة عند ظهورها معه في الحفلات⁽²⁾.

ويميز الفقه عادة في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات فعقود التفضل يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله، أما الهبات فيخرج فيها المتبرع عن ملكية المال المتبرع به. ومن ثم تكون العارية عقد تفضل، لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها⁽³⁾.

(د) عقد العارية يخول المستعير استعمال الشيء لا استغلاله؛

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية- المجلد الأول 1963 ص 1509 وما بعدها.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 237.

(3) السنهوري ص 1510.

عقد العارية يخول المستعير أن يستعمل الشيء لا أن يستغله، ويده عليه يد عارضة، فالثمار والحيازة القانونية تكون للمعير. ولما كانت العارية لا تنقل الملكية إلى المستعير، فليس من الضروري أن يكون المعير مالكا للشيء المعار، بل يجوز أن يكون حائزا كالمنتفع، أو صاحب يد عارضة كالمستأجر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى:

"... (3) وأنها تخول المستعير أن يستعمل الشيء، لا أن يستغله وأن يده عليه يد عارضة، فالثمار والحيازة القانونية تكون للمعير" كما جاء بها: "..... (4) وأن العقد يتم بين المستعير والمعير، سواء أكان المعير مالكا أم غير مالك، كالمنتفع والمستأجر والمرتهن.... إلخ"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يلزم لسلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القواعد القانونية التي بنته عليها إذ العبرة في صحته هي بصدوره موافقا للقانون. فإذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ "الدوطة" على أن "الدوطة" تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها في شئون الزوجية مادامت قائمة فإذا انقضت أصبحت واجبة الرد، فإن حكمها يكون سليما قانونا، إذ أن مبلغ الدوطة يكون في هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عارية استعمال واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه طبقا للمادة 464 من القانون المدني".

(طعن رقم 5 لسنة 13 ق جلسة 1943/5/27)

4- تمييز عقد العارية عما يلتبس به من العقود الأخرى:

(أ) العارية والإيجار:

تتفق العارية والإيجار في أن كلا منهما يرد على منفعة شيء، ويختلفان في أن العارية عقد تبرع والإيجار عقد معاوضة، لأن المستأجر يدفع مقابلا للانتفاع، أما المستعير فلا يدفع شيئا.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 666.

".. وأنها (العارية) عقد تبرع إذ لو كانت بأجر انقلبت إيجارا"⁽¹⁾.

وقد رتب المشرع على هذا الفرق خلافاً في الآثار التي تترتب على كل منهما، فالزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة (م567) وقصر العناية المطلوبة من المستأجر فيما يتعلق بالمحافظة على العين المؤجرة على عناية الشخص المعتاد (م583)، أما في العارية فقد جعل نفقات الصيانة على المستعير (م640)، وألزمه بأن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م641)⁽²⁾.

(ب) العارية والهبة :

تتفق العارية والهبة في أن كلا منهما يلزم صاحب الشيء أن يعطيه لآخر دون مقابل. ولكن في العارية يكون إعطاء الشيء لمجرد الانتفاع بالشيء أما الملكية فتظل لصاحبها، أما في الهبة فالواهب ينقل ملكية الشيء إلى الموهوب له. كما يختلفان في أن الهبة عقد شكلي أو عيني، أما العارية فهي عقد رضائي.

(ج) العارية والوديعة :

تتفق العارية والوديعة في أن كلا من المستعير والوديع يتسلم شيئاً للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد، فلا تنتقل فيها الملكية إلى المستعير والوديع. إلا أنها يختلفان في أن المستعير يستعمل الشيء المعار لمنفعته، أما الوديعة فلا يستعملها الوديع إلا في حالات استثنائية أوردناها عند تناول الوديعة. وأنه في الوديعة يقدم الوديع خدمة للمودع، ولكن في العارية يحصل المستعير على منفعة من المعير.

وأن الوديعة يجوز أن تكون بمقابل أما العارية فهي مجانية دائماً. وأن مسئولية الوديع أخف من مسئولية المستعير، لأن الأول كما ذكرنا يقدم خدمة، بخلاف الثاني فهو يحصل على منفعة⁽³⁾.

(د) العارية والقرض :

-
- (1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 666.
 (2) عقد الإيجار الدكتور سليمان مرقس 1968 ص 28
 (3) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة - الطبعة الثالثة سنة 1361هـ - 1942م ص 267 وما بعدها.

تتفق العارية والقرض في أن كلا منهما يلزم صاحب الشيء أن يعطيه لآخر على أن يسترده في نهاية العقد. ولكن الذي يرد في العارية هو ذات الشيء المعار، أما في القرض فيرد مثله، وذلك ناشئ عن كون العارية لا تنتقل ملكية الشيء إلى المستعير، أما القرض فينقل ملكية الشيء إلى المقرض وهذا يستلزم أن يكون محل العارية غير قابل للاستهلاك.

(أركان عقد العارية وشروط صحتها)

5- تعداد:

العارية كأى عقد من العقود لها، أركان ثلاثة هي: التراضى والمحل والسبب ونعرض لها فيما يلي:

(أولا: شروط الانعقاد)

6- إحالة إلى القواعد العامة:

ليس للعارية في أركان انعقادها أحكام خاصة، بل تسرى عليها القواعد العامة كسائر العقود الرضائية.

فإذا أعطى شخص آخر شيئا وقصد أن يكون عارية واعتقد الآخر أنه هبة، لم يتوافق الإيجاب والقبول فلا ينعقد العقد لا باعتباره هبة ولا باعتباره عارية. ويرى بعض الشراح أن العاقد الذى يسلم الشيء بقصد الهبة يعتبر أنه قبل تسليمه بقصد عارية الاستعمال من باب أولى. ولكن هذا الرأي غير وجيه، لأنه بمقتضى القواعد القانونية العامة لا يتم العقد إذا لم تتفق إرادة العاقدين على نفس العقد المراد إجراؤه بينهما. وبناء على ذلك فلمن سلم الشيء أن يسترده من يد أى شخص، سواء أكان العاقد معه أم غيره، مع عدم الإخلال بأحكام اكتساب الملكية بالتقادم⁽¹⁾.

7- من يملك الإعارة؟

يملك الإعارة كل من له حق التصرف فى الانتفاع بالشيء المعار، فلا يقتصر حق الإعارة على مالك الشيء وحده، لأنه لا يترتب على الإعارة نقل ملكية الشيء المعار. ويجوز لنائب المالك سواء أكان نائبا اتفاقيا (الوكيل) أو نائبا قانونيا (الولى أو الوصى أو

القيم)، إعاره الشيء المملوك لناقص الأهلية. تجوز الإعارة لصاحب حق الانتفاع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة، وتكون الإدارة منهم صحيحة حتى ولو كانت للمالك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... (4) وأن العقد يتم بين المستعير والمعير، سواء أكان المعير مالكا أو غير مالك. كالمنتفع والمستأجر والمرتهن"⁽²⁾.

ولكن لا يجوز للوديع إعاره الشيء المودع، إلا إذا كان له حق الاستعمال.

ولا يجوز للحائز للعين إعارتها لأنه ليس له حق استعمالها.

ولا يجوز للمستعير أن يعير الشيء المعار له، لأنه معار لاستعماله الشخصى وملحوظ فى العارية معنى التبرع واعتبارات شخصية، غير أنه تجوز له الإعارة إذا أذنه المعير فى ذلك.

8- إعاره ملك الغير :

إذا أعار شخص شيئا مملوكا لغيره وليس له حق إعارته، كان العقد ملزما للعاقدين، وليس للمعير أن يطلب من المستعير رد الشيء بحجة أنه لم يكن له. على أن العقد المذكور لا يمنع المالك من الحصول على ذلك الشيء من المستعير مباشرة ولو قبل انقضاء الأجل، لأنه لم يكن طرفا فى عقد العارية حتى يحتج به عليه. وإنما يجوز للمستعير أن يحصل من المعير على تعويض إذا أخذ الشيء المعار قبل الأجل متى كان المعير سبب النية⁽³⁾.

9- إعاره الشيء المسروق :

(1) السهنورى ص 1516 - محمد كامل مرسى ص 272- ويشير الدكتور محمد كامل مرسى إلى أن البعض يرى أن المستأجر ليس له هذا الحق خصوصا إذا كان العقد يمنع المستأجر من أن يتنازل عن حقه أو أن يؤجره من باطنه، أو إذا كان الإيجار يعتبر فيه شخص المستأجر كالمزارعة، والعلة فى ذلك هى أن المستأجر يستأجر الشيء للانتفاع به، والعارية لا تدخل ضمن أعمال الانتفاع.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 666.

(3) محمد كامل مرسى ص 273.

تصح إعاره الشيء المسروق ممن سرقه، وتكون العارية ملزمة له، لأن السارق يعتبر ذا اليد على الشيء المسروق بالرغم من سوء نيته. غير أن هذه العارية لا تسرى في حق مالك الشيء، وله أن يطالب المستعير برده. غير أنه إذا علم المستعير بالسرقة وجب عليه إخطار المالك الحقيقي بذلك، وإلا اعتبر مخفياً لشيء متحصلاً من جريمة سرقة ويخضع للعقوبة المنصوص عليها في المادة 44 مكرراً من قانون العقوبات.

(ثانياً: المحل والسبب)

(أ) - المحل:

10 - إحالة إلى القواعد العامة:

المحل في عقد العارية هو الشيء المعار. ويجب أن يتوافر في الشيء المعار شروط المحل بصفة عامة والتي عرضنا لها في موضعها من الموسوعة. وهي أن يكون موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعيين، مشروحاً أى لا يخالف النظام العام أو الآداب، وبالبناء على ذلك إذا كان الشيء المعار مهرباً أو من الأسلحة المرخصة أو من الكتب أو الصور الممنوعة لم تجز إعارته.

11 - يشترط أن يكون الشيء المعار غير قابل للاستهلاك:

بجانب الشروط العامة في المحل والتي أشرنا إليها في البند السابق، يشترط في الشيء المعار أن يكون غير قابل للاستهلاك وإلى هذا أشارت المادة 635 مدني بقولها: "العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك... إلخ" ذلك أن المستعير يأخذ الشيء ليستعمله وليرده بعينه، فإذا كان قابلاً للاستهلاك واستعمله المستعير فإنه يستهلكه بالاستعمال ولا يستطيع أن يرده بعينه.

ومع ذلك قد يكون الشيء قابلاً للاستهلاك وتجوز إعارته. مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعوض به عجزاً عنده، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بالذات إلى المعير بعد انتهاء التفتيش. ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعة من النقود على أن يردها بذاتها. وأن يعير شخص آخر أسهما ينتفع بفوائدها على أن يرد الأسهم بالذات، ففي كل هذه الأمثلة أعير الشيء القابل للاستهلاك لذاته، فأصبح غير قابل للاستهلاك، والأصح أن يقال إن الشيء القابل للاستهلاك يكون مثلياً في العادة، فإذا اعتبر لذاته تحول من مثلي إلى قيمي فتجوز إعارته، لا لأنه غير قابل للاستهلاك

إذ هو فى الواقع قابل للاستهلاك بطبيعته، بل لأنه أصبح قيميا فى نظر المتعاقدين. فالشرط الواجب توافره فى الشيء المعار هو إذن أن يكون قيميا، لا أن يكون غير قابل للاستهلاك⁽¹⁾.

12- الأشياء التى تجوز إعارتها :

تجوز إعاره المنقول - وهذا هو الغالب - كإعاره أجهزة الراديو والتليفزيون والملابس الجاهزة والمفروشات، والآلات الزراعية والسيارات والدواب والساعات والمجوهرات... إلخ. وتجوز العارية فى الأشياء غير المادية.

وتجوز العارية فى العقار - وإن كان ذلك لا يحدث إلا فى حالات قليلة - لأن القانون لم يخصص العارية بالمنقول، بل إن النص عام. وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية أيضا (المجلة المادة 831). ومثال ذلك أن يعير شخص آخر شقة من عمارته أو مخزنا لإيداع بضاعته فيها، أو أن يعير شخص أو هيئة إلى شخص آخر قاعة لعقد ندوة فيها، أو يعير شخص آخر جراجا لإيداع سيارته فيه.

(ب) - السبب :

13- إحالة إلى القواعد العامة :

السبب فى عقد العارية طبقا للنظرية الحديثة، هو الباعث الدافع إلى التعاقد. وسبب التزامات المستعير هو الالتزامات المقابلة لها فى ذمة المعير. وإذا كان سبب العارية غير جائز قانونا، أو مخالفا للأداب فإنه لا يصح. مثل ذلك إذا أعير شيء كسلاح لاستعماله فى ارتكاب جريمة بعلم المعير، فإن العارية تكون باطلة.

14- إثبات العارية :

أنظر شرح المادة (718).

(ثالثا : شروط الصحة)

(الأهلية وعيوب الرضاء)

(أ) – الأهلية :

15- أهلية المعير :

ذهب رأى إلى أنه لما كانت العارية عقد يقع على منفعة الشئ، ولا يترتب عليها نقل الملكية إلى المستعير، فإنها لا تكون من أعمال التصرف، ويكفى أن تتوافر فى المعير أهلية الإدارة.

فثبتت أهلية الإعارة للبالغ الرشيد، وللصبي المأذون فى الإدارة، وتجوز الإعارة من النائب عن ناقص الأهلية أى من الولى أو الوصى أو القيم بالنيابة عن القاصر غير المأذون بالإدارة والمحجور عليه. أما الصبي المميز غير المأذون فى الإدارة أو المحجور عليه للسفه فلا تجوز منهما⁽¹⁾ الإعارة.

بينما ذهب رأى آخر إلى اشتراط أهلية التبرع لدى المعير لوجود صفة المجانية فى هذا العقد. فتكون العارية باطلة إذا كان المعير ناقص الأهلية ولو كان مأذونا بالإدارة، حتى لو قام بإبرامها نائبه ولما كان أم وصيا أو قيما. وإن كان كل أولئك يجوز له إعارة مال المشمول بالولاية أو الوصاية أو القوامة لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة (مواد 5، 38، 78) من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال⁽²⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأول.

16- أهلية المستعير :

ذهب رأى إلى أنه لما كانت العارية عقدا نافعا نفعيا محضا للمستعير، فيكفى أن تتوافر فى المستعير أهلية التعاقد دون أهلية الإدارة. ومن ثم يجوز للصبي المميز أو للمحجور عليه للغفلة أو السفه أن يستعير، حتى لو لم يكن مأذونا له فى الإدارة. وقد نصت

(1) السنهورى ص 1517 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 239.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 239 وما بعدها.

الفقرة الأولى من المادة 111 مدنى على أنه: "إذا كان الصبى مميزا، كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ...".

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 115 على أنه "إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام"⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى تطلب أهلية الإدارة لدى المستعير فيجوز للقاصر المأذون بها أن يستعير، كما يجوز ذلك، نيابة عنه، لوليه أو وصيه أو القيم عليه⁽²⁾.
ونرى الأخذ بالرأى الأول.

17- (ب) عيوب الإرادة:

لم ينص القانون على أحكام خاصة بعيوب الإرادة فى عقد العارية. ومن ثم تسرى فى شأن هذه العيوب القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن ولما كانت العارية تبرع للمستعير، ومن ثم يغلب أن تكون شخصيته محل اعتبار فى العقد وملحوظة فيه، فتبطل للغلط فى شخص المستعير أو فى صفة جوهريّة فيه.



(1) السنهورى ص 1518.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 239 وما بعدها.

1 - التزامات المعير

مادة (636)

يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية، وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية.

الشرح

18 - التزام المعير بتسليم المستعير الشيء المعار:

يلتزم المعير بتسليم الشيء المعار إلى المستعير. فالتسليم في القانون المدني الجديد أصبح التزاما ناشئا عن العقد، ولم يعد - كما كان الحال في القانون القديم - ركنا في العقد.

ويلتزم المعير تسليم الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية. وفي هذا تختلف العارية عن الإيجار، إذ يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تقي بما أعدت له من المنفعة، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين (م 564 مدنى).

ويرجع هذا الفارق إلى أن عقد الإيجار من عقود المعاوضات ويؤدى المستأجر أجرة مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة، فوجب أن يتسلمها صالحة للانتفاع بها. أما العارية فهي من عقود التبرع لا يؤدى فيها المستعير مقابلا للانتفاع بالشيء المعار، فالمعير محسن وما على المحسنين من سبيل (1).

ويتم التسليم بوضع الشيء المعار تحت تصرف المستعير فى الزمان والمكان المعينين. ويتبع فى طريقة التسليم ووقته ومكانه القواعد المقررة بالنسبة لعقد الإيجار. وإذا لم يقم المعير بالتسليم أجبر عليه إن كان الوفاء العينى ممكنا، وإلا حكم عليه بالتعويض.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"تفرض هذه المادة على المعير التزامين: (1) الالتزام بتسليم الشيء إلى المستعير فإذا لم يقم به المعير مختارا أكره على ذلك إن كان الوفاء العينى ممكنا، وإلا حكم عليه بالتعويض إلخ" (2).

(1) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى ج3 ص 939 هامش (1).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 668.

ولئن كان عقد العارية من العقود الملزمة للجانبين، ويجوز للمستعير طبقاً للقواعد العامة أن يطلب فسخ العقد إذا لم يوف المعير بالتزامه بالتسليم، إلا أنه لا يوجد ثمة مصلحة للمستعير في طلب الفسخ، لأنه لم يدفع مقابلاً للمعير ومن ثم فلن يسترد منه شيئاً، ولكنه سيخسر انتفاعه بالشئ المعار.

19- إفسار المستعير قبل التسليم:

تنص المادة 644 مدنى على أنه: "يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية:

.....

(ج)- إذا أفسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير "وعلى ذلك إذا أفسر المستعير بعد انعقاد العارية وقبل تسليم الشئ المعار، أو كان معسراً قبل انعقاد العارية، دون أن يعلم المعير بإفساره، فإن المعير لا يكون ملزماً بتسليم الشئ المعار، والقول بغير ذلك يؤدى إلى القول بأن يقوم المعير بتسليم الشئ المعار ثم يقوم باسترداده لإنهاء العارية، وهو وضع يعد ضرباً من العبث، والأحرى ألا يسلم المعير الشئ المعار ابتداءً.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا أفسر المستعير بعد انعقاد العارية، جاز كذلك للمعير أن يطلب إلغاء العقد، فيمتنع عن التسليم إن لم يكن قد فعل، ويسترد الشئ إن كان قد سلمه دون أن يعلم بالإفسار، وكذلك إذا كان الإفسار سابقاً على العقد ولم يعلم به المعير إلا بعد التسليم أما إن سلمه بعد العلم بالإفسار فلا يجوز له الإلغاء"⁽¹⁾.

20- هلاك الشئ المعار:

العارية لا يترتب عليها نقل ملكية الشئ المعار من المعير إلى المستعير، بل يظل المعير مالكا له، ويلتزم المستعير برده إليه بعد انتهاء العارية. وينبنى على ذلك أنه إذا هلك الشئ المعار سواء فى يد المعير قبل التسليم، أو فى يد المستعير بعد التسليم كانت تبعة الهلاك على المعير.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 689 وما بعدها.

أما إذا هلك الشيء المعار في يد المستعير بخطأ منه، فإنه يكون مسئولا عن هذا الهلاك.

(أنظر أيضا شرح المادة (641).

21- ترك الشيء المعار للمستعير طوال مدة العارية :

تنص المادة 636 مدنى على أن: "ويلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار ... وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية" - فالمعير لا يلتزم فقط بتسليم الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية، وإنما يلتزم أيضا بأن يترك الشيء المعار للمستعير طول مدة العارية حتى ينتفع بهذا الشيء فيتحقق الغرض المقصود من العارية. وهنا يقتضى من الغير ألا يتعرض للمستعير فى استعمال الشيء المعار، وإن كنا سنرى أن المادة 644 مدنى أجازت للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى أحوال ثلاثة.

فإذا خالف المعير هذا الالتزام جاز للمستعير مطالبته بالتعويض.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... (2) والالتزام بترك الشيء للمستعير طول المدة المحددة فى العقد، وهو يقضى عليه بألا يسترد الشيء قبل الميعاد المتفق عليه، وألا يتعرض للمستعير فى استعماله لذلك الشيء، بحيث إذا تعرض للمستعير أو طالبه بالرد قبل الميعاد رفضت دعواه وجاز إلزامه بالتعويض"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 669.

مادة (637)

- 1- إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات.
- 2- أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سىء النية.

الشرح

22- المصروفات الضرورية:

نصت الفقرة الأولى من المادة 637 مدنى على أنه إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات. فالمعير يلزم برد المصروفات الضرورية التي اضطر المستعير لصرفها للمحافظة على الشيء المعار إلى أن يرد⁽¹⁾. مثل ذلك أن يكون الشيء المعار حائوتا وهدد بالسقوط فقام المستعير بترميمه أو كان الشيء المعار حيوانا مريضاً فقام المستعير بعلاجه. أما إذا تسبب المعير بخطئه فى حدوث ما أوجب ضرورة هذه المصاريف ألزم هو بها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"لما كانت ملكية العارية وثمارها للمعير، وجب عليه أن يتحمل النفقات الضرورية للمحافظة على الشيء، فإذا اضطر المستعير إلى القيام بهذه النفقات كى يحفظ الشيء إلى أن يرد، وجب على المعير أن يرد إليه هذه النفقات ما لم يكن المستعير قد تسبب بخطئه فى حدوث ما أوجب ضرورة هذه النفقات"⁽²⁾.

والمادة سالفة الذكر تتفق ونص الفقرة الأولى من المادة 980 مدنى التى تجرى على أن: "على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية".

23- المصروفات النافعة:

(1) المصروفات الضرورية هى المصروفات غير العادية التى يتعين إنفاقها للمحافظة على الشيء، ويكون المالك مضطراً لدفعها لو أن الشيء بقى فى حيازته.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 671.

تنص الفقرة الثانية من المادة 637 على أنه: "أما المصروفات النافعة فيتبع فى شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يحوز الشئ وهو سئ النية". فالمستعير لا يستحق المصاريف النافعة كاملة كالمصاريف الضرورية⁽¹⁾، وإنما يتبع فى تحديدها حكم المادة 924 مدنى التى تبين حكم المصروفات التى ينفقها من يحوز الشئ وهو سئ النية.

وهذه المادة تنص على أن: "1- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

2- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة". ونص الشارع على تطبيق المادة سالفه الذكر دون المادة 925 التى تطبق على البانى حسن النية، لأن المستعير يعلم وقت إنفاق المصاريف النافعة أنه ليس مالكا للشئ، وأنه لا يجوز له أن يقوم بالمصروفات التى ليست إلا نافعة دون أن يعرض نفسه لتحمل تبعة ذلك⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن المستعير يسترد من المعير فى مقابل ما أنفقه من المصاريف النافعة أقل القيمتين: قيمة ما أنشأه مستحق الإزالة أو مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة الشئ بسبب ما قام بإنشائه. كما يجوز له أن يطلب نزع ما أنشأه على نفقته، إن كان ذلك لا يلحق بالشئ المعار ضرراً ولم يختار المعير استبقاء ما أنشأه المستعير مع رد أقل القيمتين السالف ذكرهما. ويجوز دائماً للمعير بدلاً من أن يدفع أقل القيمتين، أن يطلب من المستعير أن يزيل على نفقته ما أنشأه مع التعويض إن كان له وجه⁽³⁾.

24- المصروفات الكمالية:

(1) المصروفات النافعة، هى المصروفات التى ينفقها الحائز لا للمحافظة على الشئ أو لإنقاذه من الهلاك، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به، فهى مصروفات تزيد من قيمة الشئ وتحسن من الانتفاع به.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 671.

(3) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى - الإيجار والعارية - المجلد الأول 1963 ص1530.

لم يأت نص خاص بصدد المصروفات الكمالية⁽¹⁾ التي ينفقها المستعير على الشيء المعار، ومن ثم فإنه تطبق في شأنها القواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة 980 مدنى التى تقضى بأن: "إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

25- ضمانات الوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة:

(1) حق الحبس:

تنص المادة 246 مدنى على أن:

"1- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به، أو مادام الدائن لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع". وعلى ذلك يجوز للمستعير أن يحبس الشئ المعار حتى يسترد من المعير ما أنفقه من مصاريف ضرورية وكذا ما أنفقه من مصاريف نافعة على الوجه الذى نصت عليه المادة 924 مدنى على النحو الذى شرحناه.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً خاصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة 855 منه تنص على أن: "للمستعير أن يحبس الشئ تحت يده حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات" - والمقصود بالتعويضات - على ما أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدى - التعويضات التى تجب للمستعير بسبب الاستحقاق أو العيوب الخفية. إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء

(1) المصروفات الكمالية هى مصروفات لا تعود بنفع على العين ذاتها، ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذى يريده الحائز لاستمتاعه الشخصى.

بالقواعد العامة⁽¹⁾.

(2) حق الامتياز:

للمستأجر حق امتياز على المنقول المعار مقابل ما أنفقه في حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم عملا بالمادة 1140 مدنى التى تقضى بأن:

"1- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله.

2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها".



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 973 هامش (1).

مادة (638)

- 1- لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.
- 2- ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك.

الشرح

26- القاعدة أن المعير لا يضمن استحقاق الشيء المعار:

القاعدة أو الأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 638 مدني أنه لاضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار.

والحكمة في ذلك أن المعير متبرع بالمنفعة ومن ثم يجب تضيق نطاق ضمانه استحقاق الشيء المعار. كما أن المعير إنما يلتزم بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار ولا يلتزم بتمكينه من الانتفاع به كما هو الشأن في عقد الإيجار.

27- حالتان يضمن فيهما المعير استحقاق الشيء المعار:

استثناء من القاعدة أو الأصل المنصوص عليه بالفقرة الأولى من المادة 638 مدني من عدم ضمان المعير استحقاق الشيء المعار. نصت الفقرة المذكور على ضمان المعير استحقاق الشيء المعار في حالتين هما:

الحالة الأولى:

أن يكون هناك اتفاق بين المعير والمستعير على الضمان، إذ يكون أساس الضمان في هذه الحالة هو الاتفاق. والاتفاق هو الذي يحدد شروط الضمان ومدى التعويض المستحق للمستعير.

وهذا الاتفاق لا يجب التوسع في تفسيره. ويفسر الشك لصالح المدين وهو المعير. فضلا عن أن هذا الضمان استثناء من الأصل العام وهو عدم الضمان.

الحالة الثانية :

أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق. أما إذا لم يتعمد المعير إخفاء سبب الاستحقاق، فلا ضمان عليه.

وهذا يقتضى أن يكون المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق، لأنه إن كان عالما به فإنه يكون قد تنازل ضمنا عن ضمان الاستحقاق.

ويقع على عاتق المستعير المطالب بالضمان إثبات تعمد المعير إخفاء سبب الاستحقاق.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"نظرا لأن المعير متبرع بالمنفعة، ضيق المشروع من التزامه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيوب الخفية، فجعله غير مسئول عن الأضرار التى تصيب المستعير بسبب استحقاق الشئ المعار أو بسبب وجود عيب خفى فيه، إلا إذا كان عالما بسبب الاستحقاق أو بالعيب الخفى وتعمد إخفاءه على المستعير أو إذا ضمن سلامة الشئ من العيوب، ويفرض فى ذلك طبعاً أن المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق أو بالعيب الخفى، إذ لو علم فلا محل لمسئولية المعير.... إلخ" (1).

ولما كان التضييق فى التزام الضمان سببه تبرع المعير، فإذا ثبت أن العارية إنما عقدت استثناء لمصلحة المعير، فلا يستفيد المعير من هذا التضييق فى التزامه بالضمان" (2).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولما كان التضييق فى التزام الضمان إلى هذا الحد سببه تبرع المعير، فإذا ثبت أن العارية إنما عقدت استثناء لمصلحة المعير، فلا يستفيد المعير من هذا التضييق فى التزامه" (3).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 673.

(2) محمود جمال الدين ذكى ص 242.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 674.

(ب) - ضمان العيوب الخفية:

28- القاعدة عدم ضمان المعير العيوب الخفية في الشيء المعار:

تنص الفقرة الثانية من المادة 638 مدنى على أنه: "ولا ضمان عليه (المعير) كذلك فى العيوب الخفية... إلخ". فالقاعدة أن المعير لا يضمن العيوب الخفية، وذلك لذات الحكمة التى أوردناها لعدم ضمانه استحقاق الشيء المعار، وهو أن العارية على سبيل التبصر، وأن المعير يلتزم بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار، ولا يلتزم بتمكينه من الانتفاع به كما هو الشأن فى عقد الإيجار.

29- حالتان يضمن فيهما المعير العيوب الخفية:

استثناء من القاعدة أو الأصل وهو عدم ضمان المعير العيوب الخفية فى الشيء المعار، أوردت الفقرة الثانية من المادة 638 حالتين يلزم فيهما المعير بالضمان استثناء من القاعدة وهو عدم الضمان.

وهاتان حالتان هما:

الحالة الأولى:

إذا تعمد المعير إخفاء العيب. أما إذا لم يتعمد المعير إخفاء العيب، فلا ضمان عليه.

وكما هو الشأن فى ضمان الاستحقاق، يفترض هذا الضمان الاستثنائى ألا يكون المستعير عالماً بالعيب الخفى، لأنه فى هذه الحالة يكون قد نزل عن حقه فى الضمان.

الحالة الثانية:

أن يضمن المعير سلامة الشيء المعار من العيوب الخفية. وبذلك يكون مصدر هذا الضمان هو الاتفاق. وكما هو الشأن فى الاتفاق على ضمان الاستحقاق، يحدد هذا الاتفاق شروط الضمان ومقدار التعويض المستحق.

ويجب عدم التوسع فى تفسير هذا الاتفاق لأن الشك يفسر لمصلحة المدين وهو المعير، فضلاً عن هذا الضمان استثناء من الأصل العام وهو عدم الضمان.

وإذا ثبت أن العارية إنما عقدت استثناء لمصلحة المعير، فلا يستفيد المعير من هذا التضييق فى التزامه.

30- هل يجوز للمستعير استعمال الحق في الحبس عند عدم الوفاء بالتعويض؟

ذكرنا سلفاً أن مشروع التقنين المدني الجديد كان يشتمل على مادة برقم (855) تنص على أن: "المستعير أن يحبس الشيء تحت يده حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات"- وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ليس في التقنين الحالي ولا في أغلب التقنينات اللاتينية القديمة نص على حق المستعير في حبس الشيء المعار إلى أن يسترد ما أنفقه في المحافظة على الشيء.... ولما لم يكن هناك من سبب للفرقة بين المصروفات والتعويضات في هذا الشأن، فقد قرر المشروع حق الحبس في الحالتين متمشياً في ذلك مع ما ذهب إليه التقنين اللبناني في المادة 251" إلا أن هذه المادة حذفت من لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة⁽¹⁾.

والقواعد العامة المشار إليها هي الواردة بالفقرة الأولى من المادة 246 مدني والتي تقضي بأن: "لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا". كذلك ما ورد بالمادة 161 مدني التي تنص على أن: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

وقد ذهب الفقه إلى أنه بموجب حق الحبس المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 246 مدني وبموجب الدفع بعدم التنفيذ المقرر في المادة 161 مدني يجوز للمستعير أن يحبس الشيء المعار تحت يده فيوقف تنفيذ التزامه برده حتى يستوفى التعويض المستحق له بسبب العيب، أو بسبب الاستحقاق على أن يكون الاستحقاق جزئياً حتى يحبس المستعير ما لم يستحق من الشيء، أما إذا كان الاستحقاق كلياً فلا سبيل إلى الحبس⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 673 هامش (1).

(2) السنهوري ص 1534 وما بعدها.

2- التزامات المستعير

مادة (639)

1- ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك طبقا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع.

2- ولا يكون مسئولا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه العارية.

الشرح

31- كيفية استعمال الشيء المعار:

بينت الفقرة الأولى من المادة حدود حق المستعير في استعمال الشيء المعار، وأوضحت بالتالي مدى التزاماته فيه. فليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك طبقا لما يبينه العقد، أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع.

فإذا كان الشيء معارا لاستعمال معين، اقتصر حق المستعير على هذا الاستعمال بحيث لو جاوزه إلى غيره اعتبر مجاوزا لحقه مخلا بواجب التقيد بذلك الاستعمال. وكذلك الحال لو أن العارية حددت بوقت معين فلا يجوز للمستعير أن يستعمل الشيء بعد ذلك الوقت.

أما إذا لم يعين العقد استعمالا أو وقتا ما، فلا يجوز للمستعير أن يستعمل الشيء إلا فيما تقبله طبيعته أو يحدده العرف، مثل إعاره حصان ركوب فليس للمستعير أن يستعمله في الجر⁽¹⁾.

وإذا استعمل المستعير الشيء المستعار في غير ما أعدله أو استعمله بعد الزمن المتفق عليه كان ملزماً بتعويض مساو لقيمة الأجرة مع تعويض التلف الحاصل من الإفراط في استعماله⁽¹⁾.

وهذا ما كانت تنص عليه المادة 572/470 من القانون المدني القديم، وهو يعد تطبيقاً للقواعد العامة، ومن ثم لا يؤثر في نفاذه إغفال التقنين المدني الجديد له⁽²⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 676.

(2) محمود جمال الدين زكي ص 243.

مادة (640)

- 1- إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير، فليس له استردادها، وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.
- 2- وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية.

الشرح

32- نفقات الصيانة :

تنص الفقرة الأولى من المادة 640 مدنى على أنه إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير، فليس له استردادها وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

فالمستعير مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة، فإذا كان المستأجر يلتزم بصيانة العين المؤجرة فأولى أن يلتزم المستعير بصيانة العين المعارة، وبالتالي لا يرجع بنفقات الصيانة على المعير. ومثل مصاريف الصيانة المعتادة لتشحيم السيارة وتزييتها، ومؤونة الدواب والمواشى، وأعمال الصيانة اللازمة للآلات الزراعية.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

"نفقات الصيانة المعتادة واجبة على المستعير وكذلك تجب عليه النفقات اللازمة لاستعمال الشيء... إلخ" (1).

33- نفقات استعمال الشيء المعار :

رأينا أن المادة 640 مدنى تنص فى صدرها على أنه إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير، فليس له استردادها... إلخ.

ومثل ذلك أن يستعير الشخص سيارة لاستعمالها فى رحلة فتححتاج إلى زيت وبنزين، أو آلة زراعية يحتاج تشغيلها إلى مصروفات، فإن المستعير ملزم بهذه النفقات.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي استثناء من هذه القاعدة، إلزام المعير بمصاريف

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 678.

استعمال الشيء وذلك "إذا كانت تلك النفقات غير متكافئة بحال مع استعمال العارية وكان المستعير قد اضطر للقيام بسبب حاجته إلى الشيء المعار واعتماده على العارية دون أن يعلم بما يلزم من نفقات لإعداد الشيء للاستعمال"⁽¹⁾.

كما لو استعار شخص سيارة لرحلة هامة وكانت السيارة في حاجة إلى إصلاحات جسيمة ليتمكن استعمالها، ولم يكن المستعير على علم بذلك، ولا هو يستطيع تأخير رحلته، فاضطر إلى القيام بهذه الإصلاحات فجشمته نفقات لا تتكافأ بحال مع المنفعة التي أفادها من السيارة، فإنه يرجع بهذه النفقات على المعير، لا باعتبارها مصروفات ضرورية لأنها ليست ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك، ولا باعتبارها مصروفات نافعة وإلا لما استطاع الرجوع بها كاملة، وإنما باعتبارها مصروفات غير عادية لاستعمال الشيء المعار⁽²⁾.

ويرى البعض - بحق - أنه ليس لهذا الاستثناء أساس قانوني، وكان الأولى وضعه بين نصوص المادة 640 بدلا من إيرادته تعليقا عليها في المذكرة التفسيرية⁽³⁾.

وتقتضى المادة 640 في فقرتها الثانية بأن للمستعير أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية. ومثل ذلك أن يستعير شخص قاعة لإلقاء سلسلة من المحاضرات فاقتضى الأمر أن يجهز القاعة بأثاث أضافه إليها أو بمقاعد ثابتة في الأرض فإن له بعد انتهاء العارية أن ينزع ما أضافه على أن يعيد القاعة إلى حالتها الأصلية.

34- عدم جواز النزول عن استعمال الشيء المعار للغير:

تنص الفقرة الأولى من المادة في عجزها على أنه: "ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير، ولو على سبيل التبرع".

وقد روعى في هذا أن شخصية المستعير تراعى عادة في عقد العارية ولذلك فهو ليس له إلا أن يستعمل الشيء المعار دون أن يستغله، فلا يجوز له أن يؤجر الشيء المعار أو يعيره إلى الغير ولو كان بدون مقابل، إلا أنه يجوز له ذلك إذا أذن له المعير.

وقد يكون إذن المعير صراحة أو ضمنا، ويقع على عاتق المستعير إثبات صدور

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 678.

(2) السنهوري ص 1540.

(3) محمود جمال الدين زكي ص 244.

هذا الإذن.

فقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولما كان حق المستعير مقصورا على أنه يستعمل الشئ دون أن يستغله، فلا يجوز له أن يؤجره إلى الغير، ولا أن يعيره من باب أولى، إلا إذا أثبت أن المعير قد أذنه فى ذلك صراحة أو ضمنا"⁽¹⁾.

وبترتب على مخالفة هذا الالتزام حق المعير فى طلب فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى طبقا للقواعد العامة.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 676.

مادة (641)

- 1- على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشئ العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد.
- 2- وفى كل حال يكون ضامنا لهلاك الشئ إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شئ من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشئ المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه.

الشرح

35- التزام المستعير فى المحافظة على الشئ المعار التزام ببذل عناية :

تنص الفقرة الأولى من المادة 641 مدنى على أن "على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشئ العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد"- فالنص أوجب على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشئ العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

ومن ثم فإنه يلزم المستعير كبير العناية بمثل ما يبذله فى المحافظة على ماله الشخصى، ويلزم المستعير متوسط العناية أو قليل العناية بما يبذله الرجل المعتاد من عناية، فيستفيد المعير بهذا النص إذا كانت عناية المستعير المعتادة فوق المتوسط ولا يضار إذا كانت تلك العناية دون المتوسط⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ذهبت الشرائع فى تحديد واجب المستعير فى المحافظة على الشئ المعار مذاهب شتى، فاكتفى التقنين الفرنسى وما تفرع عنه من تشريعات بأن أوجب على المستعير عناية رب الأسرة، أو العناية المعتادة من رجل متوسط العناية (التقنين الفرنسى المادة 1880) والتقنين الإيطالى المادة 1808، والتقنين الهولندى المادة 1781 فقرة أولى، وتقنين كوبيك المادة 1766، والمشروع الفرنسى الإيطالى المادة 625، وقضت تشريعات

(1) محمود جمال الدين زكى ص 245.

أخرى بأن المستعير تجب عليه العناية التي يبذلها عادة في المحافظة على ماله (التقنين البرتغالي المادتان 1514، 1515، والتقنين البرازيلي المادة 1251) غير أن العناية التي تعودها المستعير في أحواله قد تزيد أو تنقص عن عناية الرجل المعتاد، فإن نقصت فإنه يكون من الإجحاف على المعير، وهو متبرع، أن يتحمل نتائج أخطاء من المستعير لا يرتكبها متوسط الناس عناية. وهناك فريق ثالث من التشريعات قد راعى أن العارية في مصلحة المستعير وحده، فشدّد فيما فرضه عليه من عناية، إذ اقتضاه أكبر عناية ممكنة (التقنين الأرجنتيني المادة 2300)، ويمكن أن تفسر عبارة التقنين الحالي (المادتان 468-469/570-569) بأن المشروع المصرى أخذ بذلك أيضا.

غير أن هذا المذهب بالغ في الشدة على المستعير، إذ أنه يلزم المستعير - الذى يمكن أن يكون عادة قليل العناية بماله هو - ليس فقط بالعناية المعتادة التي يبذلها الناس. بل بأقصى ما يتصور من العناية، وفي هذا إرهاب له قد يصل إلى حد التعجيز. لذلك أخذ المشروع بحل وسط يلزم المستأجر كبير العناية بمثل ما يبذله في المحافظة على ماله الشخصى ويلزم المستعير متوسط العناية أو قليل العناية بما يبذله الرجل المعتاد من عناية، فيستفيد المعير بهذا النص إذا كانت عناية المستعير المعتادة فوق المتوسط، ولا يضار إذا كانت تلك العناية دون المتوسط⁽¹⁾.

والمشروع بذلك يكون قد وضع لقياس العناية المطلوبة من المستعير معيارين أحدهما مادي والآخر شخصى، وأخذ بالأعلى من هذين المعيارين. فالمستعير يجب عليه أولا أن يبذل عناية الرجل المعتاد، وهذا هو المعيار المادى. ثم إذا هو كان معروفا بالإفراط في المحافظة على ماله إلى حد يعلو عن عناية الرجل المعتاد، وجب عليه أن يرتفع إلى هذا الحد، وهذا هو المعيار الشخصى. أما إذا كان معروفا بالتفريط في المحافظة على ماله إلى حد يقل عن عناية الرجل المعتاد، لم يجز له أن ينزل إلى هذا الحد، بل يجب أن يلتزم المعيار الأعلى وهو عناية الرجل المعتاد. والمعير في ذلك ينتفع بحرص المستعير إذا كان معروفا بالإفراط، ولا يضار من تقصيره إذا كان معروفا بالتفريط⁽²⁾.

36- المسؤولية في حالة القوة القاهرة:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 681 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 1544.

الأصل أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة، ولو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة، لأن القوة القاهرة تنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

غير أن المادة 641 أوردت استثناء على هذه القاعدة تشددت فيه فى مسئولية المستعير لكون العارية تبرعية. فنصت فى فقرتها الثانية على أنه: "وفى كل حال يكون (المستعير) ضامنا لهلاك الشئ إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة القاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شئ من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشئ المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه". فالمشرع لا يكتفى فى حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائى باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناية فى حفظ ماله، بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال الغير على إنقاذ مال نفسه⁽¹⁾.

ومثل ذلك استعارة شخص عينا وحملها معه فى البحر فأوشكت السفينة على الغرق، فركب زورق النجاة ولم يكن يستطيع أن يأخذ معه فى الزورق إلا العين التى استعارها أو عينا أخرى يملكها، فأخذ العين التى يملكها، فإنه يكون مسئولاً، لأنه كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشئ المعار، فاختر أن ينقذ ملكه. وإنما يجب أن يكون متمكناً من أخذ العين المعارة بدلاً من العين المملوكة له ولكنه لم يأخذها وأثر إنقاذ ملكه. أما إذا كان فى عجلته لركوب زورق النجاة أخذ معه ما وجده أمامه دون أن يتخير، فكان ما أخذه هو العين المملوكة له دون العين المعارة فإنه لا يكون مسئولاً لأنه لم يعتمد أن ينقذ ما يملكه بتضحية بالشئ المعار⁽²⁾.

37- تعديل مسئولية المستعير:

قواعد مسئولية المستعير التى ذكرناها فيما سلف لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

وقد أوضحت ذلك مذكرة المشروع التمهيدى بقولها:

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 682.

(2) السنهاورى ص 1546 وما بعدها.

"وكل ذلك نص عليه المشروع باعتباره مقرراً لنية الطرفين، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه"⁽¹⁾.

وعلى ذلك يجوز اتفاق المعير والمستعير على تخفيف المسؤولية أو تشديدها أو الإعفاء منها.

ومثل الاتفاق على تخفيف المسؤولية ألا يكون المستعير مسئولاً عن الهلاك الذى يحدث نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة فى الحالتين السابقتين أو أن يكون التزامه عن عنايته هو فى حفظ ماله دون عناية الرجل المعتاد، أو ألا يكون مسئولاً أصلاً عن تقصيره. ومثل تشديد المسؤولية، أن يكون المستعير مسئولاً عن الحادث المفاجئ والقوة القاهرة فى غير الحالتين سالفتى الذكر.

غير أنه لا يجوز الإعفاء من الغش أو الخطأ الجسيم.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 682.

مادة (642)

- 1- متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشئ الذى تسلمه بالحالة التى يكون عليها، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف.
- 2- ويجب رد الشئ فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

38- الشئ الذى يرد:

يرد الرد على الشئ المعار ذاته لا على غيره ولو كان أكثر قيمة منه⁽¹⁾. كما يرد مع الشئ المعار ملحقاته وتوابعه وزياداته. كما لو كان الشئ المعار ماشية فيردها مع نتائجها⁽²⁾. ويرد الشئ المعار بالحالة التى يكون عليها وقت الرد، غير أنه إذا أثبت المعير هلاك الشئ أو تلفه أو تعييبه نتيجة تقصير المستعير فيما يجب عليه من عناية طبقا للمادة 641 مدنى، فإن المستعير يكون مسئولا عن ذلك⁽³⁾. أما إذا كان الشئ المعار قد ضاع، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية بخلاف الالتزام بالحفظ، فإن المستعير يكون مسئولا عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبى، ولا يكفى أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة⁽⁴⁾.

39- مكان الرد:

يجب رد الشئ المعار فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك، وهذا على خلاف حكم القواعد العامة التى تقضى بأن يكون الرد فى موطن المدين أى فى موطن المستعير، كما هو الحال فى عقد القرض، وقد روى فى ذلك أن الشئ المعار قد يكون عقارا أو منقولا كبير التكلفة فى نقله.

(1) محمد كامل مرسى ص 289.

(2) السنهورى ص 1549.

(3) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 684.

(4) السنهورى ص 1549 وما بعدها.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وقد أوجب المشروع فى العارية أن يكون الرد فى المكان الذى حصل فيه التسليم أولاً، ما لم يتفق على غير ذلك. وهذا بخلاف ما نص عليه فى عقد القرض، إذا أن محل القرض يغلب فيه أن يكون نقوداً أو أشياء مثلية تنتقل ملكيتها إلى المقرض ويرد مثلها. أما فى العارية فيمكن أن يكون محلها عقاراً أو منقولاً كبير التكلفة فى نقله. فلا يجبر المعير على تسلمه فى موطن المستعير، وإنما يكون الرد فى المكان الذى حصل فيه التسليم. وهذا أيضاً باعتباره مطابقاً لنية الطرفين، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه"⁽¹⁾.

40- زمان الرد :

يجب الرد عند انتهاء العارية. أما إذا لم تنته العارية فلا يجوز للمعير طلب رد العارية، إلا إذا كان متفقاً على ذلك بين الطرفين، أو وجد أحد الأسباب المنصوص عليها فى المادتين 644، 645 مدنى كما سيلي بيانه فى موضعه.

41- مصاريف الرد :

يلتزم المستعير بمصاريف الشيء المعار مثل مصاريف الحزم والنقل وغير ذلك، باعتباره المدين فى الالتزام بالرد وذلك تطبيقاً للقواعد العامة.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 684.

3- انتهاء العارية

مادة (643)

- 1- تنتهى العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله.
- 2- فإذا لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها فى أى وقت.
- 3- وفى كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله.

الشرح

42- كيفية انقضاء أجل العارية :

تقضى المادة بأن تنتهى العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله. فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير إنهاؤها فى أى وقت.

وواضح أن هذه المادة أوردت ثلاثة فروض لانقضاء أجل العارية. ولذا سنعرض لهذه الفروض فيما يأتى:

الفرض الأول:

أن يتفق الطرفان على أجل لانتهاء العارية:

فقد يتفق الطرفان على أجل لانتهاء العارية. ولا يوجد فى القانون نص يعين نهاية للمدة التى يصح عقد العارية عنها، وإن فللعاقدين مطلق الحرية فى تعيين المدة المذكورة، غير أنه لا يجوز الاتفاق على أن تكون العارية مؤبدة⁽¹⁾.

ويعمل فى تحديد مدة العارية بما هو سارى بالنسبة لمدة الإيجار.

فإذا انتهى ميعاد العارية، التزم المستعير يرد الشيء المعار ولو كان مازال فى حاجة إلى استعماله.

الفرض الثاني:

عدم الاتفاق على أجل للعارية والاتفاق على الغرض من الإعارة:

قد لا يتفق الطرفان على أجل للعارية ولكنهما يتفقان على الغرض من إعارة الشيء المعار، كأن يكون محل العارية سيارة للسفر بها إلى بلد معينة، فإن العارية تنتهي بالسفر إلى هذا البلد وقد يكون الاتفاق على الغرض من الإعارة ضمناً، كأن يكون محل الإعارة كتاب، فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن الغرض من الإعارة قراءة الكتاب، ومن ثم تنتهى الإعارة بالانتهاء من قراءة الكتاب.

على أنه إذا حددت العارية باستعمال معين وبوقت محدد فإنها تنتهى بانتهاء الاستعمال الذى أعيرت له ولو كان ذلك قبل حلول الأجل⁽¹⁾.

الفرض الثالث:

ألا يتفق الطرفان على مدة أو على الغرض من الإعارة:

قد لا يتفق الطرفان على مدة تنتهى فيها الإعارة أو على الغرض من الإعارة، ولم يكن هناك سبيل آخر لتعيين مدة تنتهى بانقضائها العارية، فإن العارية تنتهى فى أى وقت يريده المعير⁽²⁾. بشرط ألا يكون ذلك فى وقت غير لائق ولو كان المعير فى حاجة إلى الشيء المعار⁽³⁾، وهذا يقتضى أن يمهل المعير المستعير مدة معقولة قبل الرد⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"حدد المشرع فى الفقرة الأولى من المادة 643 من القانون المدنى حالتين لانتهاء العارية الأولى أن يتفق المتعاقدان على أجل معين فلا تنتهى إلا بانتهاء ذلك الأجل، والثانية ألا يكون المتعاقدان قد اتفقا على أجل معين ولكنهما اتفقا على الغرض الذى أعير من أجله الشيء فتنتهى العارية فى هذه الحالة بانتهاء استعمال الشيء فيما أعير من أجله، أما الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر فقد حدد المشرع مجال أعمالها بألا تكون من الحالتين سالفتي الذكر فلا أجل محدد ولا غرض معين فتنتهى العارية فى هذه

(1) محمود جمال الدين زكى ص 247.

(2) السنهورى ص 1554.

(3) محمد كامل مرسى ص 288.

(4) السنهورى ص 288.

الحالة في أى وقت يريده المعير بعد إهمال المستعير لمدة معقولة لرد الشئ المعار".

(طعن رقم 1856 لسنة 58 ق جلسة 1989/5/29 - غير منشور)

43- يجوز للمستعير رد الشئ المعار قبل انتهاء العارية :

يجوز للمستعير أن يرد الشئ المعار قبل انتهاء العارية، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله.

أى يجوز للمستعير أن يرد العارية قبل حلول الأجل المحدد لانتهائها. وحكمة ذلك واضحة لأن الأجل يكون فى هذا العقد لمصلحة المستعير وحده، ومن ثم يجوز له التنازل عنه. على أنه فى أحوال نادرة قد لا يكون الأمر كذلك، فلا يرغم المعير على قبول الرد قبل الميعاد إذا كان فيه إضرار به⁽¹⁾، كما لو كان المعير مسافرا وليس له وكيل يمكنه تسلم الشئ المعار.



(1) محمود جمال الدين زكى ص 247.

مادة (644)

يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية:

- (أ) إذا عرضت له حاجة عاجلة للشئ لم تكن متوقعة.
- (ب) إذا أساء المستعير استعمال الشئ أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.
- (ج) إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير.

الشرح

44- الحالات التى يجوز فيها للمعير طلب إنهاء العارية:

يجوز للمعير أن يطالب فى أى وقت بإنهاء العارية لأحد الأسباب الآتية:

(1) إذا عرضت له حاجة عاجلة للشئ لم تكن متوقعة:

فإذا عرضت للمعير حاجة عاجلة للشئ المعار لم تكن متوقعة، جاز له إنهاء العارية قبل انقضاء أجلها واسترداد الشئ المعار، كما يجوز له أن يمتنع عن تسليم الشئ المعار إلى المستعير إذا طرأت هذه الحاجة بعد التعاقد وقبل التسليم. ويشترط فى الحاجة أن تكون عاجلة غير متوقعة، فإذا كان المعير يستطيع الانتظار حتى ينقضى أجل العارية، أو كان يتوقع هذه الحاجة وقت انعقاد العارية ومع ذلك أقدم على التعاقد لم يجز له إنهاء العارية قبل انقضائها، بل لو كانت الحاجة عاجلة غير متوقعة، وكان المعير مقصرا فى إبرام العارية دون تبصر بحاجته إلى الشئ المعار، أو كان إنهاء العارية يلحق بالمستعير ضررا يفوق ما يصيب المعير من ضرر، جاز للقاضى أن يرفض الحكم بإنهاء العارية⁽¹⁾.

والقاضى يقدر إن كان المعير حقيقة فى حاجة إلى الشئ المعار، وأن حاجته هذه عاجلة غير متوقعة، ومن الأهمية بحيث تحول أخذ الشئ من يد المستعير قبل الوقت المتفق عليه⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 1557.

(2) محمد كامل مرسى ص 291.

ومثال ذلك أن يكون لدى المعير سيارتان، فأعار إحداها لآخر لاستعمالها لمدة شهرين مثلاً، فوقع حادث لسيارته الأخرى واحتاج إصلاحها إلى مدة تزيد على مدة الإعارة.

وتفسير رد الشيء العار فى هذه الصورة أن المعير متبرع، فإذا عرضت له حاجة عاجلة وغير متوقعة كان أولى من المستعير بالانتفاع بماله.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بما أن المعير متبرع، فإذا عرضت له بعد عقد العارية حاجة إلى الشيء المعار عاجلة ولم تكن متوقعة وقت العقد، فله أن يطلب إلغاء العقد ويسترد العارية إن كان قد سلمها أو يمتنع عن تسليمها إن لم يكن قد فعل، وذلك لأنه أولى من المستعير بالانتفاع بماله، ويكون للقاضى فى هذه الحالة تقدير كون حاجة المعير إلى الشيء المعار عاجلة وغير متوقعة (أنظر التقنين الفرنسى المادة 1889، وتقنين كوبيك المادة 1774، وعكس ذلك التقنين النمساوى المادة 976)، فإذا وجد القاضى أن المعير مقصر فى عقد العارية دون تبصر بحاجته إلى الشيء المعار، أو أن إلغاء العارية يلحق بالمستعير ضرراً يفوق ما يصيب المعير من ضرر، جاز له أن يرفض إلغاء العارية"⁽¹⁾.

ولهذا السبب نظير فى عقد الإيجار - مع وجود بعض الفوارق - إذ نصت المادة 607 مدنى على أنه:

"إذا اتفق على أنه يجوز للمؤجر أن ينهى العقد إذا جدت له حاجة شخصية للعين، وجب عليه فى استعمال هذا الحق أن ينبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة 563 ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك"- ووضح من هذا النص أنه هناك بعض الفوارق بين إنهاء الإيجار وإنهاء العارية.

فإنهاء الإيجار للحاجة، لا بد أن يكون متفقاً عليه فى عقد الإيجار، ولم ينص على هذا الشرط فى العارية، باعتبارها تبرعاً، والإيجار معاوضة ولا بد من تقييد المؤجر بالتنبيه ومواعيده المشار إليها بالمادة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 689.

(2) - إساءة المستعير استعمال الشيء أو التقصير فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه :

تنص المادة 644 مدنى فى فقرتها (ب) على أنه: "يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية:
(ب) إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه".

وهذا السبب تطبيق لمبدأ الفسخ باعتبار عقد العارية من العقود الملزمة للجانبين، فإذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه فإنه يكون قد أخل ببعض الالتزامات المفروضة عليه تجيز للمعير طلب الفسخ. والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كان ما بدر من المستعير يعد إساءة لاستعمال الشيء أو تقصيرا فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه أم لا⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"كذلك إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه، جاز للمعير أن يطلب إلغاء العارية جزاء إخلال المستعير بالتزاماته"⁽²⁾.

(3) إفسار المستعير بعد انعقاد العارية :

إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية، جاز للمعير أن يطلب إلغاء العقد، فيمتنع عن التسليم إن لم يكن قد فعل، ويسترد الشيء إن كان قد سلمه دون أن يعلم بالإعسار، وكذلك إذا كان الإعسار سابقا على العقد ولم يعلم به المعير إلا بعد التسليم، أما إن سلمه بعد العلم بالإعسار فلا يجوز له الإلغاء⁽³⁾.

وينتقد البعض هذا السبب من أسباب إنهاء الإعارة، لعدم تفهم الحكمة منه لأن ملكية الشيء المعار تبقى للمعير، فلا يضار هذا من إفسار المستعير⁽⁴⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 299.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 689.

(3) مذكرة المشروع التمهيدي - مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 689 وما بعدها.

(4) محمود جمال الدين زكى ص 248.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"لما كانت العارية تبرعا فالغالب فيها أن يكون لشخص المستعير اعتبار خاص عند المعير، فإذا مات المستعير تنتهى العارية، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك، ومتى انتهت العارية بموت المستعير، فإن التزامات المستعير كالالتزام برد العارية وغيره تبقى فى تركته وتعتبر دينا عليه⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 691.

مادة (645)

تنتهى العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره.

الشرح

45- انتهاء العارية بموت المستعير:

فقد لاحظ الشارع أنه يراعى فى عقد العارية شخصية المستعير، فالمعير يعير شخصا بذاته وقد لا يرضى أن تنتقل العارية إلى غيره.

ولذلك نص فى المادة المذكورة على أن تنتهى العارية بموت المستعير. غير أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام فيجوز للطرفين الاتفاق على خلافه بأن تستمر الإعارة بعد موت المستعير فتنقل إلى ورثته.

أما بالنسبة للالتزامات التى كانت تقع على عاتق المستعير المتوفى فإنها تظل باقية فى تركته، ويلتزم بها ورثته فى حدود التركة، مثل الالتزام بالرد والتعويض المستحق للمعير عما أصاب الشئ المعار من هلاك أو تلف أو فقد.

أما موت المعير فلا يترتب عليه انتهاء الإعارة، وتنقل حقوقه إلى ورثته، كما تنقل إليهم التزاماته فى حدود تركته⁽¹⁾.

(أسباب أخرى لانتهاء العارية)

(طبقا للقواعد العامة)

(1) تحقق الشرط الفاسخ:

إذا كانت العارية مقرونة بشرط فاسخ، فإنها تنتهى بتحقيق ذلك الشرط، كما إذا أعار شخص منزلا لموظف ليسكنه حتى ينقل الموظف من البلد الموجود به المنزل، فإنه عند نقله يتحقق الشرط وينتهى العقد.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 691.

(2) استحقاق العارية :

إذا أعار شخص شيئاً من غير أن يكون له حق أو صفة في ذلك، كان العقد معتبراً بين العاقلين، ولكن المالك لا يكون ملزماً باحترامه، وله أن يطلب رد العارية في أى وقت شاء، وبذلك تنقضى العارية.

(3) اتحاد الذمة :

إذا اتحدت الذمة، بأن اجتمعت صفتا دائن ومدين - معير ومستعير - في شخص أحدهما، انبنى على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة إحداهما للأخرى (م370 مدنى) ويترتب عليه انقضاء العقد، كما لو آلت العين المعارة إلى المستعير بطريق الإرث عن المعير، ولكن الواقع أن اتحاد الذمة ليس سببا في انقضاء العقد، وإنما بهذا السبب يستحيل استعمال الحق، فيقف ذلك الاستعمال فقط، ولا ينقضى العقد بحيث أنه إذا مازال السبب الذى من أجله اتحدت الذمة أمكن استعمال الحق⁽¹⁾.

46- هل تنتهى العارية ببيع الشيء المعار؟

إذا بيع الشيء المعار، فقد ذهب بعض الشراح إلى أنه لا يجوز الاحتجاج بالعارية ضد المشتري، وذهب البعض الآخر إلى أنه يصح الاحتجاج بالعارية قبل المشتري، لأن المستعير له حق حبس العين المعارة حتى تنتهى العارية، فله إذن أن يتمسك بالعارية ضد أى شخص يهمله ذلك⁽²⁾. ونرى الأخذ بالرأى الثانى.



(1) محمد كامل مرسى ص 299.

(2) محمد كامل مرسى ص 299.

الباب الثالث

العقود الواردة على العمل

الفصل الأول

المقاوله والتزام المرافق العامة

1 - عقد المقاوله :

مادة (646)

المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

الشرح

47- تعريف عقد المقاوله :

عرفت المادة 646 من التقنين المدني عقد المقاوله بقولها: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" (1).

ومثال ذلك أن يتعهد شخص ببناء منزل أو إنشاء مصرف أو مسقى، أو صنع أثاث، أو حياكة ثوب، أو إحضار فرقة مسرحية. وأهم أنواع المقاولات هي مقاولات البناء.

على أن أحكام المقاولات ليست مقصورة على المقاولين، بل تسرى على العمال والصناع، إذا كانوا يؤدون أعمالهم بالمقاوله، كالنجارين والبنائين والخياطين (2). كما أن

(1) المقاوله لغة:

جاء بالمعجم الوجيز ص 520 (قوله) فى الأمر: فإوضه وجاد له. وأعطاه العمل مقاوله على تعهد منه بالقيام به.

(2) محمد كامل مرسى العقود المسماة - الجزء الرابع الطبعة الأولى 1372 هـ 1953 م ص 472 وما بعدها.

هناك التزام المرافق العامة وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد الإعلان، وعقد النشر، وعقود المهن الحرة وعقد النظارة.

ويعرف بعض الفقهاء عقد المقاولة بأنه: عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته⁽¹⁾.

ويقترّب هذا التعريف من التعريف الذى أتت به المادة 646 وهو أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. ولكن هذه التعريف أكثر دقة من التعريف الذى جاءت به المادة 646 مدنى، وذلك لإبرازه الخاصية الأساسية لعقد المقاولة، تلك الخاصية التى تميزه عن عقد العمل - كما سيأتى بيانه فيما بعد - وهى خاصية استقلال الما قول عن رب العمل فى تنفيذه لعقد المقاولة دون الخضوع لإشراف أو إدارة رب العمل.

ويسمى من يقوم بصنع الشيء، أو بأداء العمل محل العقد مقاولاً، كما يسمى من يتم الصنع أو يؤدي العمل لحسابه رب العمل⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"عرفت المادة 646 من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ وأن الطاعنة استصدرت ترخيصاً باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال النجارة المتعاقد عليها، وسلمت المطعون ضده شيكاً مسحوباً لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاه أخشاباً قيمتها وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة، فإن التكييف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاولة. ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاولة المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا

(1) الدكتور محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة 1962 ص 12 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الرزاق حسين يس المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاو ل البناء الطبعة الأولى 1987 ص 83 وما بعدها .

عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التي تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاولة ونفاذاً له، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح في القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التي نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذي حرره لصالح بمبلغ. رغم عدم وجود رصيده، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق في إسباغ التكييف القانوني الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه".

(طعن رقم 497 لسنة 45 ق جلسة 1979/12/10)

48- خصائص عقد المقاولة :

لعقد المقاولة عدة خصائص وتخلص هذه الخصائص في أنه:

(1) عقد رضائي :

فالمشرع لا يشترط لانعقاد المقاولة شكلاً خاصاً، بل يكفي لانعقادها مجرد تراضي الطرفين، وقد يتم ذلك كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة الدالة وتبدو هذه الخصيصة واضحة من نص المادة 658 مدني الذي لا يجيز للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على هذا الأجر، فقد اشترطت هذه المادة أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة.

ولا تفقد المقاولة هذه الصفة الرضائية ولو كان العمل المطلوب هو بناء سفينة، إذ لا تشترط الرسمية، إلا إذا كان العقد الواقع على السفينة بيعاً⁽¹⁾.

(2) عقد معاوضة :

ذلك أن كلا من طرفيه يقتضى مقابلاً لما يعطى، فالمقاول لا يصنع الشيء ولا يؤدي ما نيظ به من عمل بنية التبرع، بل اقتضاء لأجر من رب العمل. كذلك فإن هذا الأخير إذ يدفع الأجر، إنما يقتضى به العمل وهكذا تتوافر لدى الطرفين نية أخذ المقابل لما يعطى.

(1) محمد لبيب شنب ص 12 وما بعدها.

(3) عقد وارد على العمل :

الأداء الرئيسى فى العقد مطلوب من الما قول وهو القيام بعمل معين، ورغم أن هذا العمل يتم فى مقابل أجر، وهذا الأجر قد يكون عبارة عن نقل ملكية شىء مثلى أو قيمى إلى الما قول، فإن الاعتراف فى وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسى لا المقابل. واما قول إذ يقوم بالعمل المكلف به، فإنما يفعل ذلك باسمه الخاص، مستقلا عن أى إدارة أو إشراف من جانب رب العمل. فالعقد يحدد العمل أو النتيجة التى أرادها المتعاقدان، واما قول يختار الوسائل والأدوات التى يراها مؤدية إلى إنجاز هذا العمل أو تحقيق هذه النتيجة، دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته⁽¹⁾.

ويرد عقد الما قولة على عمل ماضى وهو صنع شىء أو أداء عمل، وهذا هو الأمر الغالب فى عقد الما قولة، ولا يقلل من هذا الرأى أن يؤدى الما قول أو المهندس المعمارى أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله، كإجراء الحسابات التى يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها، كذلك فقد يتضمن أداء كل منهما تصرفا قانونيا، كنقل ملكية المواد أو الأشياء التى يقدمها - واللازمة لتنفيذ العمل - إلى رب العمل.

وأىضا فإن المهندس المعمارى الذى قد يقتصر عمله على وضع التصميم، وإجراء المقاييسات اللازمة للمشروع، فإن أعماله هذه - رغم بروز الجانب ذهنى فيها - تعتبر أعمالا مادية - كما سنرى - وذلك بالتبعية للأداء الرئيسى فى عقد الما قولة وهو ما يكون فى الغالب الأعم عملا ماديا، والأحكام إنما تبنى على الغالب⁽²⁾.

تميز عقد الما قولة عن غيره من العقود :

إذا توافرت الخصائص السابقة للعقد، ولا سيما خصيصة القيام بالعمل استقلا وخصيصة كون العمل يتم فى مقابل أجر، أمكن تكييف العقد بأنه ماقولة. ومع ذلك فقد يلتبس عقد الما قولة ببعض العقود الأخرى.

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

49- أولا : الما قولة والبيع :

(1) محمد لبيب شنب ص 13 - الأستاذ فتيحه قره أحكام عقد الما قولة 1987 ص 19.

(2) عبد الرزاق حسين ص 86 وما بعدها.

ترد المقاوله على العمل أما البيع فيرد على الملكية. فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاوله. أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك، فالعقد بيع⁽¹⁾. وإذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله، فلا شبهة فى أن العقد مقاوله. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 647 مدنى على أنه: "يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى عمله".

إنما تقوم الشبهة فى الحالة التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة من أنه: "كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا"، وهو ما يسمى بعقد الاستصناع، كأن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له حلة ويقدم الحائك القماش من عنده، أو يتعاقد مع نجار على صنع مكتب ويقدم النجار الخشب من عنده، فهل يكون العقد فى الصورتين سالفتى الذكر عقد مقاوله أم يكون عقد بيع واقع على شىء مستقبل هو القماش بالنسبة للحائك والخشب بالنسبة للنجار.

وقد انقسم الرأى فى شأن تكييف هذا العقد إلى عدة آراء:

الرأى الأول:

أن عقد الاستصناع عقد مختلط. فهو مكون من عقدين مختلفين المقاوله والبيع، إذ لا يمكن اعتباره عقدا بسيطا: مقاوله فقط، أو بيعا فقط، فهو مكون من عقدين مختلفين جمعتما عملية اقتصادية واحدة. فالعقد الذى يقدم فيه العامل المادة هو فى نفس الوقت مقاوله وبيع⁽²⁾.

وعيب هذا الرأى أنه يؤدى إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقاوله مع أحكام البيع، كما هو الأمر فيما يختص بطبيعة العوض وتحديد، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين، وهو ما يؤدى إلى التحكم فى أغلب الأحيان⁽³⁾.

الرأى الثانى:

(1) الأستاذ محمد عبد الرحيم عنبر الوجيز فى عقد المقاوله والتوكيلات التجارية الطبعة الثانية 1987 ص 37.

(2) محمد كامل مرسى ص 479.

(3) محمد لبيب شنب ص 17.

الاستصناع عقد مقاوله ابتداء وبيع انتهاء: فهو مقاوله مادام الشئ لم يتم صنعه بعد، فإذا انتهى هذا الصنع، تحول العقد إلى بيع للشئ المصنوع، بنقل ملكيته إلى المشتري.

وعيب هذا الرأى واضح، ذلك أن تكيف العقد إنما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك، ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه، عن وصفه إذا ما نفذ، فضلاً عن أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشئ، مما يدل على أن المقاوله تظل ولا تنقضى بمجرد إتمام هذا الصنع⁽¹⁾.

الرأى الثالث:

الاستصناع عقد بيع لشئ مستقبل: وهذا الرأى لا يدخل فى الاعتبار أن المقاول إنما تعاقده أصلاً على العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل. ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً، لجازله أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد. وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشئ المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع لا لشئ مستقبل، بل لشئ حاضر⁽²⁾.

ومع ذلك فشراح القانون البحرى يرجحون هذا التكيف بالنسبة لعقد بناء السفينة.

الرأى الرابع:

عقد الاستصناع عقد مقاوله: ذلك أن المادة التى يوردها المقاول ليست إلا تابعة للعمل، لأن التزام المتعهد هو القيام بعمل معين: صنع الشئ المطلوب منه، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد وفى بالتزامه، وإذا كان يترتب على صنع الشئ أن يملكه رب العمل، فذلك لا يعنى أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية وأنه بالتالى عقد بيع، فتملك رب العمل للشئ الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع، فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، وكذلك المقاوله إذا

(1) محمد ليبب شنب ص 17.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السابع المجلد الأول 1989

اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول⁽¹⁾. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا الرأي هو الجدير بالاتباع. ويتفق مع مسلك التقنين المدني، فقد عرف المقالة في المادة 646 بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وفي هذا التعريف واجه المشرع صراحة حالة المقاول الذي لا يقتصر على مجرد القيام بعمل محض، بل يتعهد بعمل هو صنع أو إيجاد شيء لم يكن له وجود من قبل، وعند الكلام عن التزامات المقاول، واجهت المادة 647 صورتى التعهد بالصنع، فقررت أنه يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله - وهذه هى الصورة الأولى - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا - وهذه هى الصورة الثانية وهى صورة عقد الاستصناع - والتقنين الحالى لا يختلف فى هذا المسلك عن التقنين الملغى (المادة 415)، ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع المصرى فى هذين التقنينين لم يورد نصاً مقابلاً لنص المادة 1711 من القانون المدنى الفرنسى الذى يقرر أن المقالة تعتبر إيجاراً إذا كان رب العمل هو الذى يقدم المواد، وهو النص الذى استخلص منه البعض بطريق مفهوم المخالفة أن العقد يكون بيعاً إذا كان المقاول هو الذى يقدم المواد اللازمة للعمل.

وفضلاً عما تقدم فقد نظم المشرع مسئولية المقاول عن مادة العمل إذا كان هو الذى قدمها، فقرر أنه يكون مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل (م 648)، ولو كان العقد بيعاً لاكتفى المشرع بأحكام الضمان الواردة فى باب البيع، كذلك أجاز المشرع لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، دون تفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول هو الذى قدم المواد أو كان رب العمل هو الذى قدمها (م 663)، ورخصة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من الخصائص التى تتميز بها أحكام المقالة والتى لا يجوز استعمالها فى البيع.

والخلاصة إذن أن عقد الاستصناع أو العقد الذى لا يقتصر المقاول فيه على تقديم عمله، بل يقدم أيضاً المواد اللازمة لصنع الشيء المتعهد به، يعتبر عقد مقالة أى عقداً من العقود الواردة على العمل، ولكنه أيضاً عقد منشئ للملكية، إذ يترتب على تنفيذه أن يصبح

رب العمل مالكا للشئ المصنوع لحسابه⁽¹⁾.

الرأى الخامس:

عقد الاستصناع يكون مقاوله أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل. فإذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة فالعقد بيع، أما إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة كالرسم الذى يورد القماش الذى يرسم عليه والألوان التى يرسم بها، وهى أقل بكثير من قيمة عمل الرسم فالعقد يكون عقد مقاوله⁽²⁾.

ويستطرد بعض أنصار هذا الرأى بأنه يكفى أن يكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل، حتى لو كانت أقل قيمة منه، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب، ليصبح العقد فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاوله، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاوله على العمل وتتنطبق أحكامها عليه⁽³⁾.

وقد توسعت المحكمة الإدارية العليا فى حكم حديث لها فى هذا الرأى، فذهبت إلى أنه إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجا من البيع والمقاوله فيقع البيع على المادة وتقع المقاوله على عنصر العمل، ومفاد ذلك أنها لم تشترط أن يكون للمادة قيمة محسوسة.

فقد قضت دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات بالمحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2000/6/4 فى الطعن رقم 320 لسنة 45 ق بأن:

"ومن حيث إن عقد المقاوله وفقا لأحكام القانون المدنى من العقود المسماة التى ترد على العمل، ويلتزم فيه المقاول بأداء عمل أو شغل معين لحساب الغير، فإذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجا من البيع والمقاوله فيقع البيع على المادة

(1) محمد لبيب شنب ص 22 وما بعدها - فتحيه قره ص 28 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 34 وما بعدها - الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية 1952 ص 30 وما بعدها - الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات فى القانون المدنى البيع والمقايضة والإيجار 1956-1957 ص 24 - الدكتور عبد المنعم البدرأوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى 1957 ص 102 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 35.

وتقع المقابلة على عنصر العمل".

وهذا الرأي فى شقه الأول يستند إلى القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل. فإذا كان العمل هو الأصل تتبعته المادة وكان العقد مقابلة، وإذا كانت المادة هى الأصل تتبعها العمل وكان العقد بيعا.

ويذهب البعض إلى أن الأساس الذى يرتكز عليه هذا الرأي غير محدد، إذ ليس من السهل أن نحدد العنصر الأساسى فى العقد هل هو العمل أم المواد المستخدمة فى صنع الشئ، وإذ لا مفر من التحكم مع ما يؤدى إليه ذلك إلى نتائج غير منطقية، وللدلالة على ذلك يسوق الفروض الآتية:

1- إذا عهد شخص إلى حائك بخياطة ثوب له من القماش يقدمه الحائك، فإن أنصار هذا الرأي يرون فى العقد بيعا لشئ مستقبل، على أساس أن قيمة القماش أكبر من قيمة العمل. ولكن هل حقا قيمة القماش أكبر من قيمة العمل؟ إذا كان تحديد القيمة يتم على أساس ثمن القماش الفعلى والأجر الذى تقاضاه الخياط فعلا، فلا شك أن المسألة تختلف باختلاف أنواع الأقمشة وباختلاف الخياطين، فهل تتغير طبيعة العقد فيكون بيعا إذا كان القماش من صنف مرتفع الثمن وكان الحائك يتقاضى أجرا أقل من هذا الثمن، ويكون العقد مقابلة إذا كان القماش رخيصا وتقاضى الحائك أجرا أكثر من ثمن القماش؟

2- إذا عهد إلى مثال بعمل تمثال، فالذى يقال عادة إن هذا العقد مقابلة على أساس أن قيمة العمل الفنى الذى يأتيه التمثال أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه، وهى الحجارة أو الشمع، أو البرونز مثلا، ولكن ما الحكم إذا كان التمثال سيصنع من ذهب خالص تفوق قيمته بكثير الأجر الذى يتقاضاه التمثال عن عمله؟

3- ما الحكم إذا كانت قيمة المواد تساوى قيمة العمل؟ هل يعتبر العقد مركبا من المقابلة والبيع؟ أم تغلب أحد العقدين على الآخر؟ إن الكثيرين من أنصار هذا الرأي يرون أن العقد فى هذه الحالة يكون بيعا لشئ مستقبل، على أساس أن هذا هو الأصل، وأنه لا يعدل عن هذه الوصف إلى وصف المقابلة إلا إذا ثبت أن قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة فى صنع الشئ. وواضح ما فى هذا القول من تحكم.

4- إذا كان العمل المطلوب هو إقامة بناء بمواد يقدمها المقاول على أرض مملوكة لرب العمل، فإن العقد يكون مقابلة فى نظر أصحاب هذا الرأي على أساس أن الفرع يتبع الأصل، ولما كانت الأرض هى الأصل، فإن المواد التى يقدمها المقاول تعتبر ذات

أهمية ثانوية إذا ما قورنت بالأرض، ولذلك يكون العقد مقاولة لا بيعا، وهذا التطبيق يدل بوضوح على تحديد المقصود من المواد الأولية المستخدمة فى الصنع، إن المادة الأولية هى عبارة عن مادة تستخدم فى صنع شىء بتحويلها أو تعديلها بحيث تفقد شكلها وتكوينها الأصلى وتختلط بغيرها من المواد وتكون شىئا جديدا هو البناء، فهل تتغير الأرض ويتبدل شكلها وتختلط بالبناء المقام عليها، بحيث يمكن اعتبارها من المواد الأولية المستخدمة فى الصنع والاعتداد بقيمتها لتحديد وصف العقد؟ وهل قيمة الأرض دائما أكبر من قيمة المواد المستخدمة فى البناء؟ هذه عمارة مكونة من ثلاثين طابقا ومقامة على أرض مساحتها خمسمائة متر هل قيمة هذه الأرض أكبر من قيمة المواد والعمل اللذين بذلا فى إقامة هذه العمارة؟

إن وصف العقد يجب أن يرتبط بعناصر ثابتة لا تتغير، عناصر واضحة ومحددة، ولا يجوز أن يتوقف على قيمة المواد المستخدمة فى العمل، وبالتالي أن يختلف باختلاف هذه القيمة إذا ما قورنت بقيمة العمل ذاته⁽¹⁾.
والرأى الأخير هو الراجح فقها وقضاء⁽²⁾.

50 - أهمية التفرقة بين المقاول والبيع:

تبدو أهمية التفرقة بين المقاول والبيع من عدة نواح تتمثل فيما يأتى:

1- فى البيع لابد من الاتفاق على الثمن، فإذا لم يعين الثمن فى العقد ولم يتضمن العقد الأسس التى تسمح بتعيينه فى المستقبل، فإن البيع لا ينعقد أو يقع باطلا، وذلك بعكس الحال فى المقاول فلا يشترط لا تحديد الأجر ولا حتى بيان العناصر التى تسمح بتحديد قيمته فيما بعد. وفى هذه الحالة يجب الرجوع فى تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م 609 مدنى).

2- عقد البيع ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة، أما عقد المقاول فيجوز فيه لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول (م 663 مدنى).

(1) محمد ليبب شنب ص 19 وما بعدها - فتحيه قره ص 24 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 42 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 103 - منصور مصطفى منصور ص 24.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى قام الحكم بتحديد نطاق الالتزام فى عقد المقاولة، ورفض دعوى الطاعن (المهندس المعماري) فيما يجاوز هذا النطاق الذى استوفى عنه أجره كما استوفى زيادة عليه أجر تصميم وتنفيذ عمل آخر دون أن يقوم ببحث دفاع الطاعن بشأن تحلل المطعون ضدها (رب العمل) من تنفيذ ما يجاوز حد الإلزام فإنه لا يكون قد خالف نص المادة 663 مدنى أو شابه قصور فى التسبيب".

(طعن رقم 223 لسنة 33 ق جلسة 1967/5/16)

3- فى البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعدار المشتري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م 1/458 مدنى). أما فى المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من اليوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة.

4- للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً، أما فى المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م 1148 مدنى)⁽¹⁾.

51- ثانياً: المقاولة والإيجار:

عقد المقاولة يرد على العمل، أما الإيجار فيرد على المنفعة فقد نصت المادة 558 مدنى على أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

غير أن المقاولة قد تلتبس بالإيجار فى عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك. فيمكن القول أن العقد مقاولة لأنه يرد على ما تقوم به الشركة من عمل فى توصيل المياه أو الكهرباء أو الغاز إلى المستهلك وقد يقال إنه عقد إيجار لمعدات الشركة التى تقوم بذلك.

ويذهب فقهاء القانون المدنى إلى أن العقد مقاولة لا إيجار. أما فقهاء القانون الإدارى فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية بل هو مركز قانونى منظم، وصفه العقد الإدارى الذى أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم كما

(1) محمد عبد الرحيم عنبر ص 37.

تخضع اللائحة الإدارية للتشريع، وكما يخضع التشريع للدستور. وليس ذلك وقت إبرام العقد بين العميل والملتزم فحسب، بل يخضع عقد العميل أيضا لجميع ما يلحق ذلك العقد التنظيمى الإدارى من تعديلات تدخلها السلطة مستقبلا بما لها من سلطان فى تنظيم المرافق العامة⁽¹⁾.

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر فى عقد الالتزام فإنه يخضع تبعا لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه. وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدنى، وأوجبت العمل بها. سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها. فهى مبادئ تعتبر من النظام العام. وتقرض نفسها على كل من عقد الملتزم وعقد العميل.

ولكن الراجح فقها وقضاء أنه عقد مدنى، ويخضع لاختصاص المحاكم المدنية، إلا أن هذا العقد - مع ذلك - وثيق الصلة بعقد الالتزام الإدارى⁽²⁾.

52- ثالثا: المقاوله والعمل:

تنص المادة 674 مدنى على أن عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. ومن ثم فإن عقد المقاوله يتحد مع عقد العمل فى أن الأداء الرئيسى لكل منهما هو القيام بعمل. غير أنهما يختلفان فى وجود علاقة تبعية بين رب العامل والعامل فى عقد العمل، فعلاقة التبعية هى التى تميز عقد العمل عن عقد المقاوله⁽³⁾. فإذا كان العامل

(1) السنهورى ص 10 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 19 وما بعدها.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر ص 20.

(3) وهناك معايير أخرى للفرقة بين عقد المقاوله وبين عقد العمل ظهرت فى الفقه إلا أن هذه المعايير أصبحت مرجوحه ونشير إليها استكمالا للبحث.

فقد ذهب رأى إلى أن معيار التفرقة بين العقدين يكمن فى اختلاف طبيعة المحل فى كل منهما. فبينما يضع العامل كل قوته وجهده تحت تصرف صاحب العمل، نجد أن عمل المقاول ليس هو موضوع التزامه، وإنما هو يلتزم بتحقيق نتيجة معينة كبناء منزل مثلا. أو بمعنى آخر بينما يلتزم العامل ببذل عناية فإن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة.

وقد استمد بعض الفقهاء من هذا المعيار معيارا آخر هو طريقة تحديد الأجر فذهبوا إلى أنه فى عقد العمل يتحدد أجر العامل على أساس زمنى كالיום أو الأسبوع أو الشهر أما فى عقد المقاوله فإن أجر المقاول يتحدد وفقا لأهمية النتيجة التى يحققها.

خاضعا لرقابة رب العمل وسلطته وإشرافه فإن العقد يكون عقد عمل، وأما إذا كان العامل لا يخضع لرقابة رب العمل ولا لسلطته وإشرافه وإنما يتمتع بقدر من الاستغلال في مباشرته لعمله فإن العقد في هذه الحالة يكون عقد مقالة.

= ولكن إذا كان هذان المعياران يصدقان في كثير من الصور، فهما لا يصدقان في شأنها جميعا ولا يعتبران بالتالي حاسمين في التمييز بين العقدين، فقد يلتزم العامل بتحقيق نتيجة معينة ويتحدد أجره على أساس هذه النتيجة لا على أساس زمني كما في الأجر بالقطعة دون أن يؤدي هذا إلى اعتباره مقاولا كما أن بعض من يعتبرون مقاولين قد لا يلتزمون بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية دون أن يعتبروا بذلك عمالا، كما في علاقة الأطباء بمرضاهم (الدكتور حسن كيره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية 1969 ص 133 وما بعدها - الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص 127 وما بعدها).

وذهب رأى آخر إلى القول بأن معيار التفرقة بين العقدين مستمد من شخص صاحب العمل، فإذا كان العامل يؤدي العمل لمصلحة شخص معين، كان العقد عقد عمل، وأما إذا كان الإيجاب الصادر ممن يؤدي العمل موجها إلى الكافة فإن العقد يكون عقد مقالة، وبناء على هذا المعيار يعتبر الطبيب مرتبطا بعقود مقالة في علاقاته بعملائه من الجمهور، بينما يعتبر مرتبطا بعقد عمل إذا التزم بالخدمة في إحدى المستشفيات. ولكن هذا المعيار بدوره ليس دقيقا كما أنه قاصر عن الإحاطة بكافة الصور، ومثال ذلك مقاول الأعمال الصحية أو التوصيلات الكهربائية الذي يتعاقد مع مقاول مبان، على أن يقصر نشاطه على العمل لحساب هذا الأخير فترة معينة دون أن يكون خاضعا لرقابته وإشرافه، على العكس قد يعرض الشخص خدماته على الكافة ومع ذلك يعتبر عاملا لا مقاولا ومثال ذلك من تقمن بأعمال النظافة وغسل الملابس في بعض المنازل (حسن كيره ص 135 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 128 وما بعدها).

ولذلك حاول بعض أنصار الرأى السابق تصحيحه بالاعتماد في تكييف العقد على مدى استمرار الروابط بين طرفيه، بحيث يوجد عقد مقالة إذا كانت الرابطة بين الطرفين تنتهي بتقديم العمل، بينما يوجد عقد عمل إذا استمر من يؤدي العمل بعد الفراغ منه في خدمة نفس صاحب العمل.

وهذا المعيار معيب بدوره لأن الطبيعة القانونية للعقد لا ترتفع بمدى استمرار الروابط بين أطرافه، فضلا عن أن هذا المعيار يعود بنا إلى الرأى القائل بأن العامل يلتزم ببذل عناية والمقاول يلتزم بتحقيق نتيجة.

ومعيار التبعية يستخلص من مقارنة تعريف عقد العمل الوارد في المادة 674 من التقنين المدني. بتعريف عقد المقابلة المذكور في المادة 646، إذ يمثل عنصر التبعية في الأول مكانا بارزا، بينما يختلف في الثاني اختفاء تاما، ولكن العقدان يتحدان فيما عداه، فضلا عن ذلك فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني ينص في المادة 933 على أن عقد العمل "يتميز عن عقد المقابلة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدي له من خدمات، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات"، وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى شرحا لهذا النص "أنه يعرض لكيفية التمييز بين عقد العمل والمقابلة فيجعل معيار التفرقة مرتبطا بمدى حق صاحب العمل في توجيه ما يؤدي من خدمات أو على الأقل في الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات".

ولا يؤثر على وجود هذا المعيار حذف تلك المادة في لجنة المراجعة لأن الحذف يعزى إلى أن التمييز بين العقدين على النحو الوارد به أدخل في عمل الفقه منه في عمل المشرع أي أنه معيار فقهي وليس مبدأ تشريعيا⁽¹⁾.

(1) إلا أنه يراعى أن صاحب العمل في عقد المقابلة ليس محروما من إبداء رأيه وتوجيهاته في شأن العمل المتعاقد عليه، بل في حالات كثيرة يحدد المقاول تعليمات معينة بشأن ما يضطلع به من مهمة وذلك يجعل الحد الفاصل بين عقد العمل وعقد المقابلة من وجود التبعية القانونية في الأول وتخلفها في الثاني أمرا بالغ الدقة. ويحاول القضاء والفقه الفرنسي تخطي هذه الصعوبة عن طريق القول بأن رب العمل يكتفى في عقد المقابلة بالتوجيه العام للعمل وفيما يخص النتيجة التي يرد الحصول عليها، بينما يتدخل في عقد العمل بصفة مباشرة في أداء العمل ووسائله، أو القول بأن رب العمل يملك سلطة على شخص العامل في أداء العمل، بينما يكتفى في عقد المقابلة بإعطاء توجيهات محددة تتعلق بموضوع العمل المطلوب إتمامه دون اقتران ذلك بسلطة له على شخص المقاول. وقد تصدق مثل هذه المعايير في كثير من الحالات للدلالة على توافر أو تخلف التبعية القانونية، ولكنها بمفردها ليست حاسمة. لذلك يبدو من الواجب إلى جوارها استكناه ظروف الواقع المختلفة للوقوف خاصة على مدى ما يتمتع به من يؤدي العمل من حرية واستقلال في أداء العمل واتفاق ذلك أو تنافره مع مركز الخضوع والتبعية لصاحب العمل، وعلى مدى تحمل من يؤدي العمل أو عدم تحمله بالمخاطر، وعلى مدى تمتع أو عدم تمتع صاحب العمل بضرورة توقيع جزاءات على العامل يستمدها من وصفه صاحباً للعمل (حسن كيره ص 136 وما بعدها هامش 5).

وبالترتيب على ذلك إذا ثبت حق صاحب العمل فى الإدارة والإشراف كان العقد عقد عمل، ولا يهم بعد ذلك ما إذا حدد الأجر بحسب الزمن أو القطعة أو الطريحة أو العمل المعين بالذات، كما لا يهم ما إذا اقتصر الشخص على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله أو التعهد بتقديم العمل والمادة معا وما إذا كان الشخص قد استعان فى تنفيذ العمل بعمال آخرين أو انفراد هو بالقيام بتأديته دون أن يتخذ مساعدين له، وما إذا كان الشخص يعمل لدى صاحب عمل واحد أو جملة من أصحاب الأعمال.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى مردود بأن المادة 674 من القانون المدنى تنص على أن "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وأن المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 سنة 1952 تنص على أن "تسرى أحكام هذا القانون على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه وفى مقابل أجر" ومؤدى هاتين المادتين أن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجرا على عمله، ولما كان القرار المطعون فيه قد أقام قضاؤه على تحقق هذين الأمرين فى خصوص الرابطة التى تربط الطاعنين بالصناع المنضمين للنقابة التى يمثلها المطعون عليه بما أورده فى أسبابه من أنه "ثبت أن صاحب المصنع هو الذى يحدد ساعة فتح المصنع وساعة إقفاله وهو الذى يشرف إما بنفسه أو بواسطة رئيس عماله إشرافا مهنيا كاملا على جميع عمال المصنع ويراقب حسن أدائهم لعملهم وهو الذى يحدد عدد الطريحة التى يسلمها لكل طاقم حسب حالة السوق ويحدد له نوع ومقاسات هذه الطريحة ويقدم لهم القوالب اللازمة للأحذية المطلوب إنجازها وهو الذى يحافظ على النظام فى مصنعه فإذا ما خالف أحد العمال أمره جازاه أو فصله مباشرة إذا كان المخالف رئيسا للطاقم أو بطريقة غير مباشرة إذا كان المخالف أحد المساعدين - وأن التحقيق أثبت أن أجر العامل ارتفع تباعا ابتداء من سنة 1939 وما بعدها وأنه سائر فى ذلك قوانين إعانة غلاء المعيشة - وأنه تبين من أقوال طرفى النزاع أن العلاقة التى تربطهما هى علاقة العامل بصاحب العمل فهذا الأخير هو الذى يقوم بالتأمين على عماله وهو يصرف لهم قروضا عند حاجتهم لها ويعطيهم إجازات سنوية مدفوعة كما أن

كثيرا من أصحاب المصانع جروا على صرف مكافآت نهاية الخدمة للعمال المفصولين، كما أن الأجر ازداد تباعا تمشيا مع قوانين إعانة غلاء المعيشة - وهذا كله يدل على أن الطرفين كانا متفقين على صفة رافعي النزاع وأنهم عمال لا مقاولين"، لما كان ذلك فإن القرار المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه وتأويله - أما ما أورده الحكم لتدعيم وجهة نظره بما تحدث فيه عن المعيار الاقتصادي لتعرف حقيقة التكيف القانوني للعقد الذي يربط طرفي النزاع فإنه تزيد يستقيم الحكم بدونه - كما أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه من قصور مردود بأن القرار أورد في أسبابه وجهة نظر الطاعنين فذكر: "أن ما يدلى به أصحاب المصانع من حجج تخلص في أنه لما يضاف على رافعي النزاع صفة المقاول أن صانع الأحذية يستخدم من باطنه عمالا آخرين هم مساعدوه يأخذون أجورهم منه وعلاقتهم به علاقة مباشرة ولا يتدخل رب العمل في ذلك مطلقا مردود بأنه ما من مانع يمنع العامل الذي يعمل بمصنع ما هو مكلف بأداء عمل معين فيه أن يستعين بمساعدين يختارهم هو وذلك لحسن التفاهم الواجب توافره بينه وبينهم وهذا لا يضر صاحب العمل فالجميع يعملون داخل مصنعه وتحت إشرافه كما أن الأجر الذي يدفعه هو أجر الوحدة الذي يوزع على العامل ومساعديه - وفي أن هؤلاء الصناع يعملون على بنوك وكراسي يملكونها وبآلاتهم الخاصة ويشتركون في مصاريف صنع الحذاء إذ يتحملون ثمن المسمار والغراء وهذا مردود عليه بأن العامل يقدم البنك والكراسي تمشيا مع عرف صناعة معينة وهذا لا يضاف عليه صفة المقاول، كما أن عمله بآلاته الخاصة لا يدل على شيء فكثير من العمال في الصناعات المختلفة يعملون بآلاتهم الخاصة التي اعتادوا الشغل بواسطتها خصوصا عندما تكون تلك الآلات صغيرة الحجم قليلة القيمة كما هو الحال في صناعة الأحذية - أما أن العامل يشترك في مصاريف صنع الحذاء بتحملة ثمن المسمار والغراء والدوبارة فإن هذا زعم غير صحيح لأن الأجر الذي يدفعه صاحب المصنع للعمال يدخل فيه مصاريف هذه التكلفة حتى لقد ذكر أحد أصحاب المصانع في التحقيق أن أجر صنع الحذاء يزيد تبعا لزيادة هذه المصاريف ولزيادة الغلاء بالنسبة للعامل وهذا يفهم منه أن صاحب العمل هو الذي يتحمل هذه المصاريف في الحقيقة وأنه لجأ لهذه الطريقة توخيا للاقتصاد ولكي لا يسرف العامل في استهلاك تلك المواد" وهذا الذي أورده القرار لا يعتوره قصور - هذا فضلا عن أنه لا على الهيئة إذ هي أغفلت الرد على جميع ما يثيره الخصوم من أوجه الدفاع مادام أنها أقامت قضاءها على توفر الأمرين اللذين تتحقق بهما رابطة عقد العمل بين

الطاعنين والعمال المنضمين للنقابة التي يمثلها المطعون عليه وفي ذلك ما يكفي لحمل القرار المطعون فيه".

(طعن رقم 289 لسنة 23 ق جلسة 1957/4/4)

2- "المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها:

"عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" كما نصت كذلك المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 بأن "عقد العمل هو الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه في مقابل أجر" وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية... إلخ".

(طعن رقم 137 لسنة 29 ق جلسة 1963/2/13)

3- "تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود هو بتوافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها إن عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة العاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وما نصت عليه كذلك المادة 42 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 بأنه "العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل أن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل وإشرافه مقابل أجر".

(طعن رقم 775 لسنة 45 ق جلسة 1982/6/10)

ويكفي لتمييز عقد العمل عن عقد المقاولة أن تتوافر في عقد العمل التبعية التنظيمية أو الإدارية حتى ولو لم تتوافر التبعية الفنية. والمقصود بالتبعية التنظيمية هي خضوع العامل لصاحب العمل في شأن الظروف الخارجية التي يتم في ظلها تنفيذ العمل كتحديد أوقاته ومكانه، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم وتوقيع الجزاء على المخالف منهم.

أما التبعية الفنية- والتي لا يلزم توافرها- فيقصد بها خضوع العامل لتوجيه وإشراف كامل أو شبه كامل من قبل صاحب العمل في جوهر العمل بدقائقه وجزيئاته.

فيفترض في صاحب العمل - في هذه الصورة- أن يكون عالما بفن حرفته أو على

الأقل ملما به إماما يجعل فى قدرته توجيه العامل وإدارته⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يكفى فى علاقة العمل توافر التبعية المهنية وهى أن يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل وتعليماته، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر معالم هذه التبعية ومقوماتها من الاتفاق المحرر بين الطاعنة - شركة سكك حديد مصر الكهربائية ووحدات عين شمس - والمطعون عليه وقد تضمن الاستعانة به فى "دراسة المسائل القانونية والقضائية وبصفة خاصة ما يتعلق منها بأعمال التنازلات وتقويم ممتلكات الشركة وما قد ينشأ من المسائل الضريبية" وأن أعماله لديها تشمل الإجراءات اللازمة لدى الإدارات والمصالح العامة ومجلس الدولة لتسوية المنازعات حسب تعليمات الشركة "وتوكيله" فى تمثيل الشركة أمام المحاكم" مقابل أتعاب تغطى جميع الاستشارات التى تطلبها منه وكذلك الإجراءات التى تتخذ أمام الإدارات والمصالح والدفاع عن الشركة أمام المحاكم، ورتب على ذلك أن العلاقة بينهما هى علاقة عمل لا علاقة وكالة وغلب الأولى على الثانية مستندا فى ذلك إلى أنه "هذا وفى واقعة هذه الدعوى لا يعطى المتعاقدان الأعمال القانونية سوى أهمية ثانوية بالقياس إلى الدراسات والاتصالات المتعددة الواردة بالفقرتين الأوليين بدليل ما نص عليه فى الاتفاق فى صدد تمثيل الشركة أمام القضاء من أن ذلك يكون بالنسبة للقضايا التى تعهد الشركة بها للمستأنف عليه سواء بمفرده أو بالتعاون مع محامى الشركة مما يستشف منه أن للشركة محاميين الذين يقومون بالدفاع عنها أمام القضاء وأن توكيلها للمستأنف عليه قاصر على بعض القضايا التى ترى تكليفه فيها فى الدفاع". فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أو شابه قصور يعيبه إذ هى تقارير سائغة تكفى لحمله - ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 95 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/29)

2- "تبعية العامل لرب العمل هى عنصر جوهرى فى عقد العمل، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى انتفاء هذه التبعية استنادا إلى ما قرره من أن الثابت من أقوال الشهود الذين سمعوا فى الدعوى ومن المستندات المقدمة فيها أن علاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها كانت علاقة وكالة بالعمولة وليست علاقة عمل دون أن يحصل الحكم

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى قانون العمل الجديد - المجلد الأول ص 788

فى أسبابه أقوال هؤلاء الشهود أو يبين هذه المستندات ومضمونها وكيف استقى منها هذه الحقيقة التى قام عليها فإن ذلك يعد قصورا مبطلا للحكم إذ لا يمكن معه تعيين الدليل الذى أقامت عليه المحكمة اقتناعها والتحقق من أنه يفضى إلى النتيجة التى انتهت إليها".

(طعن رقم 350 لسنة 37 ق جلسة 12 يناير 1974)

3- "مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدنى وكذا المادة 24 من القانون 91 لسنة 1959، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية..... الخ".

(طعن رقم 458 لسنة 41 ق جلسة 15/4/1976)

4- "المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدنى بقولها "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وما تقضى به المادة 42 من القانون رقم 91 لسنة 1959 من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردى على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية".

(طعن رقم 152 لسنة 50 ق جلسة 8/2/1981)

5- "تكييف عقد العمل وتمييزه عن غير من العقود. مناطه. توافر عنصر التبعية. المادتان 674 مدنى، 29 ق 137 لسنة 1981. ظهور التبعية فى صورتها التنظيمية أو الإدارية. كاف لتحقيقها".

(طعن رقم 4373 لسنة 68 ق جلسة 13/6/1999)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1974/11/9 فى الطعن رقم 650 لسنة

16 ق بأن:

"يقصد بالتبعية، التبعية القانونية أى التبعية التى فرضها القانون والتى تتمثل فى قيام العامل بتأدية العمل لحساب رب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويكون لرب العمل توجيه العامل فيما يؤديه إليه من أعمال وفى طريقة أدائه فيصدر إليه التوجيهات ويلزم العامل بتنفيذها وإلا اعتبر مقصرا فى عمله وغنى عن البيان أن سلطة رب العمل فى توجيه تضيق كلما كان العمل المسند إلى العامل من الأعمال الفنية التى يخضع فى ممارستها لأصول المهنة وقواعدها وآدابها، وفى مثل هذه الحالات تكون توجيهات رب العمل وإشرافه قاصرة على النواحي الإدارية أو التنظيمية فقط".

53- رابعا : المقاوله والوكالة :

(أنظر شرح المادة 646).

وقد خالصنا عند تناول عقد الوكالة إلى أن الوكالة والمقاوله يتفقان فى أن كلا منهما عقد يرد على العمل. وأن هذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان فى أن العمل فى عقد الوكالة هو تصرف قانونى فى حين أنه فى عقد المقاوله عمل مادى.

والوكيل وهو يقوم بالتصرف القانونى لمصلحة موكله يكون نائبا عنه ويمثله فى التصرف الذى يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل. أما المقاول وهو يؤدى العمل المادى لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالا.

وقد تلتبس المقاوله بالوكالة وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس والمحامى والمحاسب. وقد جرى القضاء الفرنسى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة، لا عقود مقاوله أو عمل، ذلك أن المقاوله والعمل يوصفان فى القانون الفرنسى بأنهما عقدا إيجار للعمل، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل، وأثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد عمل أو مقاوله. ولكن هذه النظرة خاطئة، فالأعمال التى يقوم بها أصحاب هذه المهن الحرة هى أعمال مادية فى مجموعها لا تصرفات قانونية، وإن كانت ناحية الفكر فيها متغلبة. ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لا تصرفات قانونية، ويكون العقد الذى يربطهم بالغير

عقد مقالة أو عقد عمل. وإن كان يدخل فى عمل صاحب المهنة الحرة بعض التصرفات القانونية فإن هذه التصرفات الأخيرة هى التى تخضع وحدها لأحكام الوكالة ونعرض فيما يلى لبعض التطبيقات.

(أ) - عقد العلاج الطبى :

ينعقد بين الطبيب والمريض الذى يلجأ إليه طالبا العلاج عقد، جرى الاصطلاح حديثا على تسميته بالعقد الطبى *contrat médical*، وعلى تعريفه بأنه اتفاق يقصد به أن يقوم طبيب بالعاية بصحة شخص وعلاجه فى مقابل أجر (أو أتعاب)⁽¹⁾.

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقالة تأسيسا على كونه اتفاق بين المريض والطبيب على قيام الأخير بعلاج الأول مقابل أجر متفق عليه، ولا مرأ أن العلاج عمل مادى ولا ينفى ماديته أن يكون عملا عقليا، وهكذا تتوافر فى عناصر اتفاق الطبيب مع المريض مقومات عقد المقالة⁽²⁾.

غير أن العقد مع الطبيب قد يكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعا لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلا من الناحية الفنية، كما إذا كان الطبيب يعمل فى مؤسسة أو فى مستشفى، فالاستقلال الفنى لا يمنع الخضوع الإدارى أو التنظيمى.

ومع ذلك يختلف العقد مع الطبيب عن عقد المقالة فى بعض الأمور، ويرجع ذلك إلى أنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصى وأساسه الثقة التى يشعر بها المريض نحو الطبيب الذى يتعاقد، لأنه يلجأ إليه بقصد العلاج وهو أمر يمس شخص المريض نفسه.

ويترتب على ذلك عدة نتائج هى :

1- أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، هى شفاء المريض، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة فى علم الطب. فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا

(1) محمد لبيب شنب ص 37.

(2) السنهورى ص 24- محمد لبيب شنب ص 40 وما بعدها- الدكتور قدرى الشهاوى عقد المقالة فى التشريع المصرى والمقارن طبعة سنة 2002 ص 32 - غير أن رأيا ذهب إلى أن العقد الطبى عقد وكالة، تأسيسا على أن عمل الطبيب تغلب عليه الصفة العقلية أو الذهنية، فلا يمكن اعتباره محلا لعقد عمل (إجارة أشخاص) (مشار إليه فى مؤلف محمد لبيب شنب ص 39).

يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول⁽¹⁾.

أما فى المقاولة، فيلتزم المَقاول فى الغالب من عقود المقاولة بتحقيق غاية لا بذل عناية، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايضة ونحو ذلك.

2- التعاقد مع الطبيب تكون فيه شخصيته محل اعتبار، ومن ثم فإنه بوفاة الطبيب ينتهى العقد، أما عقد المقاولة فلا ينقضى بوفاة المَقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد، وعلى هذا نصت المادة 666 مدنى بقولها: "ينقضى عقد المَقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة 663 إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المَقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

3- العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب. فيستطيع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه. وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع فى العقد إذا وجد مبررا لذلك وبشرط ألا يكون ذلك فى ظرف غير لائق بالتفصيل الذى سيلي فى هذا البند.

وهذه الخصائص التى تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تتكرر على هذا العقد أنه عقد مقاولة وتعتبره عقدا غير مسمى⁽²⁾. وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى 13 يوليو سنة 1937.

4- التزام الطبيب محله العلاج، والعلاج ليس عملا قانونيا بل عملا ماديا والطبيب إذ يقوم بعمله لا يفعل ذلك باسم المريض بل باسمه الشخصى، وإذن فلا نيابة فى عمل الطبيب، ويلتزم الطبيب بأن يعالج المريض بنفسه، فلا يجوز له أن يعهد بالعلاج إلى طبيب آخر، أما المَقاول فيستطيع أن ينفذ العمل بواسطة مَقاول من الباطن.

غير أن الفقه يرى أن هذه الخصائص ليس من شأنها أن تستبعد وصف المَقاول من العقد الطبى.

وذلك لما يأتى:

(1) الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية القسم الأول 1971 ص 382 -
الدكتور محمد حسين منصور المسئولية الطبية دار الجامعة الجديدة للنشر ص 149.
(2) السنهاورى ص 24 وما بعدها.

1- أن الأصل في المفاوضة أنها عقد لا يقوم على أساس الاعتبار الشخصى ولذلك كانت القاعدة أنها لا تنقضى بوفاة أحد طرفيها، وأنه يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملة أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن (م 1/661).

ولكن هذا لا يعنى أن الاعتبار الشخصى يتعارض مع طبيعة المفاوضة، بحيث أنه إذا قام عقد على أساس هذا الاعتبار فإنه لا يمكن أن يكون عقد مفاوضة، والمشرع نفسه بعد أن قرر أنه لا يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل إلى مقاول من الباطن، عاد فاستثنى من ذلك حالة ما إذا هناك شرط فى العقد يمنع ذلك أو كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية (م 1/661). كذلك قررت المادة 666 أن ينقضى عقد المفاوضة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد.

2- أن عقد المفاوضة كما يكون محله التزاما بتحقيق غاية، فإنه يجوز أن يكون محله التزاما ببذل عناية. إذا كان محل التزامه هو مجرد القيام بعمل لا يؤدى إلى صنع شئ. والمميز لعقد المفاوضة هو العمل المستقل غير الخاضع والأجر، بصرف النظر عن طبيعة العمل.

3- أن كون العقد مع الطبيب غير لازم لا يمنع العقد من أن يكون مفاوضة. فالمريض فى عقده مع الطبيب كرب العمل فى المفاوضة يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعرض الطبيب عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج. ويختلف عن رب العمل فى المفاوضة العادية بأنه لا يعرض الطبيب على ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م 1/663 مدنى)، ذلك أن العقد مع الطبيب يقوم على الثقة الشخصية. والطبيب كذلك فى عقده مع المريض، كالمقاول فى عقد المفاوضة، له أن يرجع فى العقد⁽¹⁾. إذا وجد نفسه أمام مريض ملح فى طلباته أو مأخوذ بهواه. إلا أن الطبيب مقيد فى فسخ العقد بعدم هجر المريض فى وقت غير لائق أثناء العلاج. وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب كما يظهر من أن يهجر المريض كلما كان هناك سبب - كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر فى العناية به - يجعل فى هجر المريض خطرا حقيقيا يهدد المريض بالضرر، ومن ثم فإن حق الطبيب مقيد إلى حد ما. وعلى ذلك فإنه إذا فسخ العقد مع المريض بالمخالفة لهذه القيود فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الضرر

الذى يصيب المريض من جراء ذلك⁽¹⁾.

(ب) - العقد المبرم بين المهندس المعماري وصاحب البناء :

المهندس المعماري هو الشخص الذى يضع الرسومات والمقاييسات اللازمة لإقامة بناء، ويشرف على تنفيذها.

ويذهب الرأى الغالب فى القضاء الفرنسى إلى اعتبار هذا العقد عقد وكالة، واعتبار المهندس المعماري وكيلًا مأجورًا عن رب العمل. ويرتبون على ذلك عدة نتائج أهمها ارتباط رب العمل بالعقود التى يبرمها المهندس المعماري باسمه، والتزامه بالحساب الذى يربطه مع مقاول البناء وحق المحاكم فى مراجعة الأجر المتفق عليه بين المهندس المعماري ورب العمل. وينتقد رأى فى الفقه هذا المسلك من جانب القضاء، لأن مهمة المهندس المعماري مهمة مادية محضة وهى وضع الرسومات والمقاييسات اللازمة للبناء ثم الإشراف على تنفيذ هذه الرسومات. وإذا كان المهندس المعماري فى قيامه بهذه المهمة يعمل لحساب رب العمل، فهو لا يمثل ولا ينوب عنه، بل يعمل باسمه الخاص، ولما كان فى عمله مستقلاً، لا يخضع لإشراف أو رقابة من جانب رب العمل، فإن العقد الذى يربطه بصاحب البناء لا يمكن أن يكون إلا عقد مقاوله⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى فقضت بأن :

1- "إن المشرع إذ جمع العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المدنى، ونظم أحكام عقد المقاوله فى الفصل الأول من الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل منفصلاً عن عقد الإيجار وقد كان وارداً فى القانون المدنى القديم فى باب الإيجار تحت عنوان "إيجار الأشخاص وأهل الصنائع"، وعرف المشرع المقاوله فى نص المادة 646 بأنها "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسئولية عن تدهم البناء وسلامته شاملة المهندس المعماري والمقاول على حد سواء لم يقصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه، وبين

(1) الدكتور حسن الإبراشى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن - دار النشر للجامعات المصرية. ص 91.

(2) عبد الرزاق حسين ص 86 وما بعدها.

طريقة تحديد أجر كل منهما بما فى ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه، فإن المستفاد من ذلك وعلى ما جاء بالملذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المكالمة لتلائم قواعد التطور الذى وصلت إليه أعمال المكالومات فى صورها المختلفة وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمكالومات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المكالمة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المكالمة عليه".

(طعن رقم 223 لسنة 33 ق جلسة 1967/5/16)

2- "لا على الحكم إذا أخطأ فى تكليف التعاقد محل الدعوى بشأن وضع تصميمات وعمل مقايسات والإشراف على تنفيذها ووصفه بأنه عقد غير مسمى مع أنه عقد مكالمة متى كان لا تأثير لهذا الخطأ على سلامة قضائه".

(طعن رقم 223 لسنة 33 ق جلسة 1967/5/16)

3- "نظم المشرع عقد المكالمة بالمادة 646 وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايسة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمكالومات يندرج فى صورها، وجعل قواعد المسؤولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه. ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ".

(طعن رقم 149 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27)

غير أنه قد يعهد إلى المهندس المعماري بموجب اتفاق صريح أو ضمنى بالقيام ببعض الأعمال القانونية، بجانب ما يقوم به من أعمال مادية مثل تخويله السلطة فى إدخال تعديلات على التصميمات الأصلية أو إضافة أعمال جديدة، أو محاسبة المقاول وإقرار الحساب ودفع ما يستحقه المقاول فى ذمة رب العمل وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازها، وليس من شأن تخويل المهندس المعماري سلطة

القيام بهذه الأعمال تغيير طبيعة العقد من مقالة إلى وكالة، وإنما يقتصر الأمر على تطبيق أحكام الوكالة على هذه الأعمال القانونية، بينما تطبق أحكام المقالة على الأعمال المادية الأخرى. وإذا تعذر ذلك في بعض الحالات كما هو الحال بالنسبة للأجر والأتعاب، وجب تغليب حكم المقالة، وعلى ذلك إذا كان الأجر متفقاً عليه عند إبرام العقد، فلا يجوز للقضاء مراجعته لا بالنقص ولا بالزيادة، لأن العقد شريعة المتعاقدين، ولأن المشرع لم يخرج عن ذلك إلا بالنسبة للوكالة فقط (م2/709).

وإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر، فلا يفترض أن المهندس المعماري قد قبل أن يقوم بالعمل مجاناً كما هو الأصل في الوكيل (م709)، بل يحق له رغم عدم الاتفاق أن يطالب بأجر عن عمله.

وإذا تعدد أصحاب العمل فلا يكونون متضامنين في مواجهة المهندس المعماري في التزامهم بدفع الأجر، لأن هذا الالتزام قابل للانقسام، ولم يوجب القانون تضامنهم، خلافاً لما هو مقرر بالنسبة للموكلين (م812)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لئن كان الأصل أن مهمة مقاول التفريغ مقصورة على العمليات المادية الخاصة بتفريغ البضاعة من السفينة إلا أنه متى عهد إليه المرسل إليه باستلام البضاعة وسلمه سند الشحن فإنه تكون له في هذه الحال إلى جانب صفته كمقاول للتفريغ صفة "أمين الحمولة" وبذلك يصبح وكيلاً عن المرسل إليه في الاستلام. وهذه الوكالة تفرض عليه واجب التثبت من حالة البضاعة الخارجية وشكلها الظاهر والتيقن من مطابقتها للأوصاف الواردة في سند الشحن والقيام بكل ما يلزم لحفظ حقوق موكله المرسل إليه، فيلتزم في حالة وجود تلف أو عجز بالرسالة باتخاذ التحفظات والإجراءات الكفيلة بإثباتهما بما في ذلك الالتجاء إلى القضاء لإثبات حالة البضاعة إذا اقتضى الأمر ذلك كما يلتزم بعمل الاحتجاج اللازم لرفع دعوى المسؤولية وعلى العموم فإنه يلتزم بكل ما يلتزم به الوكيل من رعاية حقوق موكله واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوفير أدلة الإثبات اللازمة للرجوع على الناقل فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً قبل موكله عن كل ما يصيبه من ضرر نتيجة هذا التقصير".

(1) محمد لبيب شنب ص36- محمد كامل مرسى ص477- فتحيه قره ص44.

(طعان رقما 76، 80 لسنة 32 ق جلسة 1967/1/5)

54- أهمية التمييز بين المقاولة والوكالة :

للتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية من الوجوه الآتية:

1- صفة المقاول يترتب عليها غالبا صفة التاجر، ولكن صفة الوكيل لا يترتب عليها ذلك.

2- الأصل في الوكالة أنها تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك (م 1/709 مدنى) بخلاف عقد المقاولة فهو من عقود المعاوضات. كما أنه إذا اتفق على أجر في الوكالة فإن هذا الأجر يكون خاضعا لتقدير القاضى (م 2/709 مدنى). أما في المقاولة فإن الطرفين يلتزمان بالأجر المتفق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين.

3- لا يعتبر المقاول خلافا للوكيل تابعا لرب العمل بالمعنى الوارد بالمادة 174 مدنى، فلا يترتب على الرابطة التى تربطه برب العمل أن يكون رب العمل مسئولا عن الضرر الذى يحدثه بعمله غير المشروع (1).

4- إذا تعدد الموكلون كانوا جميعا متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة (م 712 مدنى). أما إذا تعدد أرباب العمل، فلا تضامن بينهم فى مواجهة المقاول إلا إذا اتفق على ذلك.

5- إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة، كان للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م 3/708 مدنى). ويختلف هذا الرجوع فى شروطه وفى مداه عن حق المقاول من الباطن فى مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأسمى (م 1/662 مدنى) (2).

6- يتحمل المقاول الخسائر الناجمة عن عمله، ولا يلزم رب العمل بأى تعويض عن الحوادث التى تقع (3).

7- إن المقاولة فى الأصل عقد لازم، أما الوكالة فهى فى الأصل عقد غير لازم

(1) محمد كامل مرسى ص 477.

(2) محمد لبيب شنب ص 32 هامش (1/و).

(1) محمد كامل مرسى ص 477.

ويجوز عزل الوكيل أو تنحيته فى أى وقت.

8- لا تنتهى المقاولة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار. وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو موت الوكيل⁽¹⁾.

9- تختلف الأحكام الخاصة بالأهلية فى عقد المقاولة عنها فى عقد الوكالة كما سنرى.

55- خامسا: المقاولة والشركة:

تنص المادة 505 مدنى على أن: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة".

وبين من هذا التعريف أن حصة الشريك فى الشركة هى التزامه القيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أو على "تصاريح" للاستيراد أو نحو ذلك. فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له فى الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة. وهنا قد تلتبس المقاولة بالشركة، فإذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم فى أرباح الشركة وفى خسائرها، فالعقد شركة. أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجرا مقابل "تصاريح الاستيراد" التى حصل لها عليها مبلغا معينا، أو حتى نسبة فى أرباح الشركة دون أن يشارك فى الخسارة، فالعقد فى هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاولة، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة، والتزمت الشركة أن تعطى المقاول أجرا على ذلك⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن ما يميز الشريك عن المقاول كون الشريك فى الشركة تتوافر لديه نية الاشتراك فى نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة، أما المقاول فليس لديه هذه النية، إذ لا يريد أن يتحمل تبعة المخاطرة وهى الخسارة، بل هو يقدم عملا معينا ويتقاضى أجره على هذا العمل دون أن يساهم فى الأرباح أو الخسائر.

وجود نية تكوين الشركة - وكون العقد شركة أو انعدام هذه النية - وكون العقد مقاولة مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع⁽³⁾.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر ص 28.

(3) السنهورى ص 39.

(1) السنهورى ص 39 وما بعدها - قدرى الشهاوى ص 43.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تكيف العقود وإنزال حكم القانون عليها يخضع لرقابة محكمة النقض، وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الاستخلاص سائعا ولا يخالف الثابت بالأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر للعقد".

(ب) - "عرفت المادة 646 من القانون المدنى المقالة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ.. وأن الطاعنة استصدرت ترخيصا باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال النجارة المتعاقد عليها، وسلمت المطعون ضده شيكا مسحوبا لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاه أخشابا قيمتها.. وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة، فإن التكيف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقالة.

ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقالة المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقالة نفاذا له، لما كان ذلك. وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالحها بمبلغ... رغم عدم وجود رصيد له، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق فى إسباغ التكيف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه".

(طعن رقم 497 لسنة 45 ق جلسة 1979/12/10)

56- سادسا: المقالة والوديعة:

(أنظر شرح المادة 718).

57- تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقابلة:

رأينا أن المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا.

فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشيء هو أيضا عمل يؤديه الصانع. فالمقاول يتعهد دائما بتأدية عمل.

والعمل الذى يؤديه المقاول يختلف من مقابلة إلى أخرى اختلافا بينا. ويتنوع تنوعا كبيرا. ويمكن تقسيم الأعمال التى يؤديها المقاول من نواح مختلفة: من ناحية طبيعة العمل. ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه⁽¹⁾.

فمن ناحية طبيعة العمل، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك.

وقد يكون العمل ماديا كنقل الأشخاص والطبع والنشر. أو فنيا كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل، أو علميا كالمرافعة والعلاج والمحاسبة، أو أدبيا كالتأليف والمحاضرة والتدريس.

وقد يكون العمل متصلا بشيء معين. وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل. فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل والحائك يخييط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل. وإما أن يكون الشيء موجودا وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه، وكحائط يدهنه، وكأثاث يجده، وكسيارة يصلحها.

ومن ناحية حجم العمل، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة ومثل المقاولات الصغيرة فى الأمثلة السابقة عمل النجار والحائك والسباك والحداد يضاف إليها أعمال المهن الحرة أيضا، التى تكون غالبا من المقاولات الصغيرة وتدرج مع ذلك فى أهميتها. ومثال المقاولات الكبيرة تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطيارات والسفن والأسلحة المدنية والذخائر، وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى فكانت المادة 865

(1) السنهورى ص 40 وما بعدها.

من هذا المشروع تجرى على أن: "1- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة.

2- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض"، وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه مجرد تعداد".

ومن ناحية نوع العمل، هناك من المقاولات ما أصبح معروفا باسم خاص لانتشاره، مثل مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة "المقولة" انصرفت إليها. وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقولة منظورا فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء. وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات بالتفصيل الذى سنراه. وهناك التزام المرافق العامة، وعقود النشر وعقد الإعلان، وعقود المهن الحرة، وعقد النظارة. وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها⁽¹⁾.

58- التنظيم التشريعى لعقد المقولة فى التقنين المدنى الجديد:

كان التقنين المدنى القديم يطلق على عقد المقولة (إجارة أرباب الصنائع)، وينظمها هى وعقد العمل مع عقد الإيجار الذى أطلق عليه (إيجار الأشياء). أما التقنين المدنى الجديد فقد أطلق على "إجارة أرباب الصنائع" عقد المقولة، وينظمها فى الفصل الأول من الباب الثالث فى (العقود الواردة على العمل) بالكتاب الثانى من التقنين فى (العقود المسماة). وذلك فى المواد (646 - 667) ثم أعقبها ب (الترام المرافق العامة) حيث نظمها فى المواد (668-673).

وقد أوضحت ذلك تفصيلا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، وقد جاء بها.

"إن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل، وإبدال اسمه القديم "إيجار أهل الصنائع" باسم جديد هو "عقد المقولة" لكاف فى الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر. فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما، مع هذه الخاصية، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثير من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل، ولذلك سارت المؤلفات

القانونية قديما على دراسة هذا العقد ملحقا بعقد العمل، فنرى مجموعة دالوز (بند نمرة 598) تبدأ كلامها عن المقاولة - فى الجزء الذى خصصته له من باب عقد العمل - "بهذه العبارة يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية" ولهذا أيضا نجد التقنين المصرى، أهلى ومختلط، يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل فى باب واحد "إيجار الأشخاص وأهل الصنائع" على أن هذه النظرية أصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل، ووجب أن يكون التنظيم القانونى لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة. نعم. لقد حاول التقنين الحالى ذلك فى المواد 407 - 410/ 497-501 ولكن المحاولة لم تكن كافية، وكان من الواجب أن يعرض المشروع علاوة على الأحكام العامة، لبعض الصور الخاصة للمقاولة، إذ كيف يمكن القول مثلا بأن العلاقة التى تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل لوحة ما، هي بعينها التى تربطه بمقاول يكلفه ببناء منزل.

ويمتاز المشروع فى تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صورته المختلفة مبينا أنه قد يرد على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة، يعرض للقواعد العامة التى تنطبق على كل أنواع المقاولات، ثم يتكلم أخيرا، عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات.

على أنه يجب أن يلاحظ مبدئيا أن هذا التقسيم تقريبي لا محالة، لأن الانتقال من المقاولة الصغيرة - وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع - إلى المقاولة الكبيرة إنما يتم بالتدريج.

كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكنا أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولة، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صورته الجارية، تاركا للقاضى أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة.

وقد عنى المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة، فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين الحالى وأضاف إليها أحكاما جديدة، وفى القواعد الخاصة عنى ببعض أنواع المقاولات، ولاسيما مقاولات المبانى، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالى من مسئولية المهندس المعماري والمقاول

بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين، ووضع أحكاما منظمة لهذه المسؤولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسؤولين، وارتفاعها بالقوة القاهرة، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها، وسقوطها بالتقادم⁽¹⁾.

(أركان عقد المقاولة)

59- تعداد:

عقد المقاولة عقد كسائر العقود، له أركان ثلاثة هي:

- 1- التراضى.
- 2- المحل.
- 3- السبب.

ونعرض لهذه الأركان بإيجاز على التوالى.

(أولا)

(التراضى فى عقد المقاولة)

60- توافق الإيجاب والقبول:

عقد المقاولة من العقود الرضائية، فيكفى لانعقاده التراضى بين الطرفين، فلا يشترط لانعقاده شكلا معينا.

ويكون التراضى بتطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقديين المفاوض ورب العمل. فيجب أن يتفق الإيجاب والقبول على ماهية العقد، فإذا تعهد شخص بأن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعده أن يبرم عقد مقاولة فيتقاضى أجرا، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل دون الأجر، لم يكن هناك عقد بين الطرفين، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر، ولا عقد مقاولة كما كان يعتقد المتعاقد الأول⁽²⁾.

كذلك إذ قصد أحد المتعاقدين أن يقوم بالعمل مستقلا عن أى إشراف أو توجيه،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 5 وما بعدها.

(1) السنهورى ص 48 وما بعدها.

فى حين قصد المتعاقد الآخر أن يكون له الإشراف والتوجيه على عمل الأول، فإن المقولة لا تتعقد. ويجب التراضى على العمل المطلوب القيام به، فإذا أراد شخص بناء منزل، وأراد الآخر القيام بعمل آخر كإصلاح منزل قائم فعلا، فلا تتعقد المقولة لعدم التراضى على العمل المقصود منها.

ويجب أن يكون العمل المكلف به المقاول معينا فى العقد تعيينا كافيا، أو على الأقل قابلا للتعيين. وتعيين العمل يكون بتعيين طبيعته. إقامة بناء أو إصلاح شىء، أو مراجعة حسابات.

فإذا كان العمل إقامة بناء فإنه تبين أوصاف هذا البناء، بأنه مثلا منزل مكون من طابقين ومساحته كذا مترا مربعا، وأن المواد الواجب استخدامها فى بنائه هى كذا وكذا وإذا كان العمل المطلوب إصلاحا فيجب بيان الشىء الواجب إصلاحه هل هو سيارة أم آلة حرث أم مذياع. كذلك يجب بيان وجه الإصلاح المطلوب، فإن لم يتحدد ذلك، كان على المقاول أن يقوم بكل الإصلاحات اللازمة وإذا كان العمل المطلوب هو مراجعة حسابات، فيجب بيان المنشأة المطلوب مراجعة حساباتها، والمدة التى تتم المراجعة عنها⁽¹⁾.

ويجب التراضى على الأجر الذى يدفعه رب العمل إلى المقاول، وهذا يلزمه من ناحية أن تنتج إرادة المقاول إلى تقاضى أجرا فى مقابل العمل الذى يقوم به، وأن تنتج إرادة رب العمل إلى دفع ذلك الأجر. فإذا اتجهت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل مجانا بلا مقابل، فإن العقد لا يكون مقاوله، بل عقدا مجانيا غير مسمى ولكن لا يبطل عقد المقولة إذا لم تعين فيه أجر المقاول، كما هو الشأن فى الأجرة فى عقد الإيجار، ومن ثم إذا سكت المتعاقدان عن تحديد الأجر وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول وذلك عملا بالمادة 659 مدنى التى تجرى على أن: "إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

فالتراضى على الأجر إذن لا يتطلب تعيينه فى العقد، بل يكفى بالأى يختلف الطرفان وقت إبرام العقد بشأن تحديده، فهذا الاختلاف هو الذى يمنع من وجود التراضى عليه. أما إغفال الاتفاق على الأجر كلية، فلا يمنع من انعقاد المقولة.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى الفتوى رقم

1101 فى 16/11/1989 جلسة 1/11/1989 بأن:

"حكم المادة 646 من القانون المدنى التى تنص على أن "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وكذلك المادة 659 من ذات القانون التى تنص على أنه "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاوله" والثابت أن عقد المقاوله هو عقد رضائى لا يشترط فيه شكل معين وينصب التراضى فيه على عنصرين اثنين: العمل المطلوب تأديته أو الشئ المراد تصنيعه، والأجر الذى يلزم رب العمل وهذا الأجر يعد ركناً أساسياً لا ينعقد عقد المقاوله بدونه ويجب التمييز فى هذا الشأن بين فرضين أولهما أن يعرض الطرفان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره فى هذه الحالة تكون المقاوله باطله لانعدام أحد أركانها وثانيهما لا يتفق الطرفان على تحديد مقداره رغم اتفاقهما على موضوع المقاوله فيتم تحديد الأجر فى هذه الحالة وفقاً لحكم المادة 659 من القانون المدنى، وذلك على أساس قيمة العمل ونفقات المقاوله.. ولما كان المسلم به وفقاً لأحكام القانون المدنى أن عقد المقاوله شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى ينعقد بإيجاب وقبول متطابقين وأنه يعتبر قبولاً فى مقام إبرام هذا العقد قيام المقاول بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه وإذا كان الثابت أن إصلاح الطلمبتين المشار إليهما فى الحالة المعروضة قد تم بناء على طلب الوحدة المحلية لمدينة كفر الزيات وأن الأوراق قد جاءت خالية مما يفيد انصراف إرادة هيئة الصرف الصحى إلى القيام بعملية الإصلاح المطلوبة منها مجاناً ومن ثم فإنه يتعين على الوحدة المذكورة أن تؤدى إلى هيئة الصرف الصحى قيمة إصلاح الطلمبتين المشار إليهما".

والتعبير عن التراضى، كما يكون صريحاً يصح أن يكون ضمناً، ولكن ليس معنى ذلك أنه يفترض بل يجب أن يكون موجوداً، وعلى من يدعيه عبء إثباته.

فإذا وضع مهندس تصميمًا لفيلًا معتقداً أن صديقاً له سيروقه التصميم وسيؤدى إليه أتعابه، فرفض صديقه أداء أتعاب إلى المهندس، فإنه لا يجوز إجباره على ذلك لعدم وجود تعاقد سابق بينه وبين المهندس.

فإذا حدث وقام الصديق بتنفيذ هذا التصميم، لم يكن أمام المهندس سوى الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت - مع المقاول - نيابة عن أعضائها، وكان لا يوجد في نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هي صاحبة الحق في مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانوناً".

(طعن رقم 533 لسنة 34 ق جلسة 1969/4/29)

ولئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنياً.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"من المقرر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنياً، وأن على محكمة الموضوع إن هي قالت بأن التعديل الضمني لم يتم أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة، وأن عليها أن تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها مما تضمنته عباراتها على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريرها وما يكون قد تقدمها من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته إذ ذلك هو تحصيل فهم الواقع. لما كان ذلك وكان البين بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بالاتفاق على تعديل الأسعار التي تضمنها عقد المقاول واستدل على ذلك بما تضمنته المستندات المنوه عنها بوجه النعي وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع على ما أورده في مدوناته "أن الخطاب الذي يشير إليه المستأنف - الطاعن - لم يرد به ذكر على الإطلاق لموضوع تعديل الأسعار أو الإشارة إلى ذلك المعنى، وإنما انصب على طلب سرعة الانتهاء من إنشاء الدور السادس والسابع وتحديد للمبالغ التي تسلمها المستأنف وما تبقى بحسب الحساب..." وكان هذا الذي أورده الحكم يدل على أن

المحكمة استلزمت لتعديل الأسعار المتفق عليها فى عقد المقاولة أن يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين رغم أنه يصح إذا كان ضمنياً، وأنها لم تستظهر مدلول إيصالى السداد المؤرخين 1981/1/8، 1983/3/14 مما تضمنته عبارات الإيصال الأول من أن الطاعن تسلم مبلغ أربعة وتسعين ألف جنيه والباقى له مائة وثمانية وثلاثين ألف جنيه فتكون جملة أجر المقاولة مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه، بينما تضمن الخطاب الثانى - بعد استئناف العمل الذى كان قد توقف كطلب المطعون ضده الأول - أن الطاعن تسلم مبلغ خمسة آلاف جنيه ليكون جملة ما قبضه مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ويكون الباقى خمسة وعشرين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاولة وفقاً للأسعار الواردة بالعقد بما ينبى عن تعديل تلك الأسعار بعد توقف العمل بالمبنى، كما لم تستظهر المحكمة ما تضمنه الخطاب الأول الصادر من المطعون ضده الأول - والذى يقرر الطاعن أن تاريخه 1981/1/22 - من طلبه وقف العمل حتى الدور الخامس فقط وأن أجر المقاولة عن ذلك مبلغ مائة وسبعة وثمانين ألف جنيه تسلم منها الطاعن مبلغ مائة واثنين وستين ألف جنيه يضاف إليها قيمة القرض الذى يسعى لإنهاء إجراءاته ومقداره خمسة وعشرين ألف جنيه، وما تضمنه الخطاب الثانى - الذى قرر الطاعن أن تاريخه 1984/3/20 - من إعادة سرد بيانات الحساب السابق وطلب المطعون ضده الأول الانتهاء من إقامة الدورين السادس والسابع وأنه سيحاول سداد دفعة أخرى ليصبح المدفوع مائتى ألف جنيه ويكون الباقى المستحق للطاعن مبلغ خمسين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاولة المتفق عليه وفقاً للعقد والمحدد فى إيصالات السداد المقدمة من المطعون ضدهم، كما لم يعرض الحكم لدفاع الطاعن بأن المطعون ضده الأول سلمه شيكاً بمبلغ ثلاثة وثمانين ألف جنيه قبل تنازله عن دعوى الحساب التى أقامها على المطعون ضدهم وبعد تصفية الحساب بين الطرفين، ولم تستجب المحكمة لطلب الطاعن إعادة المهمة إلى الخبير لتحقيق هذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهري يترتب عليه - إذا ما حقق - تغيير وجع الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبيب وإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 8101 لسنة 64 ق جلسة 1996/2/13)

61- وثائق مقاولات المباني:

وإن كان الأصل أن يتم الاتفاق على شروط عقد المقاولة بالعقد الذى يبرم بين

المقاول ورب العمل، إلا أن العمل قد جرى فى مقاولات المبانى على وجود عدة وثائق يكمل بعضها البعض، ويرجع إليها فى بيان شروط المقولة.

وهذه الوثائق هى :

(1) العقد (LeMarché) :

وهو يتضمن الاتفاق الذى تم بين المقاول ورب العمل، والمفروض فى كل عقد أن يحدد التزامات كل من الطرفين، العمل الذى يلتزم به المقاول والأجر الذى يلتزم به رب العمل. كما يمكن أن يحيل العقد فى بعض شروطه إلى الوثائق الأخرى. كما يحتوى العقد على تعليمات عامة بالنسبة لطريقة وشروط التنفيذ: المدة - الجزاءات - الأفساط المؤقتة - التفيتش - التسوية النهائية - الاختصاص فى حالة النزاع أو قبول الالتجاء إلى التحكيم.

(2) دفتر الشروط (cahierdes charges) :

ويشتمل على شروط المقولة بالتفصيل، وكيفية التنفيذ، والمواعيد التى تتم فيها الأعمال المختلفة، وغير ذلك من الشروط التى وضعها رب العمل فى الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقولة.

(3) المقايسة (devis) :

وتتضمن بيان مقاسات البناء المراد إقامته، وبيان مقدار المواد وصفاتها، وهذه هى المقايسة الوصفية (descriptif)، كما تتضمن فى العادة بيان ثمن هذه المواد كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية (estimatif)، ولكن قد يلحق بها أحيانا قائمة بالآثمان (Borde redu des prix) لتبين تطبيق الآثمان بالتفصيل، وفى هذه الحالة لا تتضمن المقايسة سوى بيان شروط تنفيذ الأعمال ومقاساتها، فى حين تحدد القائمة الآثمان الواجبة عن كل عملية أو عن كل توريد⁽¹⁾.

(4) التصميمات (Lesplans) :

ويقصد بها الرسوم التى يضعها المعمارى، سواء فى ذلك الرسوم المعمارية والرسوم الإنشائية، ويدخل فى ذلك رسوم المشروع الابتدائى (avant projet) والرسوم النهائية

(1) محمد لبيب شنب ص 61.

التفصيلية.

وتستفاد موافقة رب العمل على هذه التصميمات من توقيعه عليها⁽¹⁾.
ودفتر الشروط والمقايسة والتصميمات تكون سابقة على التعاقد، بل إنه على أساسها
يقبل رب العمل التعاقد.

ورب العمل غير ملزم بقبول المقايسة والتصميم اللذين يقدمهما المهندس المعماري،
كما أن تكليف رب العمل للمعماري بإجرائهما لا يعد قبولا منه بإبرام عقد بينهما.
غير أن رب العمل يلتزم بأتعاب المعماري عن التصميم الذي قام به، لأن اتفاقه
معه على وضع هذا التصميم هو ذاته عقد مقاوله يرد على التصميم ويمهد لعقد المقاوله
الأصلي، فإذا كان هناك اتفاق على أتعاب المعماري عن التصميم التزم بها رب العمل،
وإلا وجب تقدير الأجر وفقا للعرف الجارى. إذ تنص المادة 1/660، 2 مدنى على أن:
"1- يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة
وأخر عن إدارة الأعمال.

2- فإن لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى"⁽²⁾.
غير أنه ليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن البعض
الآخر، فقد يتضمن عقد المقاوله كافة شروط العقد تفصيلا مما يغنى عن إعداد باقى
الوثائق.

وجميع الوثائق السابقة متممة لبعضها البعض⁽³⁾، وتشكل فى مجموعها ما تراضى
عليه الطرفان، بشأن البناء المطلوب، ويلجأ إليها إذا تطلب الأمر تفسير العقد، ويجب
التوفيق بين ما يبدو منها متعارضا، فإذا تعذر ذلك تعين ترجيح ما ورد بدفتر الشروط
إذا اختلف عما جاء بالمقايسة. وإذا وجد خلاف يتعلق بالثمن بين المقايسة وقائمة
الأثمان وجب تغليب حكم القائمة. وإذا وجد خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط
المكتوبة بخط اليد وجب تفضيل الأخيرة. وإذا وجد خلاف بين الرسومات، وجب تفضيل
الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاسا. وتفضيل الرسومات على

(2) محمد لبيب شنب ص 61.

(3) السنهورى ص 52.

(1) المهندس فتحى غيث قانون المهندس الطبعة الأولى نوفمبر 1960 ص 204- محمد لبيب

شنب ص 62.

المواصفات. وتفضل الأرقام المكتوبة على الرسومات⁽¹⁾.

62- التعاقد بطريق المسابقة (concours):

في كل ما تقدم من صور عقد المقابلة كنا نفترض أن رب العمل قد تعاقد مع مقاول عن طريق "المساومة" أي "الاختيار الشخصي"، بمعنى أنه اختار مقاولاً يثق في كفاءته، وأمانته، فعهد إليه في تنفيذ العمل المطلوب.

ولكن كثيراً ما يعتمد رب العمل إلى إبرام عقد المقابلة عن طريق إجراء مسابقة، سواء كان العمل المطلوب عملاً أدبياً أو فنياً أو عمل تمثال أو القيام ببحث علمي، وكثيراً ما يلجأ إلى المسابقة في المقاولات والمشروعات الكبرى.

وهذه المسابقة تعلن للكافة ولها إجراءات وشروط وأحكام خاصة، والذي يوضع في

(2) فتحي غيث ص 55- وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الخلاف بين طرفي النزاع يدور حول تفسير الشروط الواردة في البند الأول من قائمة الشروط الخاصة بعملية إنشاء البناء الملحق بالعقد بشأن تطبيق القانون رقم 9 لسنة 1983 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية على كيفية حساب غرامات التأخير عن التنفيذ، وكان الثابت من عقد المقابلة المؤرخ... الذي يحكم موضوع النزاع النص في البند التاسع منه على تحديد مدة خمسة عشر شهراً لتنفيذ عملية الإنشاء من تاريخ تسليم الموقع وفي حالة التأخير عن ذلك يلزم المقاول بدفع تعويض للمالك (الجمعية الطاعنة) محدد بصفة نهائية مبلغ... جنيه عن كل يوم تأخير وفي حالة زيادة مدة التأخير عن ستين يوماً يحق للجمعية بعد إنذاره اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه. فإنه يكون من الواضح الجلي انصراف نية الطرفين إلى إعمال هذا الشرط في حالة التأخير في التنفيذ دون الشرط الوارد في قانون المناقصات والمزايدات بشأن التأخير في التنفيذ، وأن النص في البند الأول من قائمة الشروط الخاصة بالعملية والملحق بالعقد على تطبيق هذا القانون على هذا العقد يحمل على باقي الشروط الواردة بالقانون والتي تتفق مع طبيعة العقد دون هذا الشرط وإلا لما كان هناك موجب لإفراجه بنص خاص في العقد على التفصيل الوارد به ولترك الأمر يحكمه قانون المناقصات والمزايدات المنقح على تطبيقه ومن ثم يكون ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم تطبيق قانون المناقصات والمزايدات على هذا الشرط صحيحاً لهذه الأسباب".

المسابقة كالاتى:

1- إذا كان المطلوب هو وضع تصميم، يدعو رب العمل عن طريق من طرق الإعلان كالصحف والإذاعة والتلفزيون... إلخ كل من يريد الاشتراك فى المسابقة لوضع التصميم المطلوب.

2- تعيين العمل موضوع المسابقة تعيينا كافيا، وقد يحتاج الأمر إلى تفاصيل فنية أو حسابية عديدة فيضع كراسة أو دفترًا بشروط المسابقة وتفاصيل العمل وكل ما يتعلق بذلك من بيانات.

وتعتبر هذه البيانات جزءا من المسابقة (1).

3- غالبا ما تقترن هذه الدعوة بتأليف لجنة تحكيم تفحص المشروعات أو التصميمات المقدمة فى المسابقة لاختيار أفضلها.

4- قد ينص فى الإعلان عن المسابقة أن رب العمل لا يلتزم بالتعاقد مع الفائز فى المسابقة، إلا أنه قد يعين جائزة للفائز فى المسابقة لمكافأته على جهوده فى وضع التصميم.

وقد يتحفظ رب العمل فيذكر فى إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقابلة مع الفائز. فإذا لم يتحفظ رب العمل فى الإعلان بعدم التزامه بالتعاقد مع الفائز، كان ملزما بالتعاقد معه.

وتستفاد حرية رب العمل فى التعاقد أو عدم التعاقد بصفة خاصة من تخصيص جائزة للفائز، فذلك يفيد أنه ليس للفائز حق إلا فى هذه الجائزة (2).

5- يعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً من رب العمل، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة، وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها. فإذا فاز كان هذا إيجاباً باتاً، ووجب أن يتصل به قبول رب العمل، فلا تتم المقابلة إلا بهذا القبول.

ورب العمل ملزم بالقبول، ولا يجوز له أن يرفضه إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة. وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصا يقضى بهذا الحكم صراحة، إذ نصت

(1) محمد عبد الرحيم عنبر ص 66.

(1) محمد لبيب شنب ص 75 - فتيحه قره ص 85 وما بعدها.

المادة 136 منه على أن: "يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة"، إلا أن المادة حذفت في لجنة المراجعة "لعدم ضرورتها"⁽¹⁾.

فرب العمل هو الذى دعى الموجب إلى الاشتراك فى المسابقة، فإن رفض أن يعهد بالعمل إلى الفائز التزم بتعويضه تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر عن عدم التعاقد مع رب العمل، فيتقاضى تعويضا عن الخسارة التى تحملها وعن الكسب الذى فاتته. ويجوز أن يكون التعويض عينيا، فيعتبر القاضى أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك، كأن كان فى عدم تنفيذ العمل إضرار بسمعة الفائز الأدبية أو الفنية أو العلمية⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد تعدد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى، فمثل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال، إذا كان هذا الجزاء كافيا. ويجوز للقاضى، فى بعض الفروض، أن يذهب إلى ما هو أبعد فيعتبر أن العقد قد تم، على سبيل التعويض، إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك"⁽³⁾.

63- طلب تقديم عطاءات :

يلجأ من يريد إنجاز عمل عظيم القيمة بواسطة أحد المقاولين، إلى طلب تقديم عطاءات إليه soumission، تحدد الأجر الذى يطلبه المقاول فى مقابل القيام بهذا العمل. ويتم تقديم هذه العطاءات إما فى مناقصة علنية (adjudication aux enchères publiques) يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علنا أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية. ويعتبر التقدم إلى المناقصة بعطاء إجبا. وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول، فيتم عقد المقابلة برسو المناقصة (م 99 مدنى). ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة، كأن

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 45 وما بعدها.

(3) محمد لبيب شنب ص 75 - السنهورى ص 530.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 45 الهامش.

يعين مثلا حدا أقصى للأجر .

وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حدا أدنى للأجرح حتى يضمن جدية العطاءات، ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله وإما أن تكون المناقصة عن طريق خطابات مغلقة (enveLoppes cachetés)⁽¹⁾، ويحدد رب العمل يوما معينا تفتح فيه هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء، مع تقديمه التأمينات الكافية طبقا لدفتر الشروط.

وقد تتضمن الشروط عدم التزام رب العمل بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء يقدم للمسابقة، وحينئذ لا يكون رب العمل ملزما بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين. أما إذا لم يورد هذا التحفظ فإنه يضحى ملزما بإرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء، وهذا هو القبول. فإن لم يفعل التزم بتعويض الفائز تعويضا كاملا، كما جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العيني⁽²⁾.

64- إلزام وحدات الجهاز الإدارى للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة بالتعاقد على المقاولات بطريق المناقصة والممارسة :

تنص المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن: "يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة ووزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية".

وقد وضع هذا القانون القيود الآتية على الجهات المذكورة عند التعاقد على المقاولات:

1- يكون التعاقد على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة. ويصدر باتباع أى من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد (م 1).
والمقصود بالسلطة المختصة الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس

(1) السنهورى ص 54.

(2) قدرى الشهاوى ص 62.

إدارة الهيئة العامة كل فى نطاق اختصاصه. وفيما عدا ما أجازت هذه الأحكام التفويض فيه، لا يجوز للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواء (م2 من قانون الإصدار).

2- يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق

الآتية:

(أ) المناقصة المحدودة.

(ب) المناقصة المحلية.

(ج) الممارسة المحدودة.

(د) الاتفاق المباشر.

ولا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة. وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بالقانون ولائحته التنفيذية (م1).

3- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة (م3).

4- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على مائتى ألف جنيه. ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائلتها تنفيذ العقد (م4).

5- يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات الآتية:

(أ) الأشياء التى لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.

(ب) الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.

(ج) الأعمال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم.

(د) التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريق سرية (م5).

6- يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة

بجميع أنواعها، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من:

(أ) رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لتلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال (م 1/7).

(ب) الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال (م 1/7-ب).
ولرئيس مجلس الوزراء فى حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود سالفة الذكر (م 2/7).

7- يجوز لوزارتى الدفاع والإنتاج الحربى وأجهزتهما، فى حالات الضرورة، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر مع أعمال أحكام القانون رقم 204 لسنة 1957 بشأن إعفاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية والقوانين المعدلة له، وللسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها. كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء، فى حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدراها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة - بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقا للشروط والقواعد التى يحددها (م 8).

(ثانياً)

(المحل فى عقد المقاولة)

65- المحل فى عقد المقاولة مزدوج:

محل عقد المقاولة - كأى عقد آخر - هو الشئ الذى يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره، أو هو الشئ الذى يلتزم المدين القيام به وهو يختلف باختلاف العقود.

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج، فالمحل بالنسبة لالتزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته. وبالنسبة لالتزامات رب العمل، الأجر الذى اتفق على دفعه للمقاول. ونعرض لعنصرى المحل تباعاً فيما يلى:

(أ) العمل المتفق عليه فى المقاولة:

66- تطبيق القواعد العامة:

لم يرد بالتقنين المدنى قواعد خاصة بالنسبة للعمل كركن فى عقد المقاولة ومن ثم فإنه يسرى عليه حكم القواعد العامة.

ويشترط طبقاً للقواعد العامة أن يتوافر فى المحل شروط ثلاثة هى:

الشرط الأول: أن يكون ممكناً:

يشترط أن يكون محل عقد المقاولة أى العمل الذى يقوم به المقاول ممكناً لأنه لا التزام بمستحيل وعلى هذا نصت المادة 132 مدنى بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً". والمقصود بالاستحالة هى الاستحالة المطلقة، وهى أن يكون العمل مستحيلاً فى ذاته، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى المقاول فحسب فقد يلتزم المقاول بعمل فى يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه ففى هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد المقاولة، ويكون المقاول مسئولاً عن التعويض أما إذا كانت الاستحالة مطلقة، كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعاقد أو كما إذا تعهد كىماوى أن يستخلص من معادن خسيصة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل

حتى اليوم من الناحية العلمية، فقد شرط الإمكان فى العمل، وكانت المقابلة باطلة (1). ولا يشترط لنشوء الالتزام أن يكون محل المقابلة موجودا وقت إبرام العقد، بل يكفى أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل أى فى الوقت المحدد لنشوء الحق عليه. وقد نصت المادة 1/131 من التقنين المدنى على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا" (2).

الشرط الثانى: أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين؛

الالتزام يوجب على المدين القيام بأداء عمل معين لمصلحة الدائن بحيث يجبره على ذلك إذا امتنع عن القيام به اختياراً، ومن ثم يجب أن يكون العمل المطلوب من المدين معيناً أو قابلاً للتعيين، حتى يمكن إجباره عليه عند الامتناع عن الأداء اختياراً. ويكون العمل معيناً بذكر طبيعته وأوصافه وأن يبين ذلك بصورة كافية. فإذا كان التعاقد على بناء، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعماري من مشروع ابتدائى ورسوم نهائية تفصيلية. ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها. ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية، وتبين كذلك ثمن المواد من كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية. ويغنى عن المقايسة التقديرية قائمة بالأثمان تبين الأثمان بالتفصيل.

وإذا كان محل العقد مع جراح إجراء عملية تعين ذكر نوع العملية، إذ تتكفل الأصول العلمية ببيان تفصيلاتها.

وإذا كان محل العقد إجراء ترميمات فى مبنى وجب تحديد هذه الترميمات تفصيلاً، فإذا لم يذكر فى العقد تحديداً لها، التزام المقاول بإجراء كافة الترميمات اللازمة للمبنى. وإذا لم يكن العمل معيناً، فإنه يجب أن يكون قابلاً للتعيين، ومثال ذلك أن يكون محل المقابلة إقامة مدرسة، فإنه يكفى الاتفاق على مكان البناء وعدد الفصول وسعة كل فصل وتحديد المرافق المطلوبة للمدرسة.

(1) السنهورى ص 75.

(2) قدرى الشهاوى ص 74.

أما إذا لم يكن العمل معينا أو قابلا للتعيين، كانت المقابلة باطلة.

الشرط الثالث: أن يكون مشروعا:

يشترط أن يكون العمل المعهود به إلى المفاوض مشروعا، أى لا يكون مخالفا للقانون أو النظام العام أو الآداب، وإلا كان العقد باطلا ومثل ذلك أن يكون محل العقد تشييد منزل للدعارة أو ألعاب القمار أو إدارته أو تهريب البضائع من الجمرك.

67- (ب) - الأجر فى المقابلة:

الأجر هو المال الذى يلتزم رب العمل بإعطائه المفاوض فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه. فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل. فيجب أن تتجه إرادة رب العمل إلى دفع هذا الأجر، فإذا اتجهت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل مجانا فإن العقد لا يكون مقابلة بل عقدا مجانا غير مسمى.

ويجب أن يكون الأجر مشروعا، كالشأن فى محل التزام المفاوض وهو العمل المتفق عليه.

كما يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، ونعرض للأجر بالتفصيل الآتى.

68- جنس الأجر:

الأصل أن يكون الأجر نقودا يدفعها رب العمل إلى المفاوض. وقد يكون مقسما أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك.

ولكن يجوز أن يكون الأجر مقدمة أخرى غير النقود. فيجوز أن يكون نقل ملكية أشياء مثلية أخرى كحبيب أو أقطان أو نقل ملكية شئ قيمى كمنزل أو سيارة. وغير ذلك من المال المنقول أو العقار.

بل يصح أن يكون الأجر عبارة عن عمل يقوم به رب العمل لحساب المفاوض، كما لو التزم مفاوض بترميم مبنى مقابل إجراء طبيب عملية جراحية له.

69- تحديد الأجر:

الأصل أن المتعاقدين يتفقان على الأجر المستحق للمفاوض، وعندئذ يكون هذا الاتفاق ملزما لهما. فإذا لم يتفق الطرفان على الأجر، وجب أن يكون الأجر قابلا للتعيين بأن

يتضمن العقد الأسس التى يقوم عليها تقرير الأجر فى المستقبل.

غير أن عدم تحديد الأجر أو عدم وجود الأسس التى تكفل تحديده بالعقد، لا يبطل عقد المقاولة. وإنما يكفى بالألا يختلف الطرفان وقت إبرام العقد بشأن تحديده، فهذا الاختلاف هو الذى يمنع من وجود التراضى عليه، أما إغفال الاتفاق على الأجر كلية، فلا يمنع من انعقاد المقاولة وإذا أغفل المتعاقدان تحديد الأجر فإن القانون تكفل بتحديدته إذ نصت المادة 659 مدنى على أنه:

"إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

وسنعرض فيما يلى لكيفية تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين، وسنعرض للتحديد القانونى للأجر فى آثار عقد المقاولة وبالتحديد فى التزامات رب العمل.

70- كيفية تحديد المتعاقدين للأجر:

يحدد المتعاقدان أجر المقاول إما صراحة أو ضمناً. فيحدد الأجر صراحة بتحديد مقداره إن كان من النقود أو كميته وأوصافه إذا كان شيئاً آخر. ويكون الاتفاق ضمناً، كما فى المهن التى جرى العرف فيها على أن يترك لمن يؤدى العمل تعيين مقدار الأجر، كمهنة الطبيب، وكما فى المهن التى لا يكون تنفيذ الأعمال فيها جسيماً، فيترك رب العمل للمقاول تحديد أجره بحسب أهمية العمل الذى قام به والزمن الذى قضاه. ويخضع الطرفان لما يقضى به العرف أو لمعاملتهما السابقة معاً⁽¹⁾. ويأخذ تحديد الأجر صورتين:

الصورة الأولى:

التحديد الجزافى *Marché á forfait*:

وذلك بتعيين الأجر إجمالاً بحسب تقدير الطرفين للعمل دون تحديد أجر مستقل لكل عمل من الأعمال الواجبة، دون نقص أو زيادة، بصرف النظر عن الوقت والجهد اللذين ينفقهما المقاول فى القيام بالعمل، ودون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل التنفيذ صعباً أو مرهقاً أو أكثر كلفة⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 481.

(1) محمد لبيب شنب ص 65.

وهذه الطريقة مفيدة لرب العمل، إذ يتقى بها كل مفاجأة. وقد يلجأ المقاول إلى هذه الطريقة ليشجع صاحب العمل على تنفيذ العمل، ويتحمل المقاول مسئولية الغلط في التقدير. وخطر هذه الطريقة هي أن المقاول قد يستعمل مواد من صنف أقل أولاً يتقن العمل. ويخشى هذا على الخصوص عند تحديد الثمن عقب مناقصة بين عدد من المقاولين⁽¹⁾.

الصورة الثانية:

تحديد الثمن بناء على مقايسة Machésurdevis:

فبدلاً من تحديد ثمن إجمالي مقدماً قد يقنع الطرفان بتقديرات لمختلف أجزاء العمل، فيتقدم المقاول بهذه التقديرات مكتوبة، ويسمى ذلك بالمقايسة. وتسمى الصفقة صفقة بالمقايسة. والثمن الإجمالي يتوقف تحديده على مجموع الأعمال التي تؤدي وفقاً للمقايسة. وقد يتفق في أثناء العمل على إجراء أعمال تكميلية، فالأجر لا يمكن أن يعرف تماماً إلا بعد التنفيذ⁽²⁾.

ويجرى العمل على ذلك في مقاولات المبانى فيتفق المتعاقدان على سعر معين لمتر البناء وسعر للنجارة وسعر للحدادة... إلخ، وعند تمام البناء تحسب الكميات التي نفذت بالبناء وتقدر قيمتها.

وعيب هذه الطريقة أنه لا يمكن التثبيت من مقدار الأجرة إلا بعد الانتهاء من العمل الذي تعهد به المقاول.

(ثالثاً)

(السبب في عقد المقاولة)

71 - تطبيق القواعد العامة:

نحيل في ذلك إلى القواعد العامة.

(2) محمد كامل مرسى ص 481 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 482.

شروط صحة عقد المقاولة (الأهلية وعيوب الرضا) أولا : الأهلية فى عقد المقاولة

72- أهلية رب العمل :

رب العمل يلتزم فى عقد المقاولة بدفع الأجر إلى المفاوض، فتكون المقاولة بالنسبة له من أعمال التصرف، ومن ثم يجب أن يتوافر فى رب العمل أهلية التصرف، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد القانونى وهو 21 سنة ميلادية كاملة، بشرط ألا يكون قد حكم باستمرار الولاية عليه.

فالقاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذونا له فى الإدارة ليس أهلا لإبرام عقد المقاولة وإذ أبرم العقد كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته.

وللأب أن يبرم عقد الوكالة باسم القاصر بغير إذن المحكمة لأن المشرع أجاز له التصرف فى مال القاصر دون أن يحتم عليه الحصول على إذن من المحكمة إلا ما ورد بشأنه نص (م4 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

أما الجد فلا يجوز له إبرام عقد المقاولة باسم القاصر إلا بإذن المحكمة (م15 من المرسوم بقانون المشار إليه).

وللوصى والقيم أن يبرم عقد المقاولة باسم القاصر أو المحجور عليه بإذن المحكمة (م39، 78 من المرسوم بقانون المشار إليه).

ولكن إذا كان يقصد بالمقاولة حفظ أو ترميم شىء يملكه رب العمل، فإن المقاولة تعتبر من أعمال الإدارة بالنسبة له. ويكون من سلطة رب العمل إبرامها ولو لم تكن له سوى أهلية الإدارة، وبذلك يجوز للقاصر الذى بلغ الثمانية عشرة وللمحجور عليه لسفه أو غفلة وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أهلية إبرام عقد المقاولة (المواد 15، 56، 57 من المرسوم بقانون سالف الذكر)، ومثل ذلك العقد الذى يبرمه رب العمل مع المفاوض لترميم منزله، والعقد الذى يبرمه مع نجار أو حائك لصنع الأثاث الضرورى لسكنه⁽¹⁾ أو لصنع ثوبه، ولا يمنع من ذلك أن تكون الترميمات كبيرة مادامت لازمة لحفظ الشىء⁽²⁾.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر ص 70.

(2) السنهورى ص 62 - محمد لبيب شنب ص 81.

ويكون أيضا لنائب القاصر أو المحجور عليه إبرام هذا العقد دون إذن من المحكمة.

أما إذا كان العمل لا يعد من أعمال الإدارة، وإنما من أعمال التصرف فلا تثبت للقاصر المأذون بالإدارة ومن في حكمه أهلية إبرام العقد، كصنع شيء جديد أو إقامة بناء جديد، أو إدخال تحسينات على شيء موجود من قبل.

73- أهلية المقاول :

المقاول ولو اقتصر على تقديم عمله دون تقديم المواد المستخدمة في هذا العمل لا يقوم بعمل نافع نفعا محضاً، بل بعمل دائر بين النفع والضرر، حقيقة إنه لا يقوم بعمل من أعمال التصرف، ولكن الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ليست قاصرة على أعمال التصرف، بل تشمل كل عمل يقوم به الشخص من شأنه أن يعرضه إلى الكسب أو الخسارة، وإلى المساءلة في حالة الإضرار بالمتعاقدين معه، وهذا هو حكم عمل المقاول ولو لم يقدم المواد الأولية⁽¹⁾.

ومن ثم يجب في الأصل أن تتوفر في المقاول أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً. فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً له في الإدارة، لم يجز له أن يبرم عقد مقاول، وإذا فعل كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته.

أما إذا كان المقاول عديم الأهلية، لم تكن له إرادة، ويقع تعاقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. على أنه إذا كان المقاول صانعاً صغيراً، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نحو ذلك، فيمكن القول أنه يستطيع أن يكسب عيشه من صنعتته حتى لو كان قاصراً، فيكون أهلاً لإبرام عقود المقاول المألوفة الداخلة في صنعتته.

وبقاس عقد المقاول في هذا على عقد العمل الذي ورد بشأنه نص صريح إذ تقضى المادة 62 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأن: "للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة".

والأجر الذي يتقاضاه القاصر، يكون هو أهلاً للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة تطبيقاً للمادة 63 من المرسوم بقانون سالف الذكر التي تنص على أن: "يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا

(1) محمد لبیب شنب ص 80 وما بعدها.

يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته. ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية". وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة، فإنه يخصص له من أجره ما يلزم لأغراض نفقته ولو كان الأجر كله، فيكون له أهلية التصرف فيه تطبيقاً لأحكام المادة 61 من المرسوم بقانون المشار إليه، والتي تنص على أن: "القاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط"⁽¹⁾.

منع الحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة 25% من رأس المال من التعاقد على المقاولات مع مقاولى القطاع الخاص:

74- النص القانوني:

المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم 1203 لسنة 1961⁽²⁾ المعدل بالقرار رقم 1049 لسنة 1962:

"لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة 25% من رأس المال، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن 50% من رأس مالها.

ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التى لا تزيد قيمتها على 100000 جنيه⁽³⁾ بشرط عدم تجزئة العمليات، وعلى أن لا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته 100000 جنيه سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى"⁽⁴⁾.

75- مضمون الحظر:

(1) السنهورى ص 63 هامش (2) - فتحيه قره ص 89 وما بعدها هامش (3).

(2) بقصر أعمال مقاولات الحكومة والمؤسسات العامة والشركات شبه الحكومية على الشركات التى تساهم فيها الحكومة والمؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن 50% من رأسمالها.

(3)، (4) كانت القيمة 30000 جنيه ثم عدلت بالقرار رقم 1049 لسنة 1962 إلى 100000 جنيه.

حظرت المادة على الحكومة والمؤسسات العامة⁽¹⁾ والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة 25% من رأس المال، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن 50 % من رأسمالها.

غير أنه يجوز رفع هذا الحظر بقرار من رئيس الجمهورية.
فالمقصود بالحظر هم مقاولو القطاع الخاص أفراداً أو شركات.

76 - المقاولات التي تخضع للحظر:

يخضع للحظر الوارد بالمادة أعمال المقاولات والأشغال العامة التي تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه بشرط عدم تجزئة العمليات، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به عن هذه العمليات إلى مقاول واحد في السنة على ما قيمته مائة ألف جنيه، سواء عهد بها من

(1) يلاحظ أن المادة الثامنة من القانون رقم 111 لسنة 1975 المستبدلة بالقانون رقم 112 لسنة 1976 قد نصت على أن: "تلغى المؤسسات العامة التي لا تمارس نشاطاً بذاتها وذلك تدريجياً خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون، ويصدر الوزير المختص بالاتفاق مع وزير المالية القرارات اللازمة لتصفية أعمالها وتحديد الجهات التي تؤول إليها مالها من حقوق، وما عليها من التزامات.
ولو وزير المالية أن يحل إحدى الجهات الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام محل المؤسسات الملغاة في حق إيجار الأماكن التي تشغلها.
كما يكون لوزير المالية الحق في بيع هذه الأماكن بالجدك للهيئات أو الشركات الخاضعة لقوانين استثمار المال العربي والأجنبي... إلخ".

ثم صدر القانون رقم 97 لسنة 1983 بإصدار قانون في شأن هيئات القطاع العام وشركاته ونص في المادة الثالثة من قانون إصداره على أنه: "لا يترتب على تطبيق أحكام هذا القانون الإخلال بما تضمنته القوانين أو قرارات رئيس الجمهورية من أنظمة خاصة لبعض هيئات أو مؤسسات أو شركات القطاع العام وتسرى أحكامه على هذه الجهات فيما لم يرد به نص خاص في تلك القوانين أو القرارات".

ونص في المادة الخامسة على أن: "يلغى القانون رقم 60 لسنة 1971 بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والقانون رقم 111 لسنة 1975 ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام".

جهة واحد أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى من المادة.
فيشترط لسريان الحظر أن تزيد قيمة الأعمال على مائة ألف جنيه.
غير أن المشرع وضع قيدين فى ذلك:

القيد الأول:

ألا تجزأ الأعمال إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على مائة ألف جنيه، بحيث تزيد فى مجموعها على مائة ألف جنيه، لأن هذه التجزئة إنما تنطوى على تحايل على المنع، ولذلك تكون العبرة بمجموع قيمة المقاول لا بقيمة كل جزء منها. فيقوم المنع.

القيد الثانى:

ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات فى السنة الواحدة على مائة ألف جنيه، سواء عهد إليه بها من جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة. فإذا دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولا فى مقاولتين للحكومة، أو فى مقاولتين للحكومة ومقاولتين لمؤسسة عامة، أو فى مقاولتين لشركة مختلطة أو فى أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على مائة ألف جنيه قام المنع. وفى حساب مجموع هذه المقاولات تدخل كل مقاوله بداية بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت. فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقاوله من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته خمسون ألف جنيه فتكون قيمة المقاوله مائة ألف جنيه وحصل فى السنة نفسها على مقاوله من شركة مختلطة قيمتها عشرون ألف جنيه، قام المنع لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على مائة ألف جنيه⁽¹⁾.

غير أن تكليف المقاول الخاص بعمل فى سنة لا يمنع من تكليفه بعمل غيره فى سنة أخرى، ولو كان العمل الأول لم يتم بعد، ولو كانت قيمة العاملين معا تزيد على مائة ألف جنيه، فالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر تنص على ألا يزيد مجموع ما يعهد به من الأعمال إلى مقاول واحد فى السنة على هذه القيمة، فالحظر إذن يرد على إبرام العقد، لا على تنفيذه، بمعنى أنه يحظر على الهيئات الخاضعة لهذا القرار أن تبرم مع مقاول واحد فى السنة الواحدة، مقاولات تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه ولكن

لا يحظر على الما قول أن يقوم بتنفيذ أعمال تزيد قيمتها على هذا المبلغ، إذا كان قد تعاقد عليها فى سنين مختلفة⁽¹⁾.

غير أن هذا الحظر يزول إذا صدر قرار من رئيس الجمهورية يعهد فيه بالمقاو لات محل الحظر إلى إحدى شركات أو أفراد القطاع الخاص.

77- جزاء مخالفة الحظر:

الحظر الوارد بالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية سالفة الذكر لا يتعلق بأهلية مقاو لى القطاع الخاص، بل هو منع من التعامل بموجب نص تشريعى كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع مريض مرض الموت من بيع ماله إلا فى حدود معينة⁽²⁾. وهذا المنع دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة لما فى قصر المقاو لات الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان لحسن تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة، ومن ثم يترتب على مخالفته بطلان عقد المقاولة بطلاناً مطلقاً وينصرف البطلان إلى المقاولة كلها إذا لم يمكن تجزئتها ويقتصر على العملية التى تجاوز النصاب المحدد فى حالة إمكان التجزئة. فإذا عهد إلى مقاو لى القطاع الخاص بمقاولة قيمتها سبعون ألف جنيه، ثم عهد فى السنة نفسها بمقاولة قيمتها خمسون ألف جنيه، وكانت المقاولة الأخيرة غير قابلة للتجزئة، فإنها تقع - دون المقاولة الأولى - باطله.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم 1203 لسنة 1961 المعدل بالقرار رقم 1049 لسنة 1962 أن المشرع حظر فى المقاو لات التى تطرحها الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة 25% من رأس المال والتى تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه أن يكون المقاو لى فيها من

(1) محمد لبيب شنب ص 79 - السنهاورى ص 66.

(2) السنهاورى ص 64 هامش (1) - فتيحه قره ص 90 هامش (1) - وقارن محمد لبيب شنب ص 89 فىرى أن الحظر ينقص من أهلية وجوب مقاو لى القطاع الخاص، ويجعلهم غير صالحين لاكتساب الحقوق عن طريق عقود المقاولة التى تتجاوز قيمتها مائة ألف جنيه.

غير الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن 50% من رأسمالها وذلك حتى ولو جزئت المقاوله إلى عدة عمليات على ألا يزيد مجموع ما يعهد به فى مقاولات أو عمليات إلى مقاول واحد على مائة ألف جنيه فى السنة الواحدة سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات آنفة الذكر ما لم يرخص رئيس الجمهورية بها وكان هدف الشارع من ذلك تحقيق الصالح العام لها فى قصر هذه المقاولات الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة فإن مقتضى هذا الحظر الصريح- وهو حظر عام دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة ترتيب البطلان المطلق- وإن لم ينص عليه بلفظه- جزاء لمخالفة بحيث يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به بغض النظر على مدى علم الآخر فى عقد المقاوله بالمخالفة. وينصرف البطلان إلى المقاوله كلها إذا لم يمكن تجزئتها وبقتصر على العملية التى تجاوز النصاب المحدد فى حالة إمكان التجزئة، وإذا كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة وهى إحدى الشركات المملوكة للدولة قد تعاقدت مع المطعون ضده الأول وهو من الأفراد فى غضون كل من عامى 1974، 1975 على أعمال مقاوله تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه فى خلال السنة الواحدة دون الحصول على ترخيص بذلك من رئيس الجمهورية فإنه يحق للطاعنة التمسك بهذا البطلان".

(طعن رقم 1984 لسنة 58 ق جلسة 1990/3/12)

كما قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأحكام قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر لأنه دفع يخالطه واقع. إذ ذهبت إلى أن: "لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقرار رئيس الجمهورية رقم 1203 لسنة 1961 المعدل بالقرار رقم 1049 لسنة 1962-والذى يقضى بحظر ما يعهد به من الأعمال إلى المقاول الواحد فى السنة بأكثر من مائة ألف جنيه - لأن هذا الدفاع يخالطه واقع، وهو تقدير قيمة العمل المسند إلى المطعون ضده (المقاول)، ولم يقدم الطاعن ما يدل على أن عناصره الواقعية كانت مطروحة على محكمة الموضوع".

(طعن رقم 272 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/26)

ثانيا : عيوب الإرادة فى عقد المفاوضة

78- تطبيق القواعد العامة :

عيوب الإرادة فى عقد المفاوضة، هى ذات عيوب الإرادة فى العقود الأخرى والمقررة فى القواعد العامة وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

غير أن أهم تطبيقات عيوب الإرادة فى عقد المفاوضة الغلط فى عقد المفاوضة، لا سيما الغلط فى شخص المفاوض أو الغلط فى الحساب، ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى:

79- الغلط فى شخص المفاوض :

الغلط فى شخص المفاوض- كأصل عام - لا تأثير له فى صحة العقد.

غير أنه قد يكون له تأثير فى صحة العقد، إذا كان شخص المفاوض ملحوظا ومحل اعتبار لدى رب العمل. ويكون ذلك عادة فى عقود المهن الحرة كالتعاقد مع طبيب أو مهندس معمارى أو رسام، إذ يكون لشخصية المتعاقد معه اعتبار فى التعاقد لدى رب العمل، وقد يكون لشخص المفاوض اعتبار فى غير هذه العقود كما فى الإنشاءات الكبرى، مثل التعاقد مع مهندس معمارى على إقامة قرية سياحية كاملة المرافق إذ يطمئن رب العمل إلى كفاءة وأمانة المهندس المتعاقد معه.

وقد أوردت بعض نصوص التقنين المدنى حالات تكون فيها شخصية المفاوض محل اعتبار ومن أمثلة ذلك:

(أ)- ما ورد فى نص المادة 1/661 مدنى من أنه: "يجوز للمفاوض أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مفاوض من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

(ب)- ما تنص عليه المادة 666 مدنى من أن: "ينقضى عقد المفاوضة بموت المفاوض إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة 663 إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المفاوض الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

وبالترتيب على ذلك، فإنه إذا كان شخص المفاوض محل اعتبار فى العقد، فإن الغلط فيه

يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة رب العمل. كأن يتعاقد مريض مع جراح متوهماً أنه جراح معين، فظهر أنه غلط في شخصه وأنه جراح آخر (1).

80- الغلط في الحساب وغلطات القلم:

الغلط في الحساب وغلطات القلم لا يؤثر في صحة العقد، ولكن يجب تصحيح الغلط.

وفي هذا تنص المادة 123 مدنى على أنه: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، لكن يجب تصحيح الخطأ".

والمقصود بالغلط في الحساب الغلط في عمليات الجمع والطرح والقسمة سواء كان الغلط لمصلحة المفاوض أو لمصلحة رب العمل.

أما غلطات القلم فيقصد بها الغلط في نقل رقم من جدول إلى آخر أو من صفحة إلى أخرى (2) أما طلب إعادة عمل حساب المقابلة من جديد، بعد عمل المقاس والحساب النهائى واعتماد كل ذلك فلا يجوز.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقابلة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً. أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقابلة من جديد، فإن القانون يأباه، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقابلة بعد إتمامها مادام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلاً، ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين. وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة 541 من قانون المرافعات الفرنسى، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين".

2- "دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشاركة بحسب المادة 535 لا يجوز توجيهها

(1) السنهورى ص 67 وما بعدها.

(2) قدرى الشهاوى ص 56 هامش (13).

ضد المقاس والحساب المعتمدين في مقالة من المقاولات متى كانت في حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد. لكن دعوى وقوع هذا الغلط في مقاس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التي قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية، أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية بل هي منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه، فالمحكمة في حل من عدم قبول تحقيقها".

(طعن رقم 27 لسنة 5 ق جلسة 1935/11/7)

81- إثبات عقد المقالة :

لم يضع الشارع قواعد خاصة لإثبات عقد المقالة، ومن ثم يسرى على إثبات عقد المقالة القواعد العامة في الإثبات، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 60 من قانون الإثبات على أن: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك". ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م 1/62 من قانون الإثبات).

وقد قضى بأن الخطاب الموجه إلى المجلس البلدي في إحدى المدن بطلب إعطائه قطعة أرض لازمة لإعادة بناء عمارة مملوكة له، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا أشار إلى أنه كلف معماريا معيناً بوضع التصميم اللازم للبناء، ويجوز لهذا المعمارى أن يثبت التعاقد معه بالشهادة والقرائن⁽¹⁾. وكذلك توقيع رب العمل على الرسومات التي أعدها المعمارى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح للمهندس الالتجاء إلى الشهادة لإثبات أن رب العمل كلفه بعمل هذه الرسومات بناء على تعاقد بينهما.

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالتين الآتيتين:

1- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. ويعتبر مانعا أدبيا ما جرى به عرف بعض المهن، مثل مهنة الطب من عدم إثبات العقد بين المريض والطبيب بالكتابة، ومثل ذلك بعض المقاولات كحياكة الملابس والنجارة وكى الملابس والمفروشات، فقد جرى العرف بعدم إثبات العلاقة بين رب العمل والمقاول

(1) الجزائر في 2 نوفمبر 1892 مشار إليه في مؤلف محمد لبيب شنب ص 83.

بالكتابة، فيجوز إثبات المقابلة في هذه الصور وما شابهها بكافة طرق الإثبات ومنها البيئة والقرائن فيجوز للطبيب مثلاً أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبيئة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة.

وتقوم القرابة مانعاً أدبياً كالمهندس الذى يتعاقد مع أقربائه أو زوجته. أما قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا تعتبر مانعاً أدبياً⁽¹⁾.

وتقدير قيام المانع الأدبى من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع مستهدياً بظروف الدعوى.

2- إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه (م63 من قانون الإثبات).
ويثبت عقد المقابلة بما يقوم مقام الكتابة من إقرار ويمين، والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة، فإذا أقر رب العمل بعقد المقابلة، وذكر فى إقراره أنه دفع الأجر، فإنه لا يصح أن يجزأ إقراره عليه، وعلى الماقل أن يثبت أن الأجر لم يدفع.
غير أنه يلاحظ أن عدم قيام الماقل بتنفيذ الأعمال محل عقد الوكالة يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو جاوزت قيمة هذه الأعمال ألف جنيه، لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"عدم قيام الماقل بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به فى عقد المقابلة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبيئة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاء الماقل بالتزاماته الواردة فيه".

(طعن رقم 222 لسنة 34 ق جلسة 1967/11/16)

وسنرى أن المادة 1/658، 2مدنى أشارت إلى حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة إذ نصت على أن: "1- إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للماقل أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو أن يكون مأدونا به منه واتفق مع الماقل على أجره.

2- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابية، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة".

(1) السهنورى ص 55 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 82 وما بعدها.

أما إذا كان عقد المقاولة تجاريا بالنسبة للمدعى عليه فإنه يجوز - طبقا للقواعد العامة - إثبات العقد بكافة طرق الإثبات القانونية ولو جاوزت قيمته ألف جنيه. وقواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز التنازل عنها صراحة أو ضمنا.

82- متى يعتبر عقد المقاولة مدنيا ومتى يعتبر تجاريا ؟

(أ) بالنسبة لرب العمل :

عقد المقاولة بالنسبة لرب العمل يكون عادة مدنيا. إذ أن صاحب العمل يكون فى الغالب غير تاجر.

ومثال ذلك: أن يتعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث لمنزله أو مع مقاول لبناء منزل أو مع حائك لصنع ثوب، سواء كانت المواد مقدمة من رب العمل أو قام المقاول بتوريدها.

وكذلك إذا تعاقد مريض مع طبيب على علاجه.

وإذا كان رب العمل تاجرا ولكن المقاولة لا تتعلق بتجارته، فإن العقد يكون مدنيا بالنسبة له، كما لو تعاقد التاجر مع مقاول على بناء فيلا لسكناء، أو مع نجار على صناعة أثاث لمسكنه، أو تعاقد مع طبيب لعلاج.

أما إذا كان تعاقد التاجر مع المقاول على عمل يتعلق بشئون تجارته، فإن المقاولة تكون عملا تجاريا بالتبعية، كما إذا تعاقد التاجر مع نجار لصنع أثاث لاستعماله فى محله التجارى أو فى مصنعه أو تعاقد مع مقاول لإصلاح ماكينة بمصنعه أو على ترميم متجره أو مصنعه.

وعندئذ يكون الإثبات فى مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو جاوزت قيمة المقاولة ألف جنيه.

(ب) - بالنسبة للمقاول :

عقد المقاولة بالنسبة للمقاول عقد مدنى طالما لم يكن عملا من أعمال التجارة. وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالا مدنية لأنها تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية، كعمل الطبيب والمهندس والرسام والنحات.

فإذا تعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عملية جراحية له أو تعاقد رب العمل مع مهندس على وضع تصميم معين أو تعاقد مع رسام أو نحات على لوحة معينة أو تمثال

معين، كان العقد بالنسبة للمقاول مدنياً.

غير أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية كالمهندس الذى يضع التصميم والرسومات والمقايضة ويشرف على العمل ويقوم بأعمال البناء فيورد المواد اللازمة للبناء والآلات ويقدم العمال، ففي مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد، ويعتبر تجارياً بالنسبة إلى المهندس⁽¹⁾.

وأيضاً يكون عقد المقاولة تجارياً بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملاً من أعمال التجارة، كالنجار أو الحائك اللذين يعهد إليهما بصنع أثاث أو حياكة ملابس⁽²⁾، وصاحب المطحن الذى يطحن الحبوب وصاحب الملحج الذى يلجج القطن أو صاحب مصنع السكر الذى يصنع السكر من القصب أو البنجر، وأصحاب دور السينما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص. فالعقود التى يبرمها هؤلاء تعتبر بالنسبة لهم تجارية. ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولو جاوزت قيمة العقد ألف جنيه.

83- الاختصاص المحلى والنوعى بشأن المنازعات الناشئة عن عقد المقاولة:

تحدد المادة 56 مرافعات الاختصاص المحلى فى المنازعات المتعلقة بالمقاولات محكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى عليه إذ تجرى على أن: "فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات

(1) السنهاوى ص 59 - قدرى الشهاوى ص 67.

(2) ويلاحظ أن أصحاب الحرف كالنجار والسباك والنقاش والكوافير الذين يمارسون عملاً يدوياً ويجعلونه أساساً لنشاطهم ومصدراً لرزقهم يمارسون عملاً مدنياً لأن قوامه الاعتماد بصفة رئيسية على استغلال المواهب الشخصية والخبرات العملية والمهارات الفنية ولا ينال من ذلك أن تقتضى مزاوله نشاطهم شراء بعض البضائع لبيعها للعملاء أو تصنيع بعض المواد لتقديمها إليهم، استكمالاً لمطالب الحرفة، مما يعتبر امتداداً لها وتابعاً لها مما يجعله يأخذ حكمها. أما إذا استخدم الحرفى عمالاً أو آلات بحيث يضارب على عمل هؤلاء العمال أو إنتاج تلك الآلات، فإن عمله يكون تجارياً. وقد نصت المادة 16 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) على أن: "لا تسرى أحكام القانون التجارى على أرباب الحرف الصغيرة.

ويعد من أرباب الحرف الصغيرة كل من يزاول حرفة ذات نفقات زهيدة للحصول على مقدار من الدخل يؤمن معاشه اليومي".

(راجع فى التفصيل وفى قضاء محكمة النقض مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول ص 86 وما بعدها، ص 282 وما بعدها).

والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعى عليه". ويستوى أن يكون عقد المقولة محل المنازعة مدنيا أو تجاريا.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي، فإذا كان النزاع يدخل في الاختصاص النوعي أو القيمي للمحكمة الابتدائية، فطبقا للمادة 47 من قانون المرافعات تختص المحكمة الابتدائية بالدعاوى المدنية والتجارية، فليس في نظام القضاء المصري محكمة ابتدائية تختص بالفصل في الدعاوى المدنية وأخرى تختص بالفصل في الدعاوى التجارية، ومن ثم فإن المحكمة الابتدائية تكون هي المختصة بالدعاوى التجارية ولكنها تطبق القانون المدني في المسائل المدنية والقانون التجاري في المسائل المتعلقة بالعمل التجاري. ولا يقدح في ذلك تخصيص دائرة أو أكثر بالمحكمة الابتدائية لنظر الدعاوى التجارية، لأن ذلك مما يدخل في نطاق التنظيم الداخلي للمحكمة مما تختص به الجمعية العمومية بها، ولا يتعلق بالاختصاص النوعي الذي تتولى قواعده توزيع العمل فيما بين طبقات المحاكم⁽¹⁾.

وإذا كان النزاع يدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية - عندما يثبت الاختصاص المحلي لغير محاكم القاهرة والاسكندرية - فإنه تختص بنظره المحكمة الجزئية عملا بالمادة 42 مرافعات التي تنص على اختصاص المحاكم الجزئية بالدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه.

أما إذا كان النزاع يدخل في نطاق الاختصاص المحلي لمحاكم القاهرة أو الاسكندرية، فالأمر يحتاج إلى تفصيل. ذلك أنه صدر قرار وزير العدل بتاريخ 10 يناير سنة 1940 بإنشاء محكمة تجارية جزئية بالقاهرة وأخرى بالاسكندرية. وقد جرى الفقه والقضاء على أنه إذا كان العمل بالنسبة للمدعى مدنيا وبالنسبة للمدعى عليه تجاريا، جاز للمدعى أن يقيم دعواه أمام المحكمة التجارية وهي مختصة باعتبارها محكمة المدعى عليه، أو رفعها أمام المحكمة المدنية لأنه يكون في الغالب غريبا عن البيئة التجارية ومحاكمها.

أما إذا كان العمل بالنسبة للمدعى تجاريا فليس له أن يرفع الدعوى على خصمه

(1) نقض طعن رقم 289 لسنة 27 جلسة 1962/12/13 - 567 لسنة 44 جلسة 1978/1/5 -

35 لسنة 47 جلسة 1987/3/17 - 1916 لسنة 54 جلسة 1989/5/14 - 1935 لسنة

57 جلسة 1992/4/9.

الذى يكون العمل بالنظر إليه مدنيا، إلا أمام المحكمة المدنية⁽¹⁾.



(1) الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة 1957 ص 103 وما بعدها - الدكتور ثروت عبد الرحيم شرح القانون التجارى المصرى الجديد - الجزء الأول الطبعة الثالثة 2000 ص 30 وما بعدها - ويذهب الدكتور ثروت عبد الرحيم إلى أنه رغم أن القاعدة من النظام العام فقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الشرط الذى بموجبه يتفق الطرفان على أن تختص المحكمة التجارية بنظر الدعوى التى ترفع على من يكون العمل بالنسبة له مدنيا (نقض مدنى فرنسى فى 8 مايو سنة 1907، نقض فرنسى تجارى فى 20 يوليو سنة 1965). راجع أيضا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول 2002/2003 ص 64 وما بعدها.

التزامات المقاول

مادة (647)

- 1- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله.
- 2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا.

الشرح

84- التزام المقاول :

يأخذ التزام المقاول إحدى صورتين :

الأولى : التعهد بتقديم عمله فقط.

الثانية : التعهد بتقديم عمله بالإضافة إلى المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله.



مادة (648)

إذا تعهد المفاوض بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل.

الشرح

85- مسؤولية المفاوض عن جودة مادة العمل وضمانها لرب العمل :

رأينا سلفا - طبقا للرأى الراجح أنه إذا قدم المفاوض مادة العمل، وكان للمادة قيمة محسوسة، فإن العقد يكون مزيجا من بيع ومقولة، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقولة على العمل وتطبق أحكامها عليه، وقد طبقت المادة 648 مدنى هذه القاعدة، فجعلت المفاوض مسئولا عن جودة المادة إذ نصت على أنه: "إذا تعهد المفاوض بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولا عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل".

ذلك أن المفاوض فى هذه الحالة يكون بائعا للمادة، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية من وقت أن يتم المفاوض عمله ويكسب الشئ المصنوع كل مقوماته الذاتية، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتبا أو مكتبة أو أثاثا فى حالة التعاقد مع نجار أو من وقت أن يصبح القماش ثوبا تام الصنع فى حالة التعاقد مع حائك وهكذا.

واختيار المفاوض للمادة التى يقدمها يستوجب التزامه بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة، فإذا لم تكن هناك ثمة شروط أو مواصفات، وجب على المفاوض أن يتوخى فى اختيار المادة أن تكون وافية بالغاية المقصودة منها والتى تتفق مع الظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له وعلى هذا نصت المادة 1/447 مدنى بقولها⁽¹⁾:

"يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ، أو الغرض الذى أعدله، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده".

(1) قدرى الشهاوى ص 100 وما بعدها.

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها. ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المفاوض بأن يقدم مادة من صنف متوسط وعلى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة 133 مدنى بقولها: "يكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

وتسرى فى ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع، وهى أحكام عقد البيع.



مادة (649)

- 1- إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها. فإذا صار شىء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمة هذا الشىء لرب العمل.
- 2- وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك على نفقته. هذا مالم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره.

الشرح

86- التزامات المقاول فى حالة تقديم رب العمل المادة اللازمة للعمل :

ألفت المادة على عاتق المقاول عدة التزامات إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة اللازمة للعمل، وتخلص هذه الالتزامات فيما يأتى:

(أ) - المحافظة على المادة المسلمة إليه :

يلتزم المقاول بالمحافظة على المادة المسلمة إليه لاستخدامها فى العمل، سواء كانت هذه الأشياء قيمة أم مثلية، وهذا الالتزام يتطلب منه أن يحرص عليها، بأن يتخذ الإجراءات والاحتياطات الكفيلة بمنع تلفها أو ضياعها، فإذا قدم عميل قطعة من القماش إلى حائك ليخيطها ثوباً، أو قدم كمية من الأخشاب إلى نجار ليصنع منها أثاثاً، فإن كلا من الحائك والنجار يلتزم بالمحافظة على ما سلم إليه، ويقضى ذلك أن يضعه فى مكان أمين لا يصل للصوص إليه، وأن يحرص على منع تلفه بفعل العتة أو السوس، بوضع المبيدات الكيميائية⁽¹⁾.

وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التى أدخلها فى حسابه عند تقدير الأجر⁽²⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 96 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 91.

والتزام المقاول بالمحافظة على المادة المسلمة إليه، التزام بوسيلة، فلا يتطلب منه سوى أن يبذل قدرا معينا من العناية في سبيل هذه المحافظة، ولما كان التزام المقاول بالمحافظة ليس مقصودا لذاته، وإنما هو التزام تابع لالتزامه بالعمل، وكان هذا العمل يتم في مقابل أجر وليس مجانا، فإن المقاول يلتزم بأن يبذل في المحافظة عناية الشخص المعتاد (1).

فإذا قصر المقاول في بذل هذه العناية، وترتب على ذلك أن تلفت المادة المسلمة إليه من رب العمل، أو أصبحت غير صالحة للاستخدام في العمل المطلوب، أو ضاعت أو سرقت، فإنه يكون مسئولا عن هذا التلف أو الضياع، ويلتزم بأن يرد قيمة هذه المادة إلى رب العمل، وفضلا عن ذلك يلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية (2).

ولما كانت مسؤولية المقاول في هذا الصدد مسؤولية عقدية، فإنه يقع على عاتق رب العمل عبء إثبات تلف المادة أو ضياعها أو هلاكها. فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في حفظ المادة عناية الشخص المعتاد، وأن هذا الإهمال هو الذي ترتب عليه تلف الشيء أو ضياعه أو هلاكه. ولكن ظروف الحال قد تسمح باستخلاص قرينة قضائية على هذا الإهمال تعفى رب العمل من عبء إثبات خطأ المقاول، وتسهل له الوصول إلى حقه، ذلك أن وجود الشيء تحت يد المقاول يجعل من الصعب على رب العمل معرفة السبب الذي أدى إلى تلفه أو ضياعه، ولكن هذه القرينة إن وجدت فإنها تكون قرينة بسيطة يستطيع المقاول دحضها بإثبات أن التلف أو الضياع لم ينشأ عن خطئه وذلك إما بإثبات انتفاء الخطأ عن جانبه، لبذله في المحافظة على الأشياء المسلمة له العناية المفروضة عليه وهي عناية الشخص المعتاد، وإما بإثبات أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي عنه (3).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نص المادة 1/649 من ذات القانون (القانون المدني) أنه في حالة تقديم رب العمل المادة المستخدمة فإنه يتعين على المقاول أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من

(1) محمد شنب ص 97

(2) محمد لبيب شنب ص 98.

(3) محمد لبيب شنب ص 98 - السنهوري ص 93.

رب العمل وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد فإن نزل عن هذه العناية كان مسئولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وأن مسئولية المقاول في هذه الحالات مسئولية عقدية ويقع عبء الإثبات على رب العمل، إذ عليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد وأن إهماله في المحافظة عليه هو الذى تترتب عليه تلف الشيء أو ضياعه أو هلاكه أو سرقة ولأخير من جانبه أن يثبت - حتى يدرأ عن نفسه المسئولية - أنه بذل عناية الشخص المعتاد، وأن التلف أو الضياع أو الهلاك أو السرقة كان بسبب أجنبى لا يد له فيه فتنتفى مسئوليته".

(طعن رقم 3099 لسنة 72 ق جلسة 2003/12/25)

(ب) - مراعاة أصول الفن في استخدامه للمادة:

يلتزم المقاول بمراعاة أصول الفن في استخدامه للمادة المسلمة إليه من رب العمل. وذلك بأن يعمل الأصول الفنية والعرف الجارى في شأنها فإذا سلم شخص صاحب مطحن كمية من الحبوب لطحنها، فلا يجوز له أن يضعها في آلة الطحين عقب طحن نوع آخر من الحبوب، إذا كان من شأن ذلك أن يتغير مذاقها. وإذا سلم شخص سيارة إلى ميكانيكى لإصلاحها، وكان الإصلاح يستغرق زمناً طويلاً، فعلى الميكانيكى أن يحرص ألا تصاب إطاراتها أو بطارياتها بتلف من جراء عدم الاستعمال مدة كبيرة⁽¹⁾. ويجب على المقاول أن يتجنب في استعمال المادة الإفراط أو التفريط. وهذه تقتضى أن يستعمل من المادة المسلمة إليه القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب دون نقص أو زيادة⁽²⁾.

(ج) - تقديم حساب لرب العمل:

يلتزم المقاول بعد إنجاز العمل المعهود به إليه أن يقدم حساباً لرب العمل عما استعمله من المادة المسلمة إليه، وأن يرد إليه الباقي منها، فإذا سلم العميل إلى المقاول قطعة من القماش لحياكتها بدلة، ثم تبقى جزء من القماش التزم المقاول برد هذا الجزء الباقي إلى العميل.

(د) - إخطار رب العمل بالعيوب الموجودة بالمادة:

(1) محمد لبيب شنب ص 97.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر ص 119.

إذا تكشف للمقاول أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه أن بالمادة ثمة عيوب وأنها لا تصلح لتنفيذ العمل المذكور، كما إذا كان القماش الذي تسلمه لحياكة بدلة به عتة أو عيوب أخرى، تعين على المقاول إخطار رب العمل فوراً بذلك. وإلا كان مسئولاً عن تعويض رب العمل عما يحدث له من ضرر نتيجة لذلك.

وإذا كان لا يمكن لمقاول مثله أن يكشف العيب، فإنه لا يكون مسئولاً، وكانت المادة 891 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها: "لا يكون العامل أو الصانع مسئولاً قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة 869 إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه من عيوب فى المادة، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها". إلا أن النص سقط من مجموعة الأعمال التحضيرية.

وإذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة، كان المقاول ملزماً بإخطار رب العمل فوراً بهذا العائق، وإلا كان مسئولاً عن الأضرار التى تنجم عن إهماله فى هذا الإخطار. وكانت المادة 869 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها:

"1- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة. وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك. 2- فإذا أهمل فى الإخطار، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج" إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة. "اكتفاء بالقواعد العامة". وهذا النص فى الواقع يعد تطبيقاً لهذه القواعد⁽¹⁾.

87- أدوات العمل ومهامه :

كثيراً ما يحتاج المقاول، فى إنجاز العمل طبقاً لشروطه أو وفق عرف وأصول الحرفة استخدام أدوات ومهام، أو الاستعانة بأشخاص يعاونون المقاول فى تنفيذه، ويعملون معه تحت إشرافه وإدارته فيكونون تابعين له. بل قد تستدعى طبيعة العمل أن يقوم هؤلاء التابعون بالعمل وحدهم، وأن تقتصر مهمة المقاول على الإشراف عليهم وتوجيههم، ما لم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان، فالمهندس المعماري يستأجر الآلات اللازمة لإقامة أساس بناء لوضع خوازيق، والجراح

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5، ص13.

تلزمه آلات الجراحة.

وهذه الأدوات والمهمات يلتزم بها المقاول وعليه إحضارها، غير أنه يستثنى من ذلك أن يجرى الاتفاق على خلاف ذلك، كأن يتفق الطرفان على أن يحضر رب العمل هذه الأدوات والمهمات كما يجرى العرف على أن فى مهنة معينة يلتزم المقاول بإحضارها.

88- كيفية تنفيذ العمل :

الالتزام الرئيسى الذى يترتب فى ذمة المقاول، هو تنفيذ العمل الموكول إليه بمقتضى العقد.

فيجب على المقاول تنفيذ العمل بالكيفية المتفق عليها فى عقد المقاولة، وطبقا للشروط الواردة فى هذا العقد، وبخاصة طبقا لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر وإذا كان هناك عطاء عن توريد أصناف معينة وجب أن تكون تلك الأصناف حسب عينات جهة الإدارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات التى يجب على مقدم العطاء (المقاول) الاطلاع عليها إذا كانت الجهة المتعاقدة من جهات الإدارة التى تسرى عليها أحكام القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات. وإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب اتباع العرف، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذى يقوم به المقاول. فلكل مهنة أو حرفة أصول معروفة وقوانين تجب مراعاتها، دون حاجة لذكرها فى العقد أو يشار إليها جملة فى العقد، كالقول مثلا (حسب أصول الصناعة) أو ما يؤدى إلى هذا المعنى⁽¹⁾.

فعلاج الطبيب للمريض له أصوله الفنية، فالطبيب يسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف التى أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته.

وكقاعدة عامة يجب أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام المقاول حتى يتمكن من القيام بمهمته من حيث تنفيذ محل عقد المقاولة ورب العمل آمن مطمئن، بحيث لا يسأل هذا المقاول إلا إذا ثبت ثبوتا ظاهرا وبصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيبا لا يأتيه من له إلمام بهذا اللون من الفن إلا عن رعونة وعدم تبصر واحتياط وأن يكون خطأه محققا ومتميزا⁽²⁾.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر ص106.

(2) قدرى الشهاوى ص92 وما بعدها.

والتزام المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه، قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق نتيجة.

ومثل الالتزام ببذل عناية التزام الطبيب بعلاج المريض، فهو يجب عليه أن يبذل عناية من فى مستواه من الأطباء فى علاج المريض طبقا للأصول الطبية، وليس عليه أن يشفى المريض فالطبيب يعالج والله يشفى⁽¹⁾.

ويجب على المهندس الذى يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية مهندس فى مستواه فى إدارة العمل أو فى الإشراف على تنفيذ التصميم، ولا يلتزم بتحقيق النتيجة المقصودة. مالم يتفق على وجوب بذل عناية أكثر من عناية الشخص العادى.

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة 211 مدنى بقولها: "فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بإدارته أو يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

ومثل الالتزام بتحقيق غاية، أن يكون مطلوبا من المقاول نتيجة معينة كإصلاح شئ، أو إقامة بناء أو ترميمه أو هدمه، أو وضع تصميم أو رسم أو نحت تمثال، فإن تنفيذه للعمل يكون بتحقيق هذه النتيجة. فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت هذه الغاية وأنجز العمل المطلوب. ولا يكفى أن يبذل فى القيام بهذا الالتزام عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة، ذلك أنه مادام العمل المطلوب لم ينجز فإن المقاول يكون مسئولا.

89- مسؤولية المقاول مسؤولية عقدية :

واضح مما سلف أن مسؤولية المقاول قبل رب العمل هى مسؤولية عقدية، سواء تعلق ذلك بمسئوليته عن الإهمال فى المحافظة على المادة المسلمة إليه من رب العمل أو عدم مراعاة أصول الفن فى استخدامه لها، أو عدم رده الجزء المتبقى من المادة، أو مخالفته واجبا من الواجبات الملقاة على عاتقه، وكذلك مسئوليته عما يرتكبه العمال الذين يستخدمهم لمعاونته فى العمل، إذ يكون مسئولا عنهم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، فهذه المسؤولية ليست مسؤولية تقصيرية.

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الأول 1978 ص370.

90- تنفيذ العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة :

يلتزم المقاول بإتمام العمل الموكول إليه فى المدة المتفق عليها بالعقد. حتى لو أثبت المقاول أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلاً لإنجاز العمل إذ أنه يكون مخطئاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل فى هذه المدة غير الكافية.

فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة لانتهاء من العمل، وجب أن يتم العمل فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه.

وهذه المدة يراعى فيها طبيعة العمل ومدى ما يقتضيه من دقة، وإمكانيات المقاول المعروفة لرب العمل، وما جرى عليه عرف الحرفة.

والالتزام بإنجاز العمل فى المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزاماً ببذل عناية. فلا يكفى لإعفاء المقاول من المسؤولية عن القيام بالعمل أو عن التأخر فى القيام به أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل فى الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك. ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبي عنه، كقوة القاهرة أو حادث فجائى أو خطأ رب العمل كما لو تأخر رب العمل فى تسليم المقاول المواد الواجب استخدامها فى العمل، أو كان قد أدخل تعديلات على المواصفات المنصوص عليها فى العقد، أو لم يقوم بدفع الأقساط المتفق على دفعها فى مواعيدها⁽¹⁾.

ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مسبوقاً بخطأ من المقاول، وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ⁽²⁾.

ويعتبر حادثاً مفاجئاً الانهيار الذى يلزم المقاول إعادة عمل الأساسات. ولكن لا يعتبر حادثاً مفاجئاً صعوبة التنفيذ كما إذا دعت قسوة الجو إلى تعطيل الأعمال، أو كما إذا لم يستطيع المقاول الحصول على آلة كان قد وعد باستخدامها⁽³⁾.

جزاء الإخلال بالالتزام المقاول بتنفيذ العمل :

91- تطبيق القواعد العامة :

إذا أخل المقاول بالتزامه بتنفيذ العمل على النحو الذى أوردناه سلفاً، بأن خالف مثلاً

(1) محمد لبيب شنب ص 93.

(2) السنهورى ص 96.

(3) محمد كامل مرسى ص 489.

الشروط والمواصفات المتفق عليها، أولم يراع أصول الفن فى استخدام المواد المقدمة له من رب العمل، أو أظهر قصورا فى كفايته الفنية، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه، أو تأخر فى تنفيذ العمل دون سبب أجنبى. فإنه يكون مسئولا قبل رب العمل، وتسرى القواعد العامة فى هذا الخصوص، فيكون لرب العمل أن يطلب التنفيذ العينى أو يطلب فسخ العقد، مع التعويض فى الحالتين. ونعرض لذلك بشئ من التفصيل فيما يلى:

92- (أ) - التنفيذ العينى :

تنص المادة 203 من التقنين المدنى على أنه: "1- يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 219، 220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ممكنا.
2- على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما".

فيجوز لرب العمل طلب التنفيذ العينى إذا كان ممكنا. فإذا كان تنفيذ العمل غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المقاول نفسه، بأن تكون شخصية المقاول قد روعيت فى العقد كعمل تصميم أو رسم لوحه أو إجراء عملية جراحية، فلا سبيل لإجبار المقاول على التنفيذ إلا عن طريق الالتجاء إلى الحكم عليه بغرامة تهديدية (م1/213 مدنى).

أما إذا كان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا دون تدخل المقاول، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصا من القضاء فى القيام بالتنفيذ على نفقة المقاول (م1/209 مدنى)، كما لو كان العمل المتعهد به بناء دار أو صنع شئ أو إصلاحه، فيجوز للقضاء أن يرخص لرب العمل بالتعاقد مع مقاول آخر ليقوم به. فإذا فعل التزم المقاول المخل بالتزامه بنفقات هذا العمل، ولو كانت قد جاوزت النفقات المتفق عليها بالعقد الأول.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا على نفقة المقاول عملا بالمادة 209 من القانون المدنى مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكمله للأعمال المتفق عليها فى العقد، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفى العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التى قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينى للعقد".

(طعن رقم 45 لسنة 28 ق جلسة 1963/4/25)

2- (أ) - "يجوز فى عقد المقاولة الاتفاق على أن يحل رب العمل نفسه محل المقاول المتخلف أوالمقصر فى تنفيذ الالتزام أو يعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب ذلك المقاول وتحت مسؤوليته فيتحمل تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة للأعمال المتفق عليها فى العقد، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفى العقد إلا بعد المحاسبة عن الأعمال التى قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينى للعقد".

(ب) - "لما كان البين من الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه قد نص فى بند من بنوده على أنه "إذا تبين للشركة الطاعنة أن معدل سير العمل لا يبشر بالنهاى فى المواعيد المقررة فلها الحق فى سحب كل أو جزء من العمل من المطعمون ضده وتشغيله بمعرفتها أو إسناده إلى آخرين وذلك دون أى اعتراض منه مع التزامه بكافة فروق الأسعار علاوة على ما يترتب على ذلك من مصاريف وخسائر مع حفظ حقها فى المطالبة بالتعويضات اللازمة نتيجة للأضرار التى تلحق بها نتيجة لهذا التأخير" وكانت الشركة الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها سحبت العملية من المطعمون ضده وأتمها على نفقته تطبيقاً للاتفاق المبرم بينهما وأسفر ذلك عن مديونيته لها، إلا أن الحكم المطعمون فيه لم يظن لهذا الدفاع الجوهري وقضى للمطعمون ضده بالمبلغ المحكوم به الذى احتسبه الخبير المنتدب من المحكمة الاستئنافية عن الأعمال التى قام بها المطعمون ضده فحسب ودون تحقيق دفاع الطاعنة سالف البيان مما يعيب الحكم بالقصور المبطل الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 8571 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/22)

3- "لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعمون ضدها الثانية بموجب عقد مقالة مؤرخ 1984/2/7 والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعمون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبينة بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاما عليها هو القيام بالعمل المتفق عليه بنفسها وحظر عليها أن تسند تنفيذه فى جملة أو جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ، ولعدم قيام المقاول الأصلى بتنفيذ العملية فى الميعاد المتفق عليه فى العقد فقد سحبت

الطاعة العملية منه بعدما أنذرته رسمياً بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والملوكة له ضماناً لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاولة من الباطن والذي لم تكن الطاعة طرفاً فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكاً للمطعون عليه الأول - المقاتل من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلاً عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون".

(طعان رقماً 5591، 5601 لسنة 66 ق جلسة 1999/1/27)⁽¹⁾

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "إذا كانت الجمعية التعاونية لبناء المساكن لم تعلن - وقت إبرامها عقد المقاولة - إنها تتعاقد مع المقاتل نيابة عن أعضائها وكان لا يوجد في نصوص العقد ما يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية بينها وبينهم فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها فإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدفع بعدم قبول دعوى أحد أعضاء الجمعية قبل المقاتل لرفعها من غير ذي صفة، على أن العقد قد أبرم في حدود نيابة الجمعية عن أعضائها وأن ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات يضاف إليهم فإنه يكون قد استخلص من العقد ما لا يمكن أن يؤدي إليه مدلول عباراته وقد جره ذلك إلى خطئه في تكييف العلاقة القانونية بين الجمعية وأعضائها فيما يختص بهذا التعاقد والخطأ في ترتيب آثار العقد".

(ب) - "متى كان إعمال آثار عقد المقاولة وفقاً للقانون يؤدي إلى اعتبار الجمعية التعاونية وحدها صاحبة الحق في مطالبة المقاتل المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وتعويض الأضرار الناتجة عن الإخلال بتلك الالتزامات فإنه لا يجوز قبول دعوى أحد أعضاء الجمعية بطلب هذا التعويض إلا إذا ثبت أن حق الجمعية في طلبه قد انتقل إليه بما ينتقل به هذا الحق قانوناً إذ لا تقبل الدعوى إلا من صاحب الحق المطلوب الحكم به ولا يكفي لاعتبار هذا العضو مالكا للحق وذا صفة في التداعي بشأنه مجرد إقرار الجمعية له بهذا الحق إذ يجب ثبوت أنه اكتسبه بإحدى الطرق المقررة في القانون لكسبه".

(طعان رقم 277 لسنة 32 ق جلسة 1966/12/29)

2- (أ) - "مفاد نص المادة 1/154 من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتري مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد للالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتري والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره"

ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م 2/209 مدنى)، كما لو كان العمل ترميم منزل آيل للسقوط أو إصلاح آلته تهدد بالانفجار.

وهذا لا يخل بحق رب العمل في طلب التعويض عما أصابه من ضرر كما سنرى.

93- (ب) - فسخ العقد:

تنص المادة 157 مدنى على أنه: "1- فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى.

2- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته".

ومن ثم فإنه يجوز لرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العينى لالتزام المقاول أن يطلب فسخ العقد. ويخضع الفسخ لتقدير القاضى. فللقاضى أن يقضى به إذا رأى أن إخلال المقاول بالعقد جسيما، وله أن يمهل حتى يقوم بتنفيذ التزامه، وللمقاول أن يعرض قبل القضاء بالفسخ أن ينفذ التزامه، فلا يقضى بالفسخ. وسواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ، فإنه يجوز له المطالبة بالتعويض.

غير أنه يشترط للقضاء بالتعويض حصول ضرر لرب العمل. ويقع على عاتق رب العمل إثبات هذا الضرر، إلا إذا كان متقفا عليه فى العقد (الشرط الجزائى)، وحينئذ لا يجوز للقاضى تخفيض التعويض إلا إذا أثبت المقاول أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه (م 2/224 مدنى).

(ب) - "جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت - مع المقاول - نيابة عن أعضائها، وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا".

ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المقاول أن رب العمل لم يلحقه أى ضرر (م1/224 مدنى).

وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس فى إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه، كان هذا الأخير مسئولا عن هذا الضرر (1). وقد يكون الضرر أدبيا وقد قضى بأن:

إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها، وتأخر فى ذلك ثم لم يقم إلا ببعضه لاشك يعتبر الضرر متوافرا، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر والتأمين الذى أخذته من المتعهد ضمانا لعدم التأخير يصبح حقا مكتسبا لها كما شرط فى التعهد (2).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"1- متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها المقاول - الطاعن - بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه قد أقام قضاءه على أن "المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر فى تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل فى الميعاد المتفق عليه ورغم إهماله فى ذلك مرارا وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له فى إتمام العمل فى فترة حددها قبل المطعون عليه التماسه على أن لا يعد هذا القبول تنازلا منه عن قرار السحب السابق وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه".

وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص فى بند منه على أنه فى حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق فى حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التى استحضرتها الطاعن واستعملها فى إتمام العمل دون أن يكون مسئولا عن دفع أى أجر عنها. فإن النعى على الحكم مخالفة لقانون العقد والقصور فى التسبب يكون على غير أساس".

(ب) - "متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب فى بند منه على المقاول - الطاعن - أن ينهى جميع العمل المنوه عنه فى العقد فى الوقت المتفق عليه وإلا كان

(1) جرينويل 31 مايو سنة 1956 - مشار إليه بالسهنورى ص 100 هامش (3).

(2) استئناف مصر 30 نوفمبر سنة 1940 المحاماة 21 رقم 258 ص 575.

للمطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في ذلك البند وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير . وكان الطاعن قد تأخر في نهو العمل في الميعاد المتفق عليه أولاً في العقد ثم تباطاً في إنجازه رغم إهماله في إتمامه أكثر من مرة مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب غرامة التأخير عليه".

(طعن رقم 45 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/5)



مادة (650)

1- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 209.

2- على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً.

الشرح

94- حالة قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد :

كفلت المادة لرب العمل، فى حالة قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد، عدم الانتظار إلى نهاية مدة عقد المقاولة حتى يستعمل حقه فى طلب التنفيذ العيى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين، بل خولت له متى رأى أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهل المقاول إلى نهاية المدة.

ومثال ذلك أن يلاحظ رب العمل أن المقاول قد أدخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلاً الأساس أو لم يصل به إلى العمق الكافى أو لم يجعل الجدران فى السمك المتفق عليه، أو لاحظ أن النجار الذى يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة فى صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشباً فى هذه الوحدات غير المتفق عليه أو من صنف أقل جودة.

وقد ميز النص بصدد تدخل رب العمل إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، بين فرضين نعرض لهما فيما يلى :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا :

إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا، كما إذا أقام مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو أقام حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب وجب على رب العمل إنذار المقاول بأن يصلح من طريقة التنفيذ، وليس له المبادرة إلى طلب الفسخ مادام العيب من الممكن إصلاحه، إذ يكون المقاول غافلا عن العيب فيجرى تنبيه رب العمل لتلافيه بأن يضرب له أجلا لإصلاح العيب فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل، وأصلح العيب فى الأجل المحدد، فإن له المضى فى العمل على الوجه الصحيح، ولا سبيل عليه لرب العمل⁽¹⁾.

وليس للإنذار شكل خاص فيجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه أو حتى شفاهة، وإنما يقع على عاتق رب العمل عبء إثباته. وإنذار المقاول بضرورة الرجوع إلى الطريقة الصحيحة فى تنفيذ العمل، ليس مجرد رخصة لرب العمل، إن شاء استعملها، وإن شاء أهملها، بل إن رب العمل يلتزم القيام بهذا الإنذار، متى ثبت له أن هناك عيوباً فى طريقة التنفيذ أو منافاة للعقد، فذلك ما يوجب حسن النية فى تنفيذ العقود من تعاون بين الطرفين لكى يتم التنفيذ مطابقاً لما هو متفق عليه. فقد يكون المقاول معتقداً أنه ينفذ التزامه تنفيذاً صحيحاً. فإذا أهمل رب العمل فى إخطاره بما فى طريقة التنفيذ من عيوب، أو تعمد أن يسكت، وترتب على ذلك أن جاء العمل غير مطابق لما هو متفق عليه، فإن رب العمل لا يستحق تعويضاً عن الأضرار التى كان يمكن تجنبها لو أحظر المقاول فى حينه بما فى طريقة التنفيذ من عيوب، أو مخالفة لمواصفات العقد⁽²⁾.

أما إذا رفض المقاول تعديل طريقة التنفيذ، أو ترك الأجل المعين لذلك يمضى دون أن يرجع إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يلجأ إلى القضاء إما بطلب التنفيذ العينى أو بطلب فسخ العقد. فبالنسبة لطلب التنفيذ العينى إذا رأى القاضى أن التنفيذ الذى يجريه المقاول معيباً قضى بإلزامه بإصلاح العيب، وبالتعويض إن كان له محل. كما يجوز لرب العمل فى هذه الحالة أن يطلب من القاضى ترخيصاً فى إصلاح

(1) قدرى الشهاوى ص 114.

(2) محمد لبيب شنب ص 92- السنهورى ص 106 هامش (1).

العيب أو فى إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح، بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكنا بالتطبيق للفقرة الأولى من المادة 209 مدنى التى تجرى على أن: "فى الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا". كما يجوز للقاضى القضاء لرب العمل بالتعويض عما أصابه من أضرار.

كما يجوز عملا بالفقرة الثانية من المادة المذكورة، فى حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء، مثال ذلك أن تكون مهمة المقاول ترميم منزل آيل للسقوط، أو مهمة الحائك حياكة ثوب زفاف لعروس حدد له موعدا، فأوشك حلول الموعد. وبالنسبة لطلب الفسخ، فإن الفسخ يخضع فى القضاء به لتقدير القاضى طبقا للقواعد العامة. وإذا قضى به كان لرب العمل التحل من دفع الأجر. كما يجوز له طلب التعويض إذا كان له محل. ويشمل التعويض قيمة المواد التى قدمها للمقاول لاستخدامها فى العمل وتعذر ردها إليه بالحالة التى سلمت عليها.

(الفرض الثانى): أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا :

إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا، ولو كانت المدة المحددة أصلا لتنفيذ العقد لم تنقض بعد، كما إذا سلم شخص إلى حائك قطعة من القماش ليحيكها حلة له فأنتفها، أو عهدت إليه عروس بحياكة فستان للزفاف وقد تم الزفاف، أو كما إذا أقام مقاول البناء المبنى وعلا بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه مما لا يمكن معه تدارك هذا الخطأ، لأن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة.

فى الصور السالفة، يجوز لرب العمل أن يطلب القضاء بفسخ العقد والتعويض، لأنه لا جدوى من إلزام رب العمل بالانتظار حتى ينقضى الموعد المحدد فى العقد لانتفاء التنفيذ، مادام قد ثبت على وجه اليقين أن المقاول لن يستطيع تنفيذ العمل المطلوب وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد.

95 - تأخر المقاول فى تنفيذ العمل تأخرا لا يرجى تداركه :

قد يتأخر المقاول فى بدء تنفيذ العمل الموكول إليه أو يبدأ فيه دون تأخير ولكنه يتباطأ فى تنفيذه، بحيث يكون الواضح أنه لا يرجى مع هذا التأخير إنجاز العمل فى الأجل المتفق عليه، أو فى المدة المعقولة، إذا لم يتفق على أجل لتنفيذه. ومثال ذلك أن

يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تتجزأ طبع مؤلفه في ميعاد معين، أو يتفق عارض مع مقال على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن المقال ينجز العمل قبل افتتاح المعرض.

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يشتمل على حكم هذه الحالة فى المادة 870 من المشروع، وكانت تجرى على أن: "إذا تأخر المقال فى أن يبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن هذا الحكم يخالف القواعد العامة، التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا"، ولكن حذف النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة⁽¹⁾.

فيحق لرب العمل أن يطلب فسخ العقد وتعويض ما أصابه من أضرار، ولو أن الموعد المحدد للانتهاء من العمل لم ينقض بعد. ولا شك أن هذا رأى يتفق مع المنطق، فما دام من المؤكد أن المقال لن ينفذ التزامه فى مواعده، وبالتالي أنه سيكون لرب العمل الحق فى فسخ العقد والتعويض عندما يحل هذا الموعد دون تنفيذ، فلا يكون هناك أى مبرر لإلزام رب العمل بالانتظار حتى يحل الموعد المحدد أصلا للتنفيذ⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 14 الهامش - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (366 فقرة أولى) والتقنين البولونى (م884) والتقنين الفرنسى (م870) والتقنين اللبناى (م661)، وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذا تأخر المقال فى إنجاز العمل تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام به فى المدة المتفق عليها والتقنين الألمانى (م636) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل، إذا تبين أنه لا أمل مطلقا فى إنجاز العمل فى المدة المتفق عليها. وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المبدأ عن التقنين الأنجلو سكسونى، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادرة فى سنة 1932، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدما إذا تأخر المقال فى تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتا أو محتلا جدا أنه لن يتمكن من إتمامه فى الميعاد فيكون بذلك قد أدخل مقدما بالتزامه. وهذا الحكم يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا" مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 14 الهامش".

(1) محمد لبيب شنب ص 95 - ويذهب الدكتور السنهورى ص 109 إلى أنه: "وإذا شئنا أن نستند

وقد ذهب البعض إلى أنه ليس صحيحا ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أن الحكم المحذوف يخالف القواعد العامة. وأنه يجب الأخذ به بالرغم من حذفه⁽¹⁾.

حقا إن الإخلال بالالتزام العقدى لا يتحقق إذا لم يكن الموعد المحدد لتنفيذه قد حل، ولكن تنفيذ العقود يجب أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م 1/148 مدنى)، وحسن النية يوجب على المفاوض أن يبدأ فى تنفيذ العمل فى وقت يسمح له بالانتهاء منه فى الموعد المحدد لذلك، فإذا تأخر فى البدء فى العمل تأخرا لا يرجى معه إطلاقا، بالنظر إلى طبيعة العمل، وإلى إمكانيات المفاوض، أن ينتهى التنفيذ فى الموعد المحدد لذلك، فإن هذا المسلك من جانب المفاوض يعتبر جحودا مبتسرا لعقده، ويتضمن الإخلال بواجب مراعاة حسن النية فى تنفيذه لالتزامه، بحيث يستأهل الجزاء المقرر للإخلال بالعقود، ولا يقتصر الجحود المبتسر على تأخير المفاوض فى بدء العمل، بل يشمل أيضا حالة ما إذا صرح المفاوض بأنه لن ينفذ العمل، أو إذ اتخذ مسلكا من شأنه أن ينم عن نيته فى عدم التنفيذ، أو أن يأتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا. كما لو تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه فى خلال أسبوع معين، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل خلال الأسبوع نفسه، وفى هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحودا من الفرقة، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد، وذلك يتيح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلا فرقة، وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد تنفيذ الفرقة الأولى⁽²⁾.

كما ذهب البعض إلى أن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدما وعلى وجه محقق، كما

إلى نص، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التى عرضت لها الفقرة الثانية من المادة 650 مدنى حين تقول "على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا". وفى الحالتين ارتكب المفاوض خطأ لا يمكن تداركه، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذا معيبا لا يمكن تداركه، وإما أن يكون قد تأخر فى البدء به أو تأخر فى إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه فى الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضا مشوبا بعيب لا يمكن تداركه. وقد رأينا أن هناك نصا صريحا (م 2/650 مدنى) فى إحدى الحالتين يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فورا، فتقاس على هذه الحالة الأخرى.

(2) السنهاورى ص 109 - محمد لبيب شنب ص 94 وما بعدها.

(1) محمد لبيب شنب ص 95 وما بعدها - فتحيه قره ص 129 هامش (1).

تقول مذكرة المشروع التمهيدى، فقد جاء بها: "فيكون بذلك قد أخل مقدما بالتزامه"⁽¹⁾.

(تسليم العمل محل المقاوله)

96 - المحل الذى يرد عليه التسليم:

المحل الذى يرد عليه التسليم فى عقد المقاوله هو ذاته العمل محل المقاوله أى العمل المطلوب إنجازه، سواء أكان المقاول هو الذى قدم المادة، أم أن رب العمل هو الذى قدمها.

وهو فى الحالتين يلتزم بتسليم العمل المتفق عليه، بمقتضى التزام التسليم ناشئ عن عقد المقاوله. ويمكن أيضا فى الحالة الأولى أن يلزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التى قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع إذا كان للمادة التى قدمها المقاول قيمة محسوسة، إذ العقد يكون فى هذه الحالة مزيجا من المقاوله والبيع. أما فى الحالة الثانية وهى التى يقدم فيها رب العمل المادة فإن المقاول يلزم أيضا بردها بموجب دعوى الاسترداد، إذ رب العمل يبقى مالكا للمادة⁽²⁾.

ويلتزم المقاول أيضا بأن يرد إلى رب العمل ما تبقى من المادة التى قدمها رب العمل إن وجد، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 649 مدنى - كما رأينا - على أن: "إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها، وأن يؤدى حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها".

كذلك يلتزم المقاول بأن يرد إلى رب العمل المستندات والوثائق التى تكون قد أودعت لديه لحاجة العمل، كالمستندات المثبتة لملكية رب العمل الأرض التى أقيم البناء عليها، والرسومات الخاصة بهذا البناء. أو أى أدوات يكون قد تسلمها من رب العمل ولم يعد هناك داعيا لاحتفاظ المقاول بها.

97 - كيفية التسليم:

يكون تسليم العمل المتفق عليه، بوضع العمل تحت تصرف رب العمل، بحيث

(2) السنهورى ص 108 - فتحة قره ص 129.

(3) السنهورى ص 111 - محمد كامل مرسى ص 484.

يستطيع الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق. ولا يشترط لتمامه أن يضع رب العمل يده فعلاً عليه، مادام المقاوّل قد أعلمه بذلك، إذ يجب في هذا المجال أن نفرق بين تسليم العمل وتسلمه، فتسليم العمل يتم بمجرد وضعه تحت تصرف رب العمل، فلا يحتاج إلى عمل يقوم به هذا الأخير، أما تسلم العمل فهو التزام على رب العمل⁽¹⁾.

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل أو الشيء موضوع المقاولة. فالحائك يسلم صاحب الثوب يدا بيد.

وكذلك النجار والصائغ والسباك وغيرهم من أصحاب الحرف. ومقاوّل البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين صاحب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه. وقد يتم ذلك بتسليمه المفاتيح. والمقاوّل الذي قام بصنع شيء أو تحويله، أو إصلاحه... إلخ يسلمه إلى صاحب العمل بوضعه تحت تصرف رب العمل على النحو السالف ذكره.

وإذا قام المقاوّل بعمل لا تنتقل حيازة الشيء فيه من صاحب العمل، كالسباك يصلح المواسير، والنقاش يدهن الجدران... إلخ فإن التسليم هنا يكون بتخلية السبيل أمام صاحب العمل أو بوضع الشيء الذي تم العمل فيه تحت تصرفه لينتفع به.

98 - ميعاد التسليم:

يكون التسليم في الميعاد المتفق عليه بين المتعاقدين فإذا لم يتفق على موعد لتسليم العمل، ولكن وجد اتفاق على موعد لانتهاء تنفيذ العمل، وجب إجراء التسليم فور هذا الانتهاء. أما إذا لم يحدد موعد لا للتسليم ولا لإنجاز العمل، وجب أن يتم التسليم في موعد معقول، يراعى في تحديده طبيعة العمل، وما يستغرقه عادة من الوقت، وإمكانات المقاوّل المعلومة لرب العمل، والغرض المقصود من المقاولة إذا كان المقاوّل يعلم به، كما يجب أن يراعى في ذلك عرف المهنة.

وقد يستخلص هذا الميعاد من الظروف، فالشيء المصنوع لتقديمه في مسابقة أو مناقصة أو لعرضه في معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أو المناقصة أو قبل حلول افتتاح المعرض، ولو لم يتفق المتعاقدان على ذلك صراحة، كذلك إذا كان العمل هو تشييد مبنى لاستخدامه كجناح في معرض، فيجب تسليم هذا المبنى

فى موعد سابق على اليوم المحدد لافتتاح المعرض، بحيث تكون هناك فسحة من الوقت نتيج لرب العمل تنظيم وتنسيق هذا الجناح ووضع معروضاته فيه⁽¹⁾.

99 - حق المقاول فى الحبس:

إذا حل ميعاد التسليم، وكان للمقاول أجر فى ذمة رب العمل، سواء كان الأجر كله أو جزءا منه، ولم يقم رب العمل بدفعه إلى المقاول، ولم يعرض الوفاء به، جاز لرب العمل فى هذه الحالة أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره طبقا للقواعد العامة فى الحبس (م 246 مدنى) وفى الدفع بعدم التنفيذ (م 161 مدنى).

وطبقا للقواعد العامة يلتزم المقاول بأن يسلم العمل ولو لم يستوف ما هو مستحق له قبل رب العمل، إذا قام هذا الأخير بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزاماته (م 1/246 مدنى). وحق المقاول فى الحبس لا يتناول فقط الأشياء التى صنعها رب العمل بمواد من عنده، بل يشمل أيضا كل ما سلمه رب العمل للمقاول لاستخدامه فى إنجاز العمل، فيحق للمقاول أن يحبس المادة التى قدمها رب العمل لصنع الشيء المتفق عليه، سواء ما استعمل منها فى الشيء أو ما بقى دون استعمال، ويتناول أيضا المهمات والمستندات والوثائق والرسوم والنماذج والتصميمات التى يكون رب العمل قد سلمها للمقاول.

ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شيء فى حيازة صاحبه، كالسباك الذى يصلح المواسير والمقاول الذى يحفر مكانا أو يهدم حائطا، فليس للمقاول الحق فى حبس هذا المكان لأن المكان لم يخرج من حيازة صاحبه.

وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفى مواجهة دائنى رب العمل العاديين والممتازين⁽²⁾.

وحق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره تسرى فى شأنه القواعد العامة فى الحق فى الحبس. ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزية، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر. وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل، فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه ولا تحبس إلا الأجزاء من العمل التى تمت ولو لم يستوف المقاول أجرها. وإذا سلم المقاول الشيء محل المقابلة مختارا انقضى حق حبسه. ويترتب على ذلك أن الصانع إذا

(1) محمد لبيب شنب ص 100 - محمد عبد الرحيم عنبر ص 150.

(2) السهنورى ص 113.

سلم المصنوع لرب العمل، ثم أعاده رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه، جاز للصانع أن يحبسها فى مقابل الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة، دون الأجر المستحق لصنع الشيء ذاته فقد سقط حقه فى الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل⁽¹⁾.

100 - مكان التسليم :

يكون التسليم فى المكان المتفق عليه، فإذا خلا عقد المقاولة من تحديد مكان التسليم كان التسليم فى المكان الذى يحدده عرف المهنة أو الصناعة. وإذا انصرف التسليم إلى عقار كان التسليم فى مكان العقار. أما إذا كان التسليم واقعا على منقول سبق للمقاول أن تسلمه من رب العمل، فإنه يلتزم برده إليه فى نفس المكان الذى تسلمه فيه، أما إذا كان المنقول غير موجود وقت العقد كما لو كان المطلوب من المقاول صنعه، فيجب تسليمه فى موطن المقاول، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كان العمل يدخل ضمن هذه الأعمال، وهو الغالب (م 1/347 مدنى).

101 - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

إذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بالتسليم، وذلك بوضع العمل تحت تصرف رب العمل فى الوقت المحدد لذلك، وفى المكان الواجب تسليمه فيه. كان لرب العمل - طبقا للقواعد العامة - بعد إعدار المقاول إما طلب التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى.

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى.

(أ) - التنفيذ العينى :

لرب العمل أن يطلب التنفيذ العينى، فيجبر المقاول على التسليم إذا كان هذا ممكنا وإذا كان التسليم يقتضى تدخل المقاول شخصيا، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالإلزام المدين بهذا التسليم، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك (م 1/213 مدنى). وإذا كان يمكن الحصول على مثل المتفق عليه، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصا

(1) قدرى الشهاوى ص 143.

من القضاء فى الحصول عليه على نفقة المدين (م 1/209 مدنى). ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء (م 2/209 مدنى).

ولكن لا يجوز إجبار المقاول على تسليم العمل إلا إذا كان قد انتهى منه، فقد يكون فى تسليمه ناقصا إضرارا بسمعته الفنية أو الأدبية، وتقدير ما إذا كان العمل قد تم تنفيذه أم لا مسألة موضوعية، يفصل فيها القضاء مستعينا بأراء أهل الخبرة، مع مراعاة أنه إذ كان العمل المطلوب من أعمال الفن كرسـم لوحة أو عمل تمثال، أو كان عملا أدبيا كتأليف كتاب، فإن الحكم الوحيد فى مسألة انتهائه يكون هو الفنان نفسه، بحيث لا يمكن أن يجبر على التسليم إذا كان غير راض عن عمله، معتقدا أن وضعه فى يد الغير سيضر بسمعته الفنية أو الأدبية. أما إذا قرر الفنان بنفسه أنه انتهى من العمل وأعلن رضاه عنه، فإنه يلتزم بتسليمه إلى رب العمل، فإذا امتنع عن ذلك طمعا فى زيادة أجره، أو جريا وراء هوى، فإنه يجبر على هذا التسليم⁽¹⁾.

والالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية، ومن ثم فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعتبر إخلالا منه بالالتزام فلا يطالب رب العمل بإثبات خطأ فى جانب المقاول، فعدم التسليم فى ذاته هو الخطأ. ولا تنتفى مسؤولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبى، أو إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل فى المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفى لانتفاء المسؤولية فيه أن يثبت أنه قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد. وفى غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول أن يثبت السبب الأجنبى لينفى عن نفسه المسؤولية.

فإذا كان الإخلال بالالتزام هو مجرد التأخر فى تسليم العمل بعد إعداده من قبل المقاول، كان المقاول مسئولا عن تعويض رب العمل عن هذا التأخير، مالم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى كما فى حالة تأخر رب العمل فى تسليم المواد اللازمة للعمل أو فى دفع الأقساط المستحقة أو طلبه إدخال تعديلات اقتضت هذا التأخير. أما إذا كان الإخلال بالالتزام مرجعه عدم التسليم أصلا، فإن المقاول لا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى. فإذا لم يثبت ذلك، وجب دفع

(1) السهنورى ص 115 وهامش (1) - محمد لبيب شنب ص 102 وما بعدها.

التعويض كاملا. بينما إذا أثبت السبب انتفت مسئوليته⁽¹⁾.

(ب) - الفسخ:

لرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العينى أن يطلب فسخ العقد، ويلجأ رب العمل إلى الفسخ عادة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا، وحتى تبرأ ذمته من الأجر المستحق للمقاول. ويخضع الفسخ لتقدير القاضى، فهو غير ملزم بالقضاء به، فقد يرى أن ما لم يسلمه المقاول قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته، أو إذا كان التأخير فى التسليم طفيفا ولم يلحق برب العمل ضررا كبيرا، فيقضى برفض طلب الفسخ. وقد يرى القاضى إهمال المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العينى (م 2/157 مدنى) وذلك كله طبقا للقواعد العامة فى الفسخ. غير أن القاضى يكون ملزما بإجابة طلب الفسخ إذا اتفق فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ.

وللقاضى أن يحكم مع الفسخ بالتعويض عن الأضرار التى لحقت برب العمل.

102 - ضمان المقاول للعيوب الخفية فى البناء:

يثار البحث فى الحالة التى يكون فيها رب العمل قد أقر ما قام به المقاول من عمل بعد معاينته واعترافه بأنه تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه ولما توجبه الأصول الفنية، دون أن ينكشف وجود عيب فى البناء له فيما بعد هذا العيب ذلك أن القانون لم يضع نصا ينظم هذه المسألة، كما فعل بالنسبة لضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت التى يقومان بتشييدها - كما سنرى - وبالتالي فإنه لا مناص فى هذا الشأن من الرجوع إلى القواعد العامة وهذه القواعد تميز بين فروض ثلاثة:

الفرض الأول:

أن يكون العيب ظاهرا وقت القبول:

بمعنى أن يكون العيب فى الصنعة واضحا بحيث أنه كان فى استطاعة رب العمل أو من أنابه عنه أن يكتشفه لو بذل فى فحص العمل ما يبذله الشخص المعتاد، فإن قبول العمل رغم ظهور هذا العيب، يسقط حق رب العمل فى الرجوع على المقاول بالضمان. إذ أن قبول

(1) السنهاورى ص 115 وما بعدها - قدرى الشهاوى ص 145.

رب العمل له دون تحفظ رغم علمه بهذه العيوب، يفيد أنه قدر أنها لا تؤثر على العمل ولا تنقص من قيمته، أو أنه قد نزل عن حقه في الرجوع على المقاول بضمانها، وإذا كان رب العمل لم يكتشف هذه العيوب لأنه لم يبذل في فحص العمل عناية الشخص المعتاد، فإنه يكون مهملاً وعليه أن يتحمل نتيجة إهماله، فلا يكون له أيضاً الرجوع على المقاول بالضمان⁽¹⁾.

الفرض الثاني:

أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب في الصنعة:

فلم يستطع رب العمل أن يكتشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل. ففي هذا الفرض يكون المقاول مسئولاً عن غشه.

ويكون لرب العمل الرجوع بالضمان على المقاول، إما بإصلاح العيب إذا كان ممكناً مع التعويض، أو بالفسخ مع التعويض. وإذا كان التنفيذ العيني أى إصلاح العيب مرهقاً للمقاول، جاز الاقتصار على طلب التعويض طبقاً لأحكام المادة 2/203 مدنى. ويبدأ الضمان من وقت اكتشاف العيب، وفى خلال ثلاث سنوات من هذا الوقت، لأن أساس رجوع رب العمل المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 163 مدنى. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 172 مدنى على أن: "تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع".

الفرض الثالث:

أن يكون العيب خفياً:

والمقصود بهذا الفرض أن يكون العيب ليس من الواضح بحيث يمكن للشخص العادى كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل، ولم يخفه المقاول غشا عن رب العمل. وفى هذا الفرض يضمن المقاول هذا العيب لأن القبول باعتباره موافقة على العمل الذى قام به المقاول والإقرار بأن هذا العمل قد تم مطابقاً لما هو متفق عليه، لا يمكن أن

(1) محمد لبيب شنب ص 117 وما بعدها - ص 125 وما بعدها.

يفيد هذه الموافقة وهذا الإقرار إلا إذا صدر ورب العمل على علم بكل ظروف الحال. غير أنه يشترط لهذا الضمان بداهة أن تكون هذه العيوب الخفية قديمة أى موجودة في العمل عند معاينته وإقراره، أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا في ذلك الوقت، أما إن نشأت العيوب بعد القبول فلا ضمان على المقاول، وعلى ذلك فإذا ثبت أن الأخشاب التي وردها المقاول واستعملها في البناء كانت مسوسة، فإن المقاول يضمن هذا العيب، وإن لم ينتشر السوس في الخشب إلا بعد القبول، أما إن لم يصب الخشب بهذه الحشرة إلا بعد القبول فلا ضمان على المقاول⁽¹⁾.

(ب) - مدة ضمان العيب الخفى :

يذهب رأى إلى أن المقاول يبقى ضامنا للعيب الخفى المدة القصيرة التي يقضى بها عرف الحرفة، لأن العرف في عقد المقاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان. وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمنيا عن دعوى الرجوع بالضمان على المقاول.

ويستند هذا الرأى في ذلك إلى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصا في هذا المعنى، فكانت المادة 900 من المشروع تنص على ما يأتى: "1- على رب العمل، فى المقاوالت الصغيرة، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل.

2- أما فى المقاوالت الكبيرة فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد من 894 إلى 896 ودعاوى المسئولية الأخرى التى تستند إلى القانون العام فى العيوب غير المشار إليها فى هذه المواد، يجب رفعها خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب"، وأن لجنة المراجعة قد حذفت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التى تستند إلى القانون العام فى الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاوالت الكبيرة والصغيرة أولا، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التى تستند إلى القانون العام ثانيا.

(مجموعة الأعمال التحضيرية جزء 5 ص 30-231)⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن التزام المقاول بضمان العيب الخفى لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة⁽²⁾.

ويرد أنصار هذا الرأى على ما يوجهه خصومه من نقد بمقولة إنه يؤدى إلى أن تكون مسئولية المقاول عموماً أشد من المسئولية الخاصة التى قررها المشرع لمقاولى البناء والمهندسين المعماريين فى المادة 651، والتى تشترط للمساءلة أن يظهر العيب فى خلال عشر سنوات من وقت قبول العمل، فى حين أن قصد المشرع واضح فى أن تكون مسئولية مقاولى البناء مسئولية خاصة مشددة عن المسئولية التى تملئها القواعد العامة على المقاولين، وما يراه هؤلاء الشراح من أن احترام قصد المشرع لا يتحقق إلا بتقرير أن قبول العمل فى غير الحالات التى تحكمها المادة 651، يعفى المقاول من العيوب التى قد توجد فى عمله، سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أم خفية. ويبررون هذا الحكم بأن المشرع أراد أن يحسم النزاع حول هذه العيوب بمجرد القبول، لأن إباحة إثارتها لمدة طويلة بعد ذلك يهدد استقرار المعاملات، فضلاً عن صعوبة إثبات عيوب العمل إذا مضى وقت طويل على إقرار رب العمل له.

وهذا الرد يتمثل فى أن الأحكام الخاصة بمسئولية مقاولى المبانى والمهندسين المعماريين تظل أشد من الأحكام العامة فى المسئولية عن العيوب الخفية، بالرغم من تقرير عدم تقادم دعوى الضمان إلا بمضى خمس عشرة سنة، ذلك أن المشرع لم يلزم مقاولى المبانى بمجرد ضمان العيوب التى تكون فى عملهم وقت القبول، بل جعلهم ضامنين لما ينشأ من هذه العيوب بعد ذلك فى خلال المدة المحددة قانوناً، فوجه التشديد فى مسئولية مقاولى البناء لا يبدو إذن فى إطالة المدة التى يجوز فيها رفع دعوى المسئولية، وإنما فى أن هؤلاء الأشخاص يضمنون عيوب المبانى ولو كانت حديثة، أى ولو طرأت بعد قبول العمل مادام ذلك قد تم فى خلال المدة المحددة فى القانون، فى حين أن القواعد العامة فى مسئولية المقاولين (غير مقاولى البناء) لا تلزمهم إلا بضمان العيوب القديمة التى كانت موجودة فى العمل وقت معاينته وإقراره. وعلى ذلك فالرأى الذى لا يجعل للقبول أثراً على التزام المقاول بضمان العيوب الخفية، لا يخالف قصد

(1) السنهاورى ص 127 وما بعدها وهامش (1) - قدرى الشهاوى ص 151.

(2) محمد لبيب شنب ص 118 وما بعدها - فتية قره ص 146 وما بعدها.

المشرع، ويمكن إعماله في ضوء النصوص القائمة⁽¹⁾.

(ج) - عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام:

من المتفق عليه أن أحكام الضمان سالفة الذكر لا تتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز اتفاق الطرفين على ما يخالفها سواء بالتشديد أو بالتخفيف أو الإعفاء من الضمان كلية.

فيجوز الاتفاق على تشديد الضمان، بتحديد مدة للضمان ولو كان العيب في العمل المسلم إلى رب العمل واضحاً، والاتفاق أيضاً على أن ذلك لا يمنعه من الرجوع بالضمان فيما بعد إذا ظهر في العمل عيب ولو كان واضحاً.

ويجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه، بالاتفاق على إعفاء المقاول من الضمان ولو كان العيب خفياً.

غير أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو خطئه الجسيم. إذ يقع هذا الاتفاق باطلاً.

وكانت المادة 899 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص صراحة في هذا المعنى على أن:

"1- في المقاولات الصغيرة، يجوز للمقاول أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن العيب، أو أن يحدد من مسؤوليته عن ذلك. ولكن هذا الشرط يكون باطلاً إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر.

2- أما في المقاولات الكبيرة، فيكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد 894 إلى 896، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان". وقد حذفت الفقرة الأولى وعبارة "أما في المقاولات الكبيرة" الواردة في صدر الفقرة الثانية في لجنة المراجعة، وعملت اللجنة الحذف بأنه: "لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة". وعُدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعماري والمقاول⁽²⁾.

وتختلف هذه الأحكام عن أحكام ضمان المهندس المعماري والمقاول بالنسبة لعيوب البناء فهي - كما سنرى - مما يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما

(1) محمد ليبب شنب ص 119 وما بعدها - فتحيه قره ص 147 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 28 وما بعدها.



مادة (651)

- "1- يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.
- 2- ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.
- 3- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل.
- 4- ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

الشرح

103- الأشخاص المسئولون عن عيوب البناء :

تنص المادة على أن: "يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيده من مبان... إلخ".

وكانت المادة 500/409 من التقنين المدنى القديم تقضى بأن: "المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء.. إلخ".

ومن ثم فإنه سواء فى ظل التقنين المدنى الجديد أو التقنين المدنى القديم لا يسأل عن عيوب البناء إلا المهندس المعمارى أو المقاول دون غيرهما⁽¹⁾.

(1) الدكتور عبد الرزاق حسين يس المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء الطبعة الأولى 1987 ص 408 وما بعدها.

ونعرض فيما يلي لتعريف المهندس المعماري والمقاول.

104- (أ) - المهندس المعماري :

يقصد بالمهندس المعماري architecte فى هذا المجال الشخص الذى يعهد إليه رب العمل فى وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى. وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة عليه.

ويعرفه ميثاق المهنة الهندسية بأنه فنان ومهنى يمارس مهنة حرة غير تجارية⁽¹⁾. وقد عرفته لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات التى أقرتها الجمعية العمومية لنقابة المهندسين يوم 17 مارس 1977 فى المادة الأولى (ب) منها بأنه: "الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الابتكارى والتنفيذ. وله إلمام تام بفن وعلوم البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم فى التعمير والتشييد فى نطاق التخطيط العام. ويتمتع بالحماية القانونية التى تتطلبها مهنته.

واشترطت أن يكون حائزا على بكالوريوس فى الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون المهندسين وأن يكون عضوا بنقابة المهندسين.

والمهمة الأساسية للمهندس المعماري هى وضع التصميم، أما أعمال الإشراف على التنفيذ فهى غالبا ما تسند إلى شخص غيره. وهذا ما جعل قضاء النقض الفرنسى يقرر بأن الأصل هو اقتصار مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم، ما لم يوجد فى العقد نص يقضى بغير ذلك⁽²⁾.

والشخص الذى يضع الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة بناء، ويشرف على تنفيذها يعتبر فى حكم المادة 651 مهندسا معماريا، ويكون مسئولا، سواء كان له الحق قانونا فى حمل هذا اللقب، أو لم يكن له، ذلك أن العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعماري، بل بطبيعة الأعمال التى يقوم بها.

(1) الدكتور سمير كامل التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء 1995-1996 ص 19.

(2) نقض مدنى فرنسى 24 مارس 1965 مشار إليه فى سمير كامل ص 20 هامش (7).

ومن ثم فلا يشترط أن يكون حاصلًا على مؤهل فنى فى هندسة المعمار . فالمهندس الميكانيكى إذا قام بمهمة المهندس المعمارى كان ملزماً بالضمان⁽¹⁾. والمقاول الذى لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل، إذا وضع التصميم فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعمارى، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وعلى عكس ذلك توسع بعض التقنيات من دائرة هذه المسئولية الخاصة، فتجعلها شاملة أيضاً المهندس الميكانيكى (تقنين الالتزامات السويسرى م 371 والتقنين التونسى م 876 والتقنين اللبنانى م 668). أما المشروع فهو يحافظ على النطاق التقليدى لهذه المسئولية، فيجعلها شاملة للمهندس المعمارى والمقاول، ولا يطبقها على المهندس الميكانيكى إلا إذا قام بوظيفة المعمارى"⁽²⁾.

وإذا كانت لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية فى مصر تشترط فى المهندس المعمارى أن يكون حاصلًا على بكالوريوس فى الهندسة المعمارية، أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة المهندسين، وأن يكون عضواً فى نقابة المهندسين، فإن هذا من باب التنظيم المهنى، وحتى يسمح للفرد بحمل لقب "مهندس معمارى" ولا شأن لذلك بالمسئولية المنصوص عليها بالمادة 651 مدنى. وإذا اشترك عدة مهندسين معماريين، أو أشخاص آخرون، فى القيام بمهمة المهندس المعمارى كانوا جميعاً مسئولين، كل فى حدود ما قام به من أعمال فى نطاق هذه المهمة⁽³⁾. فمثلاً قد يعهد رب العمل إلى مقاول لوضع الأساس، ويعهد إلى آخر بأعمال النجارة وإلى ثالث بأعمال الدهان والبياض وهكذا.

فكل من هؤلاء يعتبر مقاولاً فى حدود الأعمال التى يقوم بها، ويكون ملزماً بالضمان فى هذه الحدود.

ويتعين على المهندس وهو يقوم بالتصميم أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق سواء ما كان منها مفروضاً بحكم

(1) محمد لبيب شنب ص 122 - عبد الرزاق حسين يس ص 417 - سمير كامل ص 20.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 21 وما بعدها.

(3) السنهاورى ص 137 وما بعدها - عبد الرزاق حسين يس ص 418.

القانون أو تأسيساً على الارتفاق أو بسبب موقع الأرض، وله فى سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض التى تقرر إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله فإذا امتنع عن تقديمها كان من الأحوط له أن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التى لم يحط بها علماً.

وليس هناك ما يمنع من أن يضع التصميم شخص آخر غير المهندس المعماري فيجوز للمقاول أن يضعه بنفسه وفى هذه الحالة يكون مسئولاً عن عيوب التصميم ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذى تسمح به المقدرة الفنية لشخص فى مستواه.

ويجوز لرب العمل أن يضع التصميم بنفسه فإذا ظهر به عيب فلا يلومن إلا نفسه ولا يجوز له الرجوع على أحد⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 12 من القانون رقم 106 لسنة 1976 فى شأن توجيهِ وتنظيم أعمال البناء (المستبدلة بالقانون رقم 101 لسنة 1996) على أن:

"يجب على المالك أو من يمثله قانوناً أن يخطر الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بعزمه على تنفيذ الأعمال المرخص بها.

ومع مراعاة أحكام قانون نقابة المهندسين يلتزم المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابى معمارى أو مدنى بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها إذا زادت قيمتها على عشرة آلاف جنيه، ويكون المهندس مسئولاً مسئولية كاملة عن الإشراف على تنفيذ هذه الأعمال وتحدد اللائحة التنفيذية الحالات التى يلزم فيها الاستعانة بأكثر من مهندس نقابى من ذوى التخصصات المختلفة تبعاً لنوعية الأعمال المرخص بها.

وفى حالة تخلى المهندس المشرف على التنفيذ عن التزامه فعليه أن يخطر المالك أو من يمثله قانوناً والجهة الإدارية المختصة بذلك كتابة قبل توقفه عن الإشراف بأسبوعين على الأقل ويوضح فى الإخطار أسباب التخلّى وفى هذه الحالة يلتزم المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابى آخر فى ذات التخصص بالإشراف على التنفيذ وإخطار الجهة الإدارية بذلك.

(1) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء 1988 ص 1356 وما بعدها.

وفى حالة انقضاء مدة الأسبوعين المشار إليها فى الفقرة السابقة دون أن يعهد المالك بالإشراف إلى مهندس آخر توقف الأعمال ولا تستأنف إلا بتعيين المهندس المشرف.

وعلى المهندس المشرف على التنفيذ أن يخطر الجهة الإدارية المختصة كتابة بأى أعمال مخالفة فور وقوعها أيا كان مرتكبها مالم يتم تصحيحها".

فبالرغم من أن القانون المدنى وهو بصدد تنظيم عقد المقاوله تضمن أحكاما نص عليها فى المادة 651 سالفه الذكر ومؤداها تضامن المهندس المعمارى والمقاول فى ضمان عيوب البناء، وبالرغم من أن المادة 11 من القانون رقم 106 لسنة 1976 (المعدل) أوجبت الالتزام فى التنفيذ بالأصول الفنية بالتزخيص الممنوح إلا أن المادة (12) حرصت - مع مراعاة قانون نقابة المهندسين - على إلزام المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابى معمارى أو مدنى بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ويكون مسئولا مسئولا كاملة عن الإشراف الدائم على تنفيذ هذه الأعمال إذا زادت قيمتها على عشرة آلاف جنيه.

ولذلك أوجبت المادة (25) من اللائحة التنفيذية للقانون على المرخص له فى حالة زيادة قيمة الأعمال المرخص بها على عشرة آلاف جنيه وقبل الشروع فى الأعمال إخطار الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بعزمه على تنفيذ الأعمال مرفقا به تعهد من أحد المهندسين المعماريين أو الإنشائيين بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها، وأيضا صورة التعاقد مع أحد المقاولين المصنفين والأعضاء بالاتحاد العام لمقاولى التشييد والبناء على أن يقوم المهندس المختص بتحديد خط التنظيم أو حد الطريق أو خط البناء بحسب الأحوال، ويتم هذا التحديد خلال سبعة أيام من تاريخ الإخطار، ويثبت تاريخ التحديد على ترخيص البناء، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يتم التحديد جاز للمرخص له أن يقوم بهذا التحديد طبقا للبيانات المدونة بالرخصة وتحت مسؤوليته، وهذا تأكيد لمسئولية المهندس المشرف على التنفيذ.

105- (ب) - المقاول :

المقاول هو كل شخص يعهد إليه رب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى فى مقابل أجر، وفق التصميمات والنماذج والرسوم الموضوعة من قبل المهندس المعمارى أو رب العمل. دون أن يخضع فى عمله لإشراف أو إدارة رب العمل. ويستوى أن تكون المواد التى أقام بها هذه المباني أو المنشآت قد أحضرها من عنده

أو قدمها له رب العمل.

هذا هو الدور الأساسى للمقاول فى تنفيذ عقد المقاولة والذى يترتب على الإخلال به انعقاد مسؤوليته العقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال.

أما إذا لم يقف المقاول عند دوره الأساسى هذا، بل تعداه إلى القيام بدور المهندس المعماري، من وضع للتصميمات والرسوم والنماذج كما يحدث أحيانا، وكان بها عيب أدى إلى التهدم الكلى أو الجزئى فى البناء، أو إلى ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته، اعتبر هذا المقاول بهذا مهندسا معماريا فيما يتعلق بتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة عليه، وكان ملتزما بضمان هذه الأعمال ضمانا عشريا بصفته مهندسا معماريا إلى جانب صفته الأصلية كمقاول⁽¹⁾.

ولا يمنع من قيام الضمان تعدد المقاولين كأن يعهد إلى مقاول بوضع الأساس، ويعهد بأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وجدران وغير ذلك إلى مقاول آخر ويعهد إلى مقاول ثالث بأعمال النجارة وهكذا. وفى هذه الحالة يكون كل مقاول منهم ملزما بالضمان فى حدود العمل الذى عهد به إليه وإذا استخدم المقاول مساعدين يعاونونه فيما يقوم به من أعمال كان مسئولاً عن أعمالهم ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذى باشروا بذاته وبشخصه، حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم فى مسؤولية المتبوع عن التابع، كما لو كانوا مقاولين من الباطن.

وإن كان الغالب أن المهندس المعماري يكون وكيلا عن رب العمل، وكالة صريحة أو ضمنية، فإنه يحدث أحيانا، أن يوكل رب العمل المقاول فى بعض شؤونه المتعلقة بالعمل محل الوكالة وكالة صريحة أو ضمنية أيضا. ويكون هذا الأخير وكيلا عنه بمقتضى هذه الوكالة وفى حدودها، ويسأل عقديا عن إخلاله بأحد التزاماتها.

106- ضرورة وجود عقد مقاولة :

لا يقوم ضمان المهندس المعماري أو المقاول طبقا للمادة (651) مدنى، إلا إذا وجد عقد مقاولة بين رب العمل وبين المهندس المعماري أو المقاول.

وقد سبق أن عرفنا عقد المقاولة، بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م 646 مدنى).

والعبرة بالتكليف القانونى الصحيح للعقد الذى يسبغه عليه قاضى الموضوع، لا بما يطلقه عليه المتعاقدون من وصف المقاوله. غير أنه يستوى أن يكون أجر المهندس المعماري أو المقاول قد حدد جزافا أو حدد بسعر الوحدة أو كان أجرا ثابتا يعطى لهما طوال مدة العقد.

وبالترتيب على ذلك إذا ثبت أن العقد الذى يربط رب العمل بمن يقوم بالعمل، عقد عمل أو عقد وكالة، فلا يجوز الرجوع عليه بمقتضى أحكام الضمان الواردة بالمادة. وإنما يجوز الرجوع عليه وفقا لأحكام عقد العمل فى الحالة الأولى وأحكام الوكالة فى الحالة الثانية.

وإذا كان العقد بغير أجر، فإنه يكون عقدا غير مسمى، ويسأل من قام بالعمل طبقا للقواعد العامة.

ولما كان العقد هنا من عقود التبرع فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولا إلا عن الغش والخطأ الجسيم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التى تهدد سلامته أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها فى المادتين 651، 652 من القانون المدنى، فهو ينشأ عن عقد مقاوله يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاوله فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسئوليته للقواعد العامة فى المسئولية المدنية. وإذا كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى - وهى صاحبة العمل - أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصر على حساب تكاليف الإنشاءات الخراسانية كمشورة فنية مجانية قدمها للمرحوم المهندس..... بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التى تلقاها منه وأن مهندسا آخر هو الذى قام بوضع التصميم النهائى للبناء، فإن الحكم المطعون فيه، وقد انتهى فى قضائه إلى أن الطاعن مسئول عن ضمان العيوب التى ظهرت فى البناء باعتباره المهندس المعماري الذى قام بوضع التصميم مع ما ذهب فى أسبابه من أن المرحوم المهندس مورث المطعون ضدها الثلاثة الآخرين كلف آخر بعمل رسومات "الفيلا" ودون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعنين والمطعون ضدها

الأولى ليستين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقالة، أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان عن حساب تكاليف الإنشاءات الخراسانية "للفيلا" وذلك تحقيقاً لدفاع الطاعن الجوهري، الذي إن صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور فى التسبب".

(طعن رقم 241 لسنة 40 ق جلسة 1975/5/21)

2- "إذا كان الثابت أن الطاعن - المقاول - أقام دعواه بطلب الحكم بالإلزام المطعون عليه بقيمة المباني موضوع النزاع على أساس أنه أقام هذه المباني لصالح المطعون عليه على أرض مملوكة للأخير دون أن توجد بينهما رابطة عقدية، وهو ما يخوله إثبات هذه الواقعة المادية بكافة الطرق حتى لا يثرى المطعون عليه على حسابه بلا سبب فإنه مفاد ذلك أن الطاعن لا يستند إلى عقد مقالة كسبب لدعواه بل يستند فى ذلك أصلاً إلى أحكام الإثراء بلا سبب".

(طعن رقم 29 لسنة 41 ق جلسة 1976/3/16)

وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على أن يقوم المهندس بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية.

إذ قضت بجلسته 1967/5/16 فى الطعن رقم 223 لسنة 33 ق بأن:

"إن المشرع إذ جمع العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المدنى، ونظم أحكام عقد المقالة فى الفصل الأول من الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل منفصلاً عن عقد الإيجار وقد كان وارداً فى القانون القديم فى باب الإيجار تحت عنوان "إيجار الأشخاص وأهل الصنائع"، وعرف المشرع المقالة فى نص المادة 646 بأنها "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسؤولية عن تهديم البناء وسلامته شاملة المهندس المعماري والمقاول على سواء مالم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما فى ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه، فإن المستفاد من ذلك - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا

الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذى وصلت إليه أعمال المقاولات فى صورها المختلفة، وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايضة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولة عليه".

(طعن رقم 323 لسنة 33 ق جلسة 1967/5/16)

107- عدم سريان الضمان على المقاولين من الباطن :

تنص الفقرة الرابعة من المادة 651 مدنى على أن: "ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن". فإذا تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير ببعض الأعمال كالأعمال الصحية أو النجارة، فلا يكون المقاول من الباطن ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلي أو نحو رب العمل إلا بمقدار ما تقتضى به القواعد العامة. والسبب فى ذلك أن الضمان الوارد بالمادة 651 ضمان مشدد، اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس. فرب العمل يكون عادة رجلاً غير فنى وغير خبير. فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة. وليس هذا هو مركز المقاول الأصلي من المقاول من الباطن، فكلاهما من أهل الفن والخبرة، ولا يوجد مقتضى لحماية مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن، وكفى فى حماية حقوق المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة فيها الغناء⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بتقرير لجنة الشؤون التشريعية فى مجلس النواب أنه :

"... ثم استفسرت اللجنة عما إذا كانت المسئولية الاستثنائية الواردة فى المادة 679 المشار إليها تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فأجيب بأن الفقرة الثالثة من المادة ذاتها صريحة فى أن هذه المسئولية الاستثنائية استحدثتها المشروع إلى جانب المسئولية المقررة بالقواعد العامة لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس من الناحية الفنية. أما المهندس والمقاول من الباطن فهما من الناحية

الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما⁽¹⁾. ولا يكون المقاول من الباطن مسئولا تجاه رب العمل بالضمان، لأنه لا توجد رابطة عقدية بينهما، والمقرر أن المادة 651 إنما تنظم المسئولية العقدية للمقاول، مع ملاحظة أن نزول المقاول عن المقاولة إلى غيره، لا يخل بحق رب العمل في الرجوع عليه كما لو كان هو الذى قام بالعمل، مادام لم يقبل هذا النزول ولم يقصد إبراء المقاول الأصلي من التزاماته. ومن ثم لا يكون له الرجوع على المقاول من الباطن إلا طبقا للقواعد العامة⁽²⁾.

108- يجب أن ترد المقاولة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى :

يجب لإعمال أحكام الضمان المنصوص عليها بالمادة أن ترد المقاولة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى.

ويقصد بالمبانى كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الإنسان، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وتوفر له حماية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية، وأيا كانت المواد التى شيدت منها، سواء كانت بالطوب أو بالحجارة، أو بالخشب أو بالحصير، كالمساكن المبنية من الخشب والحصير والعشش فى رأس البر، وكما هو الشأن فى كباين الاستحمام. فالشرط أن يكون البناء ثابتا فى مكانه لا يمكن نقله دون هدمه. كالأكشاك والمنازل القابلة لل فك والتركيب.

وعلى ذلك قد يكون البناء منزلا أو فيلا أو عمارة أو مدرسة أو مستشفى أو مصنعا أو متجر أو مخزنا أو مسجدا أو كنسية أو معبدا أو دارا للخيالة، أو محلا لبيع البضائع أو تقديم الطعام والشراب.

أما المنشآت الثابتة الأخرى غير المبانى كالكبارى والقناطر والسكك الحديدية والبوابات والمداخل والمزلقانات. فقد انقسم رأى فى شأنها. فذهب رأى إلى أنها لا تدخل فى الضمان المنصوص عليه بالمادة إذ لا يمكن اعتبار هذه الأعمال من قبيل تشييد المبانى وإقامة المنشآت الثابتة. وأنه يلاحظ فى هذا الشأن اختلاف عبارة القانون المصرى عن عبارة القانون الفرنسى فى المادة 2770 حيث تتكلم عن الأعمال

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 23.

(2) محمد لبيب شنب ص 123 - الدناصورى والشواربى ص 1360.

الكبرى⁽¹⁾.

بينما ذهب الرأى الغالب - الذى نؤيده - إلى اعتبار هذه الأعمال من قبيل المنشآت الثابتة على اعتبار أنه لا يتحتم فى المنشآت الثابتة فى المفهوم الواسع أن تكون فوق الأرض، بل يصح أن تكون تحت الأرض أو فى مستواها أو أعلاها. ومؤدى ما تقدم أنه يجب أن تدخل هذه الأعمال فى دائرة أعمال البناء والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة 651 مدنى حيث تقول إن الضمان يشمل ما يحدث فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ذلك أن كلمة شيدوه أو أقاموه، تدل بوضوح على ضرورة اقتصار الأعمال على أعمال التشييد والبناء دون غيرها من الأعمال الأخرى التى يمكن أن يؤديها المهندس أو المقاول⁽²⁾.

ويدخل فى هذه الأعمال أعمال التعلية والتعديل والتحديد والتوسعة والترميم، بشرط أن يكون الترميم واقعا على الأجزاء الرئيسية للمبنى، وهى الأجزاء التى تعتمد عليها متانة المبنى وسلامته⁽³⁾.

أما العقارات بالتخصيص، ومنها الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية، فلا تدخل فى نطاق المنشآت لأنها بطبيعتها منقول غير ثابت.

ويستثنى من ذلك المصعد الكهربائى، فيعتبر فى حكم المبنى الملحق به، فالمصعد وهو يرتفع ويهبط فى حكم الثابت فى مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة فى تحركه، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة⁽⁴⁾.

ولا تدخل أعمال البياض والدهان وأعمال الزخرفة فى نطاق النص لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته⁽⁵⁾.

109 - المستفيدون من الضمان :

(1) محمد لبيب شنب ص 126 - محمد عبد الرحيم عنبر ص 194.

(2) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى ص 1362 - السنهورى ص 135 - محمد كامل مرسى ص 499.

(3) محمد لبيب شنب ص 125 وما بعدها.

(4) السنهورى ص 134 وما بعدها هامش (1).

(1) السنهورى ص 135 هامش (1) - الدناصورى والشواربى ص 1363 - محمد لبيب شنب ص

يفيد من الضمان المنصوص عليه بالمادة رب العمل. ورب العمل بهذه الصفة لا يشترط أن يكون هو الذى أبرم عقد المقاولة بنفسه، وإنما يكفى أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه، ولحسابه الخاص عن طريق وكيل عنه، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية.

كذلك لا يشترط أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التى يقام عليها البناء، أو يشيد فوقها المنشأ الثابت، فقد تكون الأرض غير مملوكة له، وإنما بنى أو أعطى لغرض ما وبأى طريقة كانت حق البناء عليها لحسابه الخاص.

وقد يكون رب العمل شخصا طبيعيا كفرد معين أو شخصا معنويا، شركة أو مؤسسة أو جمعية. كذلك قد يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص، كفرد أو شركة عقارية تجارية أو مدنية، أو شخصا من أشخاص القانون العام، كالدولة أو هيئة عامة أو وحدة من وحدات الإدارة المحلية⁽¹⁾.

ورب العمل هو الذى يفيد من الضمان لأنه هو الذى يصاب عادة بالضرر من جراء تدهم البناء أو تعيبه، فكان من العدل أن يكون هو المستفيد الأساسى من الضمان. فيرجع بالضمان على المهندس المعماري أو على المقاول أو عليهما معا متضامنين. وإذا مات رب العمل فإن ورثته يحلون محله بالضمان بوصفهم خلفا عاما له عن جميع حقوقه فى الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول. إذ تقضى المادة 145 مدنى بأن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام.... إلخ.

ويجوز لدائنى رب العمل أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان. ويجوز للخلف الخاص لرب العمل الرجوع بالضمان على المهندس المعماري أو المقاول، كما إذا انتقلت ملكية البناء بالبيع أو الهبة، فيستطيع المشتري أو الموهوب له الرجوع بهذا الضمان باعتبارهما خلفا خاصا إعمالا لنظرية الاستخلاف فى الحقوق والالتزامات المنصوص عليها بالمادة 146 مدنى التى تجرى على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه".

110- الأضرار التى يسأل عنها المهندس المعمارى والمقاول :

تنص المادة 651 مدنى على أن ضمان المهندس المعمارى والمقاول يكون عما يحدث من تدهم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت، وما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. فالمهندس أو المقاول لا يضمن طبقا للمادة المذكورة عن كل ضرر يصيب المبانى والمنشآت، وإنما تقتصر مسؤوليته طبقا لهذه المادة عن التدهم الكلى أو الجزئى والعيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

والمقصود بالتدهم الكلى أو الجزئى انحلال الرابطة التى تربط أجزاءها بعضها ببعض، سواء فى المبنى كله أو جزء منه.

والتدهم الكلى أو الجزئى قد يرجع إما إلى عيب فى الصنعة أو فى التصميم، أو فى الأرض، وقد نصت المادة صراحة على الحالة الأخيرة بقولها: "... وذلك ولو كان التدهم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها".

ولا يشترط أن يكون خطر التدهم متحققا وداهما أو وشيك الوقوع، بل يكفى أن يتثبت قاضى الموضوع أن الخلل أو العيب المكتشف فى البناء قد بلغ حدا من الجسامة تجعله يعرض متانة البناء أو سلامته للخطر⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يصل الضرر إلى حد التدهم الكلى أو الجزئى للبناء، بل يكفى أن يظهر فيه عيب يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته.

فلم يأخذ النص فى ذلك بمطلق العيب وإنما قيده بوصف معين تطلبه صراحة بحيث يترتب على وجوده فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر تهديد لمتانته وسلامته.

وهذا العيب قد يكون ناشئا عن التصميم أو عن استعمال أدوات معيبة أو عن ضعف الأساس أو عن المواد التى استعملت فى البناء كأن تكون غير صالحة مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها. أو ناشئا عن عدم اتخاذ الاحتياطات المعتادة ضد الحريق⁽²⁾. أو عن عدم مراعاة القوانين واللوائح التى ينتج عنها أضرار للجيران أو مخالفة التزام بالهدم، أو إذا أهمل مراعاة خط التنظيم أو حصل تجاوز للارتفاع المرخص فيه.

(1) الدناصورى والشواربى ص 1363.

(1) محمد كامل مرسى ص 499.

وقد يكون العيب فى الأرض - كما ذكرنا سلفا- كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التى تملئها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبه. إنما يجب أن يكون العيب فى الأرض مما يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن، أما إذا استحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة، ولا يكون المهندس مسئولا عنه.

وفى هذا جاء بتقرير لجنة الشؤون التشريعية فى مجلس النواب بأن :

"استفسرت اللجنة فى صدد المادة عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أن يكون المهندس مسئولا عنه؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن أما إذا استحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد، فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة، ولا يكون المهندس مسئولا عنه، وقد ورد هذا الحكم فى المادة 681 (680)"⁽¹⁾.

وسواء كان العيب فى المواد المستعملة فى البناء أو فى أصول الصناعة أو فى الأرض فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته :

وبالترتيب على ذلك إذا كان العيب فى الدهان أو الزخرفة أو البياض أو فى نوعية أخشاب النوافذ أو فى الأبواب أو فى الزجاج أو تجليد الحوائط أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه الحوائط من جمال فنى.... أو غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه تهديد سلامة البناء أو متانته فإنه لا يوجب الضمان العشرى وتسرى فى شأنه القواعد العامة. والتى سبق أن عرضنا لها.

الشرط الثانى :

أن يكون العيب خفيا :

يشترط لتحقيق الضمان المنصوص عليه فى المادة أن يكون العيب خفيا بحيث لا يكون فى استطاعة رب العمل اكتشافه وقت التسلم، أما إذا كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل

عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له لأن تسلم العمل بغير تحفظ يعد نزولا منه عن الضمان، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفترض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش. والتسليم الذي يترتب عليه هذه النتيجة هو التسليم النهائي، دون التسليم المؤقت، فالتسليم المؤقت لا يسقط الحق في الرجوع بالضمان. ويعتبر من قبيل العيوب الظاهرة عدم مطابقة سمك الجدران لما هو متفق عليه، وكون سياج السلم منخفضا جدا، واستعمال خشب من صنف سيئ في أرضية البناء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن عقد استئجار الصانع لعمل معين، بالمقابلة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه أو العمل الذي يقوم به، يعتبر - بحسب الأصل - منتهيا بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسليم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه. لكن القانون المصري - على غرار القانون الفرنسي - قد جعل المقاول والمهندس ضامنين متضامنين عن الخلل الذي يلحق البناء في مدة عشر سنوات ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض أو عن إذن المالك في إنشاء أبنية معيبة، بشرط ألا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة معدا في قصد المتعاقدين لأن يمكن أقل من عشر سنين (المادة 409 من القانون المدني المقابلة للمادة 1792 من القانون الفرنسي). فبذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المبنى ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقابلة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها. ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى في البناء خلا في متانته، وأن يكون خفيا بحيث لم يستطع صاحب البناء اكتشافه وقت التسلم. أما ما كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له".

(طعن رقم 57 لسنة 8 ق جلسة 1939/1/5)

غير أنه إذا كان العيب بالبناء طارئا أي طرأ بعد التسليم، فإنه لا يشترط بداهة أن يكون خفيا لأنه لم يكن موجودا في ذلك الوقت.

(1) محمد لبيب شنب ص 128 - محمد كامل مرسى ص 499.

111- من المسئول عن العيب الناشئ عن الأرض ؟

يكاد الإجماع ينعقد على أن دراسة التربة وفحص خصائصها يقع على عاتق المهندس المعماري، بل وتعتبر من أولى مهام وظيفته، لما يتوافر لديه من خبرة فنية في هذا المجال، ولما يملكه من عناصر التقدير لأهمية البناء أو المنشأ الثابت الآخر، المزمع إنشاؤه ومدى استجابة خصائص التربة له⁽¹⁾.

فضلا عن أن هذا الالتزام على المهندس المعماري يمليه الترتيب الزمني والتكامل الفنى لمهنة المهندس المعماري. ذلك أنه من المعلوم أن من أولى مهام هذه المهنة هو وضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع إنشاؤه. ووضع التصميمات هذه يقتضى عمل الخرائط والرسومات والنماذج والمقاييسات من وصفية وكمية وتقديرية أو تثمينية. وكل هذه أعمال لا يمكن للمهندس المعماري أن يقوم بها على الوجه الأكمل دون دراسة مستفيضة للتربة ومعرفة خصائصها ليعرف أى المواد أنسب للتنفيذ بها، ومقدار الكميات التى سيحتاجها هذا التنفيذ وأثمانها.

وهكذا فمعرفة هذا كله يقتضى بالضرورة معرفة كاملة بالأرض التى سيقام عليها العقار⁽²⁾، فالتصميم ليس مجرد مجموعة من الخطوط ترسم على الأوراق طولا وعرضا نتيجة تصور نظرى لبناء، يستحيل تطبيقه على الطبيعة المعدة له وإنما هو مجموعة متكاملة من الأعمال تسعى نحو تحقيق هدف واحد هو إقامة ذلك العقار المطلوب إنشاؤه على أساس سليم، وخال من العيوب التى تسبب تدهمه، أو تهدد سلامته ومثاقته.

وإذا تبين للمهندس من الأبحاث التى أجراها، وجود عيوب فى الأرض وجب عليه أن يخطر رب العمل بما ينبغى عمله من أجل تدعيم الأرض وتقويتها، وتعديل التصميمات الأصلية لمواجهة هذه الظروف الجديدة، فإذا رفض رب العمل زيادة فى التكاليف للقيام بذلك، أو كانت التربة غير قابلة للعلاج فيجب على المهندس أن يأمر بوقف الأعمال⁽³⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 136 - الدكتور محمد شكرى سرور - مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى دراسة مقارنة طبعة 1985 ص 81 - عبد الرازق حسين يس ص

711- فتحى غيث ص 54.

(2) فتحى غيث ص 54- عبد الرازق حسين يس ص 712.

(1) محمد شكرى سرور ص 81.

ولكن إذا كان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة، وكان من المستحيل على المهندس المعماري أن يكتشفه باتباع القواعد الفنية التي يتبعها مهندس حريص فطن، فإن هذا العيب يعتبر قوة قاهرة وبالتالي ينفى المسؤولية عنه. ومثال ذلك أن توجد أطلال مباني أثرية تحت الأرض على عمق كبير، في منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل، ولم يقل أحد بوجود آثار بها⁽¹⁾.

وعقد المقالة المبرم بين رب العمل والمقاول يفرض على الأخير أن ينبه رب العمل إلى العيوب الموجودة في التربة التي يستطيع كشفها أو ينبغى أن يكتشفها، لكونها لا تخفى على مقاول مجرب مثله ومن في مثل ظروفه ومن ذات مستواه المادى والفنى.

فإذا لم ينبه رب العمل إلى هذه العيوب كان مسئولاً مع المهندس المعماري عن الأضرار الناشئة عن هذه العيوب. كما أن مبدأ حسن النية في التنفيذ يوجب على المقاول أن ينبه المهندس المعماري المشرف على التنفيذ إلى هذه العيوب حتى يعمل على تداركها لأنه وإن كانت لا توجد علاقة تعاقدية بينهما إلا أنه يجمعها عمل واحد⁽²⁾.

أما إذا أصر المهندس المعماري على وجهة نظره، أو قرر للمقاول أنه عالج العيوب التي أشار إليها المقاول، فإنه يتعين على المقاول قبل المضى في التنفيذ أن يطلب منه أمراً كتابياً بالمرضى في التنفيذ على مسؤوليته الخاصة مع إحاطة رب العمل بذلك، وإلا كان مسئولاً مع المهندس المعماري عن الأضرار التي تحدث للمبنى.

أما إذا كان رب العمل هو الذى أقر بفحص التربة وبخلوها من العيوب، فإنه إذا كان غير متخصص في أعمال البناء، تعين على المقاول أن يمتنع عن التنفيذ، ولو أعطاه أمراً كتابياً بالمرضى في التنفيذ، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة 651 مدنى التي تقضى بـسريان الضمان العشري على المهندس المعماري والمقاول، حتى ولو كان رب العمل قد أذن في إقامة المنشآت المعيبة.

أما إذا كان رب العمل متخصصاً في أعمال البناء، فإنه لا مسؤولية على المقاول إذا مضى في التنفيذ⁽³⁾.

(2) محمد لبيب شنب ص 137- تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 23.

(3) عبد الرزاق حسين يس ص 714.

(1) عبد الرزاق حسين يس ص 715.

112- عدم اشتراط أن يكون العيب قديما :

لا يشترط أن يكون العيب فى البناء قديما، أى أن يكون موجودا وقت التسليم فسواء كان موجود قبل التسليم، أو وجدت جرثومته قبل التسليم كتسوس الخشب أو انتشار النمل الأبيض بجزئياته ثم ظهر العيب بعد التسليم، أو كان العيب قد طرأ بعد التسليم، ففى الحالتين يجوز لرب العمل الرجوع بالضمان على المهندس والمقاول ويعد هذا خروجا على القواعد العامة فى المسئولية الناشئة عن عقد المداولة، إذ لا يضمن المقاول عيوب عمله وفقا لهذه القواعد إلا إذا كانت قديمة، أى موجودة فى العمل عند تسليمه، أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا فى ذلك الوقت، أما مسئولية المهندس والمقاول وفقا للمادة 651، فتتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجودا فى المبنى وقت إقرار رب العمل له.

113- مدة الضمان :

تنص المادة 651 مدنى - كما رأينا - على أن مدة ضمان المهندس المعماري والمقاول عشر سنوات.

فيضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد فى خلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته (م 651 مدنى).

فقد قدر الشارع مدة عشر السنوات لاختبار متانة البناء وصلابته، وحسن تنفيذ كافة الأعمال المتعلقة به. وصلاحيته لأداء الغرض الذى أنشئ من أجله. فاكفى بها مدة للضمان، بحيث لو نقصت عن ذلك، لما كانت كافية لأن يحدث فيها التهدم، أو يظهر فيها العيب المعتبر قانونا، وبذلك تذهب الحكمة من تقرير هذا الضمان، وكذلك لو قدر الضمان بأكثر من ذلك، لكان عبئا ثقيلًا على المهندس المعماري والمقاول، وهو أمر غير مرغوب فيه، لما يترتب عليه من صيرورة هذا الضمان سيفًا مسلطًا عليهما، وربما كان عائقًا لهما - لا سيما المهندس المعماري - عن الابتكار والتجديد فى مجال نحن أحوج ما نكون فيه إلى ذلك (1).

وسبب الضمان الراجع إلى وضع التصميم يكون قائما قبل التسليم، بل قبل التنفيذ ويستمر هكذا قائما حتى بعد التنفيذ والتسليم، ولذلك يكون هذا السبب موجبا للضمان دون

حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه فهو قائم منذ البداية.

أما سبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجد قبل التسليم ويكون خفياً فيتسلم رب العمل الشيء دون أن يفتن للعيب. ومن ثم يكون العيب موجبا للضمان، دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه والسبب الذي يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذي يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم. فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن السبب الذي يطرأ بعد التسليم لا يكون موجبا للضمان، ولكن نظراً لخطورة المباني ووجوب امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول، فقد حدد المشرع مدة لذلك هي عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم. وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته، فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة، فقد انقضت مدة الضمان، ولا عبرة بالعيب الذي يظهر بعد ذلك، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها.

وإذا تهدم البناء بعد مضي أكثر من عشر سنوات، فإن رب العمل يلتزم بوصفه حارساً للبناء بتعويض من أصابه ضرر بسبب تهدم البناء، غير أنه لا يجوز لرب العمل الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول بالضمان بما دفعه للمضرور⁽¹⁾.

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات من وقت تسلم العمل، فيجب لإعمال مسئولية المهندس المعماري أو المقاول أن يحدث الضرر الذي يضمنه في خلال عشر سنوات تبدأ من وقت قبول العمل، أي من وقت معاينة رب العمل للبناء وإقراره بمطابقته لما هو متفق عليه، فإذا حرر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر، أما إذا لم يحرر محضر، وأمكن استخلاص القبول ضمناً من تسلم رب العمل للبناء بدون إبداء تحفظ، فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الاستلام، فإن لم يحرر محضر بالقبول ولم يثبت تاريخ شغل رب العمل للمكان، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول، سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه، أو أناب عنه المهندس المعماري، وذلك على

(2) السنهوري ص 154 - محمد لبيب شنب ص 132 - وعكس ذلك نقض فرنسي 28 يونية سنة 1938، وأساس الرأي المخالف أن المضرور لو طالب المقاول مباشرة، ما كان لهذا الأخير أن يدفع هذه المطالبة بمضي عشر سنوات على قبول رب العمل للبناء، لأن مسئولية المقاول تجاهه مسئولية تقصيرية.

أساس أن عمل هذه التسوية يفيد القبول من وقتها على الأقل⁽¹⁾.

وإذا كان محضر التسليم قد حرر بعد التسلم الفعلي، فالعبرة بتاريخ التسلم لا بتاريخ المحضر، وكذلك الأمر فيما لو سبق التسلم الفعلي تسوية الحساب مع المقاول. فالعبرة بتاريخ التسلم الفعلي. أما إذا كان التسلم قد سبق إنجاز العمل، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسلم الفعلي.

أما إذا أبى رب العمل التسلم، فإن المدة تبدأ من وقت إعداده. وإذا كان التسليم على عدة دفعات، فمن وقت تمام تسليم آخر دفعة إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة. أما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء⁽²⁾.
واقعة التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

وغالبا ما يكون متفقاً على أن يتم استلام العمل على مرحلتين: مرحلة يكون فيها الاستلام مؤقتاً وتستمر فترة معينة، وبعدها يصبح الاستلام نهائياً، والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء معاينة دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه، إذ توجد عيوب لا يمكن اكتشافها إلا باستعمال البناء، ومن المقرر أن الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب العمل البناء، وبالتالي فإن مدة عشر السنوات لا تبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت، بل من تاريخ الاستلام النهائي بشرط أن يفيد القبول⁽³⁾.

ويقع عبء إثبات تسلم العمل وتاريخه على عاتق رب العمل، لأنه هو الذى يدعى الضمان الخاص، ويطلب الاستفادة من تطبيق قواعده. ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بمحضر التسليم إذا وجد أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك. أو بأية طريقة من طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن لأن التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق⁽⁴⁾.

ويبين من عبارة الفقرة الثانية من المادة 651 أنه يكفي لتحقيق الضمان وجود العيب

(1) محمد لبيب شنب ص 129.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر ص 203.

(1) محمد لبيب شنب ص 130 - السنهورى ص 154 وما بعدها هامش (2).

(2) الدناصورى والشواربى ص 1365 - محمد عبد الرحيم عنبر ص 204.

فى خلال هذه المدة، ولو لم ينكشف العيب إلا بعد انقضاء هذه. وفى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده كما سنرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تسلم رب العمل البناء تسليماً نهائياً غير مقيد بتحفظاً من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه فى إرساء الأساسات على أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لا يغطيه التسليم".

(طعن رقم 325 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

2- (أ) - "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تسلم رب العمل البناء تسليماً نهائياً غير مقيد بتحفظ ما وإن كان لا يسقط ضمان المقاول والمهندس عن العيوب الخفية التى لم يستطع صاحب البناء كشفها عند تسلم البناء إلا أن من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل".

(ب) - "إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن المطعون ضده تسلم المبنى محل عقد المقاولة المبرم بينهما بموجب محضر التسليم المؤرخ 1981/11/16 الذى تضمن تسوية الحساب بينهما بشأن الأعمال المتفق عليها فيه دون ثمة اعتراض من المطعون ضده بما يدل على قبوله للأعمال المتعلقة بالتشطيبات الظاهرة مما يعتبر نزولاً منه عن الضمان وكان من شأن هذا الدفاع - لو فطنت إليه المحكمة - تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه عدم مسئولية الطاعن عن العيوب الظاهرة، وكانت محكمة الموضوع قد التفتت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى ولم تعن بتمحيصه أو الرد عليه فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بقصور مبطل".

(طعان رقما 3246، 4591 لسنة 64 ق جلسة 1995/4/20)

3- "لما كان من المقرر قانونا أن مسئولية المقاول عن سلامة البناء لا تقوم أثناء تنفيذ عقد المقاولة فحسب وإنما تمتد إلى ما بعد تسليم البناء وذلك في حالة ما إذا كانت العيوب خفية لا يستطيع صاحب العمل كشفها أثناء التنفيذ، وهي مسئولية عقدية تتحقق إذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة أو انحرف عن أصل الفن وتقاليده الصنعة وعرفها أو أساء استخدام المادة التي قدمها من عنده والتي يستخدمها في العمل أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه".

(طعن رقم 1390 لسنة 69 ق جلسة 2000/7/1)

وإذا احتاج البناء إلى إصلاح، فقام به المقاول مقرا بمسئوليته عنه، ولم يكن من الممكن التمييز بين الأعمال الأصلية وأعمال الإصلاح التي أجريت قبل مضي مدة الضمان، فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ إتمام الأعمال الجديدة⁽¹⁾.

114- زيادة مدة الضمان :

إذا كان المقاول قد استعمل طرقا احتياطية لحمل رب العمل على قبول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها أى ارتكب غشا، فإن هذا القبول يكون باطلا، وبالتالي لا يتمتع على رب العمل الرجوع بالضمان ولو لم يقع التهدم أو يكشف العيب إلا بعد مضي عشر سنوات من تاريخ القبول فهو يلجأ إلى دعوى المسئولية التقصيرية، وهي لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش، وهذا عند من يقولون بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية⁽²⁾.

115- طبيعة مدة الضمان :

مدة الضمان المنصوص عليها بالمادة 651 مدنى هي مدة اختبار لمتانة البناء وصلابته وسلامته، وليست مدة تقادم، ولذلك فإنها لا توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه، أو كان رب العمل غير كامل الأهلية، أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائب يمثله قانونا (م382 مدنى). كذلك لا يرد

(1) محمد لبيب شنب ص 131- محمد شكرى سرور ص 264 وما بعدها.

(1) السنهورى ص 156 هامش (2) - محمد لبيب شنب ص 131.

عليها الانقطاع⁽¹⁾.

كما يجوز الاتفاق على إطالة مدة الضمان، كان تكون خمس عشرة سنة أو أكثر، وقد تقضى بذلك جسامة المنشآت ودقة العمل بها بحيث أن اختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات.

غير أنه لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان عن عشر سنوات، لأن المادة 653 مدنى تنص على أن يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه، وفي إنقاص مدة الضمان حد منه.

غير أنه إذا بدأ سريان مدة الضمان فإنه يجوز لرب العمل النزول عن جزء منها لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحققه - كما سنرى - فأولى أن ينزل عن بعض الضمان، ويتحقق ذلك عملاً بالألا يتمسك رب العمل بكمال المدة لدى القضاء، فيعتبر لهذا نزولاً منه عن حقه⁽²⁾.

116 - حالة تكون فيها مدة الضمان أقل من عشر سنوات :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 651 مدنى تنص على أن: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلى أو جزئى.. ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات".

ومفاد هذا أنه إذا قصد رب العمل والمهندس المعماري أو المقاول أن تبقى المباني والمنشآت الثابتة الأخرى مدة تقل عن عشر سنوات، فإن مدة الضمان تكون - بداهة - فى هذه الحالة أقل من عشر سنوات، ومثل ذلك أن يكون هناك معرض مدته سنة مثلاً، وأقام أحد العارضين مبنى فى المعرض يعرض فيه بضائعه، فإن المفروض أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة.

117 - أساس دعوى الضمان :

الضمان الخاص للمهندس المعماري والمقاول يقوم على المسئولية العقدية، لأنه يستند إلى الإخلال بالالتزام العقدى الذى أنشأه عقد المقاولة فى ذمة المهندس المعماري

(2) محمد لبيب شنب ص 129 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 507 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 157.

والمقاول بأن تكون المباني المشيدة خالية من العيوب، فإذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب، فقد تحققت المسؤولية العقدية للمهندس المعماري والمقاول، سواء نص عليها العقد أو لم ينص⁽¹⁾. لأن هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاوله بنص القانون. ويترتب على كون مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مسؤولية عقدية أنهما لا يلتزمان إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (م 221 مدني).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة 409 لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاوله، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاوله على البناء سواء أنص عليها في العقد أم لم ينص، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح".

(طعن رقم 57 لسنة 8 ق جلسة 1939/1/5)

2- "لم تشترط المادة 409 من القانون المدني القديم لقيام مسؤولية المقاول والمهندس المعماري غير حدوث خلل في البناء ولم تنقل عن التشريع الفرنسي ما تقضى به المادة 1792 من ضرورة حصول التهدم الكلي أو الجزئي، ومن ثم فإنه وفقاً لما جرى به قضاء هذه المحكمة يكفي لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به في البناء خللاً في متانته وأن يكون خفياً بحيث لا يكون في استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية مع فارق في مدة الضمان إذ جعلها القانون في حالة خلل البناء مدة عشر سنين كاملة".

(طعن رقم 80 لسنة 22 ق جلسة 1955/6/9)

3- (أ) - "يكفي لقيام الضمان المقرر في المادة 651 سالف الذكر حصول تهدم بالمبنى ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها وبحسب الحكم إقامة قضائه بمسؤولية المقاول طبقاً لهذه المادة على حدوث هذا التهدم خلال مدة الضمان".

(1) الدناصوري والشواربي ص 1368.

(ب) - "التزام المقاول والمهندس الوارد فى المادة 651 من القانون المدنى هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيدانه سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما".

(طعن رقم 325 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

4- "نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة 646 وما بعدها فى القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايضة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وجعل قواعد المسؤولية عن تدهم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه. ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ".

(طعن رقم 149 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27)

118- إثبات مسؤولية المهندس المعماري والمقاول :

ذكرنا سلفاً أن التزام المهندس المعماري والمقاول هو التزام بنتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، ومن ثم إذا شاء رب العمل الرجوع بالضمان على المهندس المعماري أو المقاول، وجب عليه إثبات وجود عقد مقاولة بينه وبينهما، وبإثبات حصول تدهم كلى أو جزئى فى البناء الذى أقاماه أو وجود عيب يهدد متانته وسلامته، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية العقدية. ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، كما يجوز للمحكمة ندب خبير للوقوف على ذلك.

غير أن رب العمل لا يكلف بإثبات خطأ فى جانب المهندس المعماري أو المقاول، لأن الإخلال بالتزام عقدى يثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة. كما يجوز لرب العمل إذا توافر شرط الاستعجال أن يلجأ إلى القضاء المستعجل، برفع دعوى إثبات حالة مستعجلة.

جزاء الضمان :

119- (أ) - التعويض النقدي وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه :

إذا تحققت مسئولية المهندس المعماري والمقاول طبقاً للمادة 651 مدنى، فإنهما يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذى لحقه، ويشمل التعويض طبقاً للقواعد العامة ما لحق رب العمل من خسارة وما فاتته من كسب (م 221 مدنى)، فيشمل التعويض نفقات إعادة البناء إذا كان الضرر هو تهدم كلى أو جزئى أو إصلاح العيب إذا كان الضرر عيباً فى البناء، وإذا كانت إعادة البناء أو الإصلاح لم يؤد إلى إصلاح كل الضرر كأن ترتب عليها تشويه منظر المبنى أو الإقلال من منفعة مما خفض من قيمته الإيجارية، كان لرب العمل الحق فى التعويض عن ذلك أيضاً. وإذا أدى تهدم البناء إلى مسائلة رب العمل قبل الغير، فإن ما دفعه للغير من تعويضات، يدخل ضمن التعويض المستحق له قبل المهندس والمقاول (1).

وبقتصر التعويض على الضرر المباشر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، فلا يشمل الضرر غير المتوقع، ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (م 2/221 مدنى). ويعتبر ضرراً متوقع الحصول أن يتهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصبه بضرر ويرجع المضرور بالتعويض على رب العمل، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التى أصابت رب العمل. وإذا كانت هناك منقولات لرب العمل داخل البناء، فأتلفها انهدام البناء أو العيب، فإن هذا يعتبر ضرراً يستوجب التعويض.

وكما يكون التعويض عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، فإن قدرت محكمة الموضوع أن هدم المبنى مثلاً أمر محتم فإن لها تقدير التعويض على أساس وقوع الهدم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت - فى حدود سلطتها التقديرية - إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه، فإنها إذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم، لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالى وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع".

(طعن رقم 325 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع فقط أى ليس محقق الوقوع فى المستقبل، فإنه لا يكون محلاً للتعويض، ومثل ذلك أن يكون مبنى واحد فقط من بين المباني المشيدة بنفس الطريقة وقدرها واحد وعشرون، ظهر أنه غير صالح للغرض المخصص له بسبب ما ظهر به من عيب، فلا يجوز للمالك أن يطالب بتعويض الضرر المحتمل فى العشرين الآخرين⁽¹⁾.

وتقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 2/171 مدنى على أنه: "يجوز للقاضى، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.. وذلك على سبيل التعويض"، ومن ثم فإنه يجوز للقاضى بدلاً من القضاء بالتعويض النقدي أن يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أى يقضى بإلزام المهندس المعماري أو المقاول بإعادة الجزء المتهم أو إصلاح العيب، ولها أن تحدد لهما أجلاً لإتمام ذلك، وأن ترخص لرب العمل بالقيام بالإصلاح على نفقتهما إذا مضى الأجل ولم يقوما به.

والخيار بين الحكم بتعويض نقدي، وبين الأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه متروك للمحكمة، فلا يستطيع رب العمل أو المقاول إلزامها باختيار أيهما وللمحكمة فضلاً عن الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أن تحكم بتعويض لرب العمل إذا كانت إعادة الحال لن تزيل كل الضرر، كما لو استغرق الإصلاح وقتاً، فضاعت على رب العمل بذلك منفعة البناء فى خلال هذا الوقت⁽²⁾.

وإذا كان الإصلاح العيني يحدث زيادة فى قيمة العقار، بأن كانت المواد الجديدة أفضل من المواد الواردة فى المقايضة أو أجريت أعمال إضافية، فإنه تجب مراعاة تلك الزيادة. وليس لرب العمل أن يطلب فى كل الأحوال الإصلاح العيني، لأن الأمر ليس متعلقاً بتنفيذ الالتزام التعاقدى، إذا المهندس المعماري والمقاول قد وفياهما وسلموا العمل. بل هو متعلق بضمان إضافي خوله القانون⁽³⁾.

ويجوز للمحكمة أن تقضى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه مع أداء تعويض نقدي، إذا كانت الإصلاحات لا تصل إلى إزالة العيوب كلية وإنما تجعلها مقبولة.

(1) محمد شكرى سرور ص 369 هامش (30) - ومع هذا يشير بأنه قضى بأن: "الخشية المبررة

من ظهور عيوب جديدة، إنما تشكل عنصراً من العناصر التى تقلل من قيمة العمارة".

(1) محمد لبيب شنب ص 148 - فتحة قره ص 173 - محمد شكرى سرور ص 366.

(2) محمد كامل مرسى ص 498.

وتجوز المطالبة بها بدعوى الإثراء على حساب الغير⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا وجه لتضرر الطاعن من تقدير التعويض على أساس هدم المنزل مادامت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن إصلاح العيب الموجود في أساس المبنى - وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني - يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض".

(طعن رقم 325 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

120- (ب) - فسخ العقد :

يجوز لرب العمل إذا لم يوف المهندس المعماري أو المقاول بالتزاماته الناشئة عن العقد أن يطلب - بعد إعداره - فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض، ويترتب على الفسخ إعادة الشيء إلى أصله كهدم البناء المعيب وإعادة الأرض إلى أصلها. ولكن القاضى لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت من مدونات العقد المؤرخ 9 نوفمبر سنة 1983 أن الطاعن والمطعون ضده السابغ قد التزما بموجبه باعتبارهما مقاولين بأن يشيدا العقار محل التداعى طبقا للشروط الفنية والهندسية المتفق عليها به فى مقابل التزام المطعون ضدهم الستة الأول بتملكهما ثلثى الأرض والبناء وإذ أثبت الحكم المطعون فيه من مطالعته لتقارير الخبراء المقدمة فى الدعوى ظهور عيوب جسيمة فى تصميم بناء هذا العقار وفى تنفيذه وفى مواد البناء المستخدمة فيه وأن هذه العيوب يتوقع زيادتها مستقبلا وأن ترميمها يحتاج إلى أسلوب فنى متخصص تحت إشراف فنى دقيق وأن التأخير فى أعمال الترميم يترتب عليه آثار سلبية تؤثر على سلامة العقار على المدى الطويل بما يحق للمطعون ضدهم إقامة هذه الدعوى للمطالبة بفسخ العقد وإذ أجابه الحكم المطعون فيه لذلك منتهيا إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا يكون قد خالف القانون أيا كان الرأى فى تكييفه القانونى للعقد سند الدعوى".

(طعن رقم 1390 لسنة 69 ق جلسة 2000/7/1)

وينبنى على القضاء بفسخ عقد المقاولة انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول - الذى أخل بالتزاماته - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب عملا بالمادة 179 مدنى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الحكم بفسخ عقد المقاولة يبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول-الذى أخل بالتزامه- بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة. ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقا للمادة 179 من القانون المدنى، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى، أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الإثراء والافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم فى تقدير قيمة ما زاد فى مال المطعون عليه - رب العمل- بسبب ما استحدثه الطاعن- المقاول- من أعمال البناء، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذى قضى بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 583 لسنة 35 ق جلسة 1970/3/17)

121- تضامن المهندس والمقاول فى الضمان :

الأصل المقرر فى القواعد العامة أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م 279 مدنى) إلا أن المادة (651) خرجت فى المسؤولية العشرية عن هذه القاعدة ونصت على أن: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى.... إلخ".

ومفاد ذلك أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التهدم الكلى أو الجزئى فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى وما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، هى مسؤولية تضامنية بمقتضى نص فى القانون. ومن ثم يجوز لرب العمل الرجوع عليهما معا متضامنين بالتعويض المطالب به

أو بالرجوع على أحدهما فقط بكامل التعويض ولا يجوز لأحدهما دفع المسؤولية التضامنية عنه بنفى الخطأ عن نفسه ونسبته إلى الآخر (1).

وهذا التضامن من شأنه تكاتف المهندس والمقاول على الإجابة في البناء للخروج به في صورة كاملة خالية من العيوب، وهو ما يبعث الاطمئنان في نفس المالك، ويحافظ على الأرواح والممتلكات. من ناحية أخرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادتين 651، 652 من القانون المدنى - يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة 651 مدنى ليس قاصراً على ما يصيب البناء من تدهم كلى أو جزئى بل إنه يشمل أيضاً ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متانته أو سلامته ولو لم تكن مؤدية فى الحال إلى تدهمه، والأصل فى المسؤولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء، وهى مسئولية تقوم على خطأ مفترض فى جانبهما، وترتفع هذه المسئولية عنهما بإثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذى أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما، وبالتالي إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء، دون أن تمتد إلى تنفيذه، فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذى وقع منه الخطأ".

(طعن رقم 1847 لسنة 59 ق جلسة 1993/11/18)

122 - اقتسام المسؤولية بين المهندس والمقاول :

قاعدة تضامن المهندس المعماري والمقاول فى الضمان إنما تثبت لرب العمل قبل المهندس المعماري والمقاول. أما فى العلاقة بين المهندس المعماري والمقاول، فإن المسؤولية تقسم بينهما بنسبة خطأ كل منهما، ويجوز لكل منهما أن يرجع على الآخر إذا كان العيب الذى حدث فى البناء بسبب خطئه (2).

فإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس المعماري، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب، أو كان

(1) محمد شكرى سرور ص 302.

(1) محمد كامل مرسى ص 510.

الضرر يرجع إلى عيب فى التصميم، وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث لم يكن فى وسع المقاول أن يكتشفه ولو بذل عناية مقاول عادى فى دراسة التصميم، رجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذى حكم به عليه، أما إذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ المقاول، كما لو كان قد نشأ عن استخدام المقاول لمواد معيبة بعيوب خفية لم يكن فى وسع المهندس كشفها ولو بذل عناية مهندس عادى فى فحصه لهذه المواد، ولم يقع منه أى إهمال أو تقصير فى الإشراف على عملية البناء وإدارتها، رجع المهندس على المقاول بكل التعويض الذى حكم به عليه.

أو إذا ثبت أن الضرر حدث نتيجة خطأ مشترك بين المهندس المعماري والمقاول، فإن المسؤولية تقسم بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما فى إحداث الضرر مع مراعاة درجة جسامه هذا الخطأ ومثال ذلك أن يثبت نشوء الضرر عن عيب ظاهر فى التصميم، إذ يوجد خطأ من جانب المهندس المعماري الذى وضع التصميم المعيب، وعيب من جانب المقاول الذى كان فى مكنه اكتشاف هذا العيب الظاهر.

ويلاحظ أنه إذا كان الضرر راجعاً إلى عيب فى الأرض وكان هذا العيب ظاهراً للمقاول، فإنه يكون مسئولاً مع المهندس، أما إذا كان هذا العيب لا يمكن اكتشافه إلا بعمل اختبارات جس التربة التى يقوم بها المهندس، وكان المهندس قد قام بعمل هذه الاختبارات أمامه أو أخبره بأنه قام بها، فإنه فى هذه الحالة يتحمل المهندس فى النهاية المسؤولية كاملة (1).

أما إذا كانت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول قد قامت دون أن يثبت خطأ فى جانب أى منهما، فإن المسؤولية تقسم عليهما بالتساوى، أى يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به.

123 - أساس رجوع كل من المهندس المعماري والمقاول على الآخر :

وإن كان يوجد عقد مقاوله بين كل من المهندس المعماري والمقاول وبين رب العمل، إلا أنه لا يوجد ثمة عقد بين كل من المهندس المعماري والمقاول. ومن ثم يكون رجوع كل منهما على الآخر بنسبة ما يخصه من التعويض المقضى به لرب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 163 من التقنين المدنى. ويترتب

على ذلك أن من يرجع منهما على الآخر يكون مكلفا بإثبات الخطأ الذى صدر منه وتسبب فى الضرر.

ويجوز أيضا لمن دفع التعويض المقضى به وأراد الرجوع على الآخر، أن يستعمل حقوق رب العمل فى هذا الرجوع، لأنه يحل محله بنص القانون (م 1/326 مدنى)، فيكون الرجوع فى هذه الحالة بدعوى الحلول⁽¹⁾.



(2) محمد لبيب شنب ص 142 وما بعدها - السنهاورى ص 152 الهامش - قدرى الشهاوى ص

مادة (652)

إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت من التصميم.

الشرح

124- مسئولية المهندس المعمارى عن العيوب الناشئة عن التصميم :

تنص المادة على أنه: "إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت من التصميم". وعيوب التصميم ترجع إلى عدة أسباب. منها عيوب تشكل مخالفة لأصول الهندسة المعمارية. كتصميم أساسات غير كافية لحمل البناء أو المنشأ الثابت الآخر، كأن تكون غير مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً كافياً، أو أن تكون غير مستندة إلى طبقة صلبة فى باطن الأرض، أو غير كافية كما من حيث عدد قواعدها أو كيفا كأن تكون نسب تكوينها على غير ما يقتضيه أصول الفن وقواعده، ميلاً إلى التوفير فى حديد التسليح أو الأسمنت أو مواد العزل أو غير ذلك. ويمكن أن يقال هذا أيضاً بالنسبة للأعمدة والكمرات والأسقف والجدران وجميع الهياكل الحاملة للبناء مما يجعلها غير قادرة على استيعاب ما تتعرض له من زيادة فى التحميل لأى سبب من الأسباب، ويميل بها إلى ناحية الضعف الذى يؤدى إلى ظهور العيب بها.

كذلك قد تتمثل فى الخطأ فى قياسات الأبعاد المختلفة، بحيث تكون غير متناسبة وسمك الأعمدة الحاملة، أو الجدران، أو الأسقف أو الكمرة الرابطة⁽¹⁾. أو فى قياس زوايا الارتفاع والانخفاض المختلفة، على خلاف ما تقتضيه قواعد الفن وأصول الصنعة، كأن يصمم ميل مظلة السقف بزوايا انخفاض قدرها 25 درجة فى حين تقضى الأصول الفنية أن تكون 40 درجة.

كما يمكن أن تتمثل أيضاً فى الخطأ فى تصميم المنافع العامة بالبناء كالخطأ فى تحديد أماكن دخول مياه الشرب وأماكن التغذية بها أو تحديد أماكن خروج مياه الصرف أو تصريف مياه الأمطار⁽²⁾.

(1) فتحي غيث ص 102.

(2) عبد الرازق حسين يس ص 747.

ومن عيوب التصميم ما تفرضه القوانين المنظمة لعمليات البناء وما تستوجبه لوائح التنظيم من قيود. وفي هذا المعنى جاء في مجموعة واجبات المهنة بفرنسا أنه يتعين "على المهندس أن يحرص على مراعاة كل القيود القانونية واللائحية الواجبة التطبيق على الأعمال المكلف بها"⁽¹⁾.

فيكون المهندس مسئولاً عن تجاوز خط التنظيم أو تجاوز قدر الارتفاع المسموح به، أو القدر المسموح به في البروزات أو المطلات، أو صنع تصميم مخالف كلية للنمط المعماري السائد في المنطقة أو الحى أو المدينة والذي تحكمه قوانين ولوائح التنظيم المختصة بهذه الأماكن أو مخالفة التصميم للنمط فى الواجهات⁽²⁾.

وقد قضى بأن "من واجبات المهندس المعماري أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعي، وله فى سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التى لم يحط بها علماً"⁽³⁾.

وتنص المادة الرابعة من القانون رقم 106 لسنة 1976 (المعدل) على أنه: "لا يجوز إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعديلها أو تدعيمها أو إجراء أى تشطيبات خارجية إلا بعد الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفقاً لما تبينه اللائحة التنفيذية.

ولا يجوز الترخيص بالمباني أو الأعمال المشار إليها بالفقرة الأولى إلا إذا كانت مطابقة لأحكام هذا القانون ومتفقة مع الأصول الفنية والمواصفات العامة ومقتضيات الأمن والقواعد الصحية التى تحددها اللائحة التنفيذية.

وتبين اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع اللازم توافرها فيما يقام من الأبنية على جانبي الطريق عاما كان أو خاصا وتحدد التزامات المرخص له عند الشروع فى تنفيذ العمل وأثناء التنفيذ وفى حالة التوقف عنه.

(1) محمد شكرى سرور ص 62.

(2) عبد الرازق حسين يس ص 750 وما بعدها.

(3) مصر الوطنية 1944/10/31 المحاماة 26 رقم 98 ص 262.

كما تحدد اللائحة التنفيذية الاختصاصات المخولة للسلطات المحلية فى وضع الشروط المتعلقة بأوضاع وظروف البيئة والقواعد الخاصة بالجهات الخارجية".

وتنص المادة الخامسة من القانون على أن: "يقدم طلب الحصول على الترخيص من المالك أو من يمثله قانونا إلى الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم مرفقا به المستندات والإقرارات والنماذج التى تحددها اللائحة التنفيذية.

ويكون المهندس المصمم مسئولا مسئولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم، وعليه الالتزام فى إعداد الرسومات وتعديلها بالأصول الفنية والمواصفات القياسية المصرية المعمول بها وقت الإعداد، والقرارات الصادرة فى شأن أسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية وأعمال البناء وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص فى اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وهذا تأكيد لمسئولية المهندس المعماري عن التصميم. فإذا اقتصر عمل المهندس المعماري على وضع التصميم، وجاء التصميم معيبا، وترتب عليه تدهم فى العقار أو وجود عيب فيه، كان مسئولا عن الضرر الذى حدث من العيب فى التصميم. ولكنه لا يكون مسئولا عن عيوب التنفيذ لأنه لم يكن مشرفا عليه. كما لا يكون المقاول الذى قام بالتنفيذ ملتزما بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه، ولكن إذا كان العيب فى التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول المجرب أى المقاول العادى وأقدم المقاول رغم ذلك على تنفيذ التصميم فإنه يكون ملتزما بالضمان بالتضامن مع المهندس المعماري.

(أنظر أيضا نقض طعن رقم 1847 لسنة 59 ق جلسة 1993/11/18)

أما إذا قام المهندس المعماري بوضع التصميم ثم أشرف على التنفيذ أيضا، كان مسئولا عن عيوب التصميم وعيوب التنفيذ معا. ويكون مسئولا بالتضامن مع المقاول عن عيوب التنفيذ.

وكانت المادة 897 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنه: "إذا عمل المقاول بإشراف مهندس معماري، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعماري، فلا يكون المقاول مسئولا إلا عن العيوب التى تقع فى التنفيذ، دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر، فى وضع التصميم"⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة 646 وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايضة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وجعل قواعد المسؤولية عن تهمد البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت منه. ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ".

(طعن رقم 149 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27)



مادة (653)

يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه.

الشرح

125 - تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :

تنص المادة 653 مدني على أن: "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"⁽¹⁾.

فقد جعل النص أحكام ضمان المهندس المعماري والمقاول من النظام العام، ويبرر

(1) وقد وردت هذه المادة بالمشروع التمهيدى للتقنين المدني برقم (899)، وكانت تنص على أن :
"1- في المقاولات الصغيرة، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن العيب، أو أن يحد من مسؤوليته عن ذلك. ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر."

2- أما في المقاولات الكبيرة، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد 894 إلى 896، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان."

وفى لجنة المراجعة اقترح حذف الفقرة الأولى وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة وتعديل الفقرة الثانية تعديلا لفظيا فوافقت اللجنة على كل ذلك، وأصبح نص المادة ما يأتي:

"يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".
وأصبح رقمها في المشروع النهائي (682). ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم (681).

وفى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة (281) وهى تقرر بطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه فاعترض على ذلك لأن النص يجعل هذا البطلان من النظام العام، فقيل تبريرا لذلك أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصا تعفيهم من المسؤولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء، فوافقت اللجنة على إبقاء المادة على أصلها، وأصبح رقمها 653 ووافق المجلس على المادة دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 28 وما بعدها).

ذلك حماية السلامة العامة، لأن تهدم الأبنية والمنشآت المعيبة لا يصيب رب العمل وحده بالضرر بل غالبا ما يؤدي إلى حدوث كوارث تصيب الكثيرين بأضرار فادحة في الأرواح والأموال. فمن الضروري حماية سلامة هؤلاء جميعا من المخاطر التي تترتب على حوادث سقوط المباني وانهيار المنشآت⁽¹⁾.

كما أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء، بينما المهندس المعماري والمقاول من رجال الأعمال ذى الخبرة الفنية، وهما الطرف الأقوى في عقود المقابلة بسبب هذه الخبرة وإذا أجاز الإعفاء من المسؤولية لأمكن للمهندسين المعماريين والمقاولين الإفلات من المسؤولية بتضمين عقودهم شروطا تعفيهم من المسؤولية، وفي ذلك ضرر بأرباب الأعمال الذين لا تتوافر لهم الدراية بأعمال البناء.

وقد قيل في الدفاع عن المادة 653 أمام لجنة مجلس الشيوخ :

"أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصا تعفيهم من المسؤولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء⁽²⁾.

وترتبيا على نص المادة لا يجوز الاتفاق مقدما على الإعفاء من الضمان أى حرمان رب العمل كلية من الرجوع على المهندس والمقاول فى حالة حصول تهدم أو وجود عيب. كما لا يجوز الحد من الضمان، بأن يتفق مثلا على أن يقتصر ضمان المهندس المعماري على التهدم الكلى دون التهدم الجزئى أو وجود عيب، أو بأن يقتصر رجوع رب العمل على المهندس المعماري وحده أو المقاول وحده. أو اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات فقط بدلا من عشر سنوات. إذ يكون الاتفاق فى الأحوال السابقة باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

والنص يبطل الإعفاء من الضمان أو الحد منه حتى لا يضعف من الحماية المقررة لرب العمل، ومن ثم فإنه يكون من الجائز تشديد الضمان، لأن ذلك فى صالح رب العمل، فيجوز الاتفاق مثلا على أن تكون مدة الضمان خمس عشرة سنة بدلا من عشر سنوات.

126- جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه :

ما حظرته المادة هو الاتفاق السابق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه، أى

(1) الدناصورى والشواربى ص 1367.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 30.

الاتفاق السابق على تحقق سبب الضمان. أما إذا تحقق السبب الموجب للضمان بأن حدث التهدم الكلى أو الجزئى أو ظهر العيب، فإن رب العمل وقد تبين له خطورة العيب الذى انكشف، وثبت حقه فى الضمان، يضحى حرا بعد ذلك فله التمسك بالضمان، وله النزول عنه، سواء كان هذا النزول صراحة أو ضمنا.

ومن صور التنازل الضمنى عن الضمان، أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقى أجر المهندس أو المقاول دون تحفظ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون أن يثبت حالته رغم أنه لم يكن مستعجلا⁽¹⁾. أو يرجع رب العمل على المقاول أو المهندس بالضمان عن التهدم الكلى أو الجزئى ولا يرجع بالضمان عن العيب أو العكس. سكوت رب العمل عن حق الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد اكتشاف العيب، إذا اقترن هذا السكوت بملاحظات قاطعة فى أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "مقتضى ما نصت عليه المادتان 651، 653 من القانون المدنى أن كل شرط فى عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التى يشملها الضمان يكون باطلا. ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع به".

(طعن رقم 345 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/13)

(ب) - "إقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التى كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم".

(طعن رقم 345 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/13)

(1) محمد لبيب شنب ص 145 - فتحة قره ص 168 - عبد الرازق حسين يس ص 335.

(2) السنهورى ص 180 وما بعدها.

مادة (654)

تسقط دعوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول الهدم أو انكشاف العيب.

الشرح

127 - تقادم دعوى الضمان :

تنص المادة 654 مدنى على أن: "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من حصول التهدم أو انكشاف العيب".

فدعوى الضمان المنصوص عليها بالمادة 651 مدنى تسقط بانقضاء ثلاث سنوات. وتبدأ هذه المدة من تاريخ حصول التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه. ومن تاريخ اكتشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه.

فلو حدث مثلاً أن انكشف العيب أو حصل التهدم فى أوائل عشر السنوات بعد التسليم الفعلى لا يكون لرب العمل حينئذ إلا ثلاث السنوات المقررة لرفع الدعوى. فإذا حصل التهدم أو ظهر العيب بعد انقضاء أية مدة من سنوات الضمان لا يكون لرب العمل بعدها إلا ثلاث السنوات المقررة لرفع الدعوى. وإذا لم ترفع الدعوى خلال هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى نص المادتين 651، 654 من القانون المدنى أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى، واضطرار صاحبه إلى هدمه. وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى إثبات الحالة، ولم يثبت أن عيوباً أخرى غير تلك التى كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلى اضطراره إلى هدم المبنى، فإن الحكم إذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضى أكثر من ثلاث سنوات بين انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، أو شابه القصور فى

التسبب، ولا يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه ما قرره من أنه يشترط لتطبيق المادة 654 من القانون المدنى حصول تهمد تلقائى وليس هدمًا بفعل رب العمل ."

(طعن رقم 356 لسنة 38 ق جلسة 1973/5/31)

2- "مفاد المادتين 651، 654 من القانون المدنى أن المشرع ألزم المقاول فى المادة 651 من القانون المدنى بضمان سلامة البناء من التهمد الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد فى المادة 654 مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور، وهى ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهمد أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماح دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهمد، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم ."

(طعن رقم 149 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27)

3- "المقرر فى قضاء محكمة النقض أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهمد الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهمد المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه، وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى الأخذ بما تظمن إليه من الأدلة وإطراح ما عداه دون حاجة إلى الرد استقلالا على ما لم تأخذ به طالما قام حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على قوله "وفى 1981/11/18 أرسلت الجمعية خطابا إلى المقاول الذى يمثل شركة الشرق للهندسة والمقاولات مرفق به تقرير هندسى عن المبنى صادر من الدكتور مهندس... بناء على تكليف الجمعية والدكتور... والذى بين وجود عيوب وملاحظات تمثلت فى وجود هبوط ببعض أرضيات الشقق ورشح بسقف الغرف الداخلية وشروخ بالمدخل والسلم وتبته عليه بضرورة إصلاح العيوب الواردة بالتقرير خلال عشرين يوما فإنه منذ كتابة هذا التقرير تبدأ مدة سقوط دعوى الضمان المنصوص عليها فى المادة 654 مدنى ولما كانت الجمعية قد أقامت دعواها بصحيفتها المودعة فى 1986/11/19 أى بعد انقضاء المدة المنصوص عليها مما يكون معه الدفع فى محله ويتعين إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بسقوط دعوى الضمان ولا ينال من ذلك

قول الجمعية بأن علمها بالعيوب كان بعد صدور قرار اللجنة الإدارية لحي وسط الإسكندرية إذ أنه فضلا عن وجود التقرير المشار إليه فإن العيوب التي حددتها اللجنة هي بذاتها العيوب التي انتهت إليها التقرير" وكان مفاد هذه الأسباب أن الحكم إذ اعتد بتاريخ تقديم المهندس لتقريره في 18/11/1981 للجمعية الطاعنة لبدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان المنصوص عليها في المادة 651 من القانون المدني قد اعتبر العيوب التي أوردتها الخبير بتقريره من العيوب التي تهدد سلامة البناء، وكان البين من مطالعة هذا التقرير والصورة الرسمية لتقرير اللجنة الإدارية لحي وسط الإسكندرية أن ما فصله الحكم من تقرير الخبير لا مخالفة فيه للثابت به وأن العيوب التي أثبتتها تقرير اللجنة الإدارية بحى وسط الإسكندرية هي بذاتها التي نقلها الحكم عن تقرير الخبير ولئن كان الخبير لم يصف ما حدث بالمبنى مما أشار إليه الحكم نقلا عن تقريره بأنه من العيوب التي تهدد سلامة البناء فإن إضفاء هذا الوصف عليه من المحكمة لا يعتبر خطأ منها في الإسناد إذ من حقها بل من واجبها أن تتحقق مما إذا كان ما حدث بالمبنى يعتبر عيبا مما يضمنه الما قول بمقتضى المادة 651 من القانون المدني لأن هذا شرط من شروط انطباق تلك المادة التي استندت إليها الجمعية الطاعنة في دعواها لما كان ذلك وكانت المحكمة في وصفها للعيوب التي حدثت بالمبنى على النحو الذى بينته في حكمها واعتادها بتقرير المهندس فى بدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان من تاريخ تقديم هذا التقرير فى 18/11/1981 للجمعية الطاعنة لم تجاوز سلطتها الموضوعية أو تخالف القانون فإن النعى على قضائها بسببى الطعن يكون على غير أساس".

(طعن رقم 484 لسنة 6 ق جلسة 1994/5/26)

4- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين 651، 654 من القانون المدني، أن المشرع ألزم الما قول فى المادة 651 بضمان سلامة البناء من التهدم الكلى أو الجزئى أو العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وحدد لذلك الضمان مدة معينة هي عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة، على أن القانون قد حدد فى المادة 654 مدة لتقادم دعوى الضمان المذكورة وهي ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب وبذلك فإنه وإن كان يشترط لتحقيق الضمان أن يحصل التهدم أو يظهر العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف العيوب أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان

بالتقادم".

(طعان رقما 3246، 4591 لسنة 64 ق جلسة 1995/4/20)

ويقع على من يتمسك بالتقادم الثلاثي لدعوى الضمان أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ. وهو يجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن - لأن الإثبات يرد على واقعة مادية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه، ومن ثم على من يتمسك بالتقادم الثلاثي لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ".

(طعن رقم 149 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27)

والمقرر أن الدفع بالتقادم مما لا يتعلق بالنظام العام، ويجب على صاحب المصلحة التمسك به. ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا. وهذه المدة، مدة تقادم فيرد عليها الانقضاء. غير أنه لا يكفي لانقطاع التقادم رفع دعوى مستعجلة بإثبات الحالة.

ولا يرد الوقف على هذه المدة لأنها لا تزيد على خمس سنوات، ولو كان رب العمل غير كامل الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية ولو لم يكن له نائب يمثلته قانونا (م 2/382) مدني⁽¹⁾.

(1) وقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة (900) من المشروع (التي أصبحت برقم 654) ما يأتي :

"اقتبس المشروع الفكرة الأساسية في التمييز الوارد بهذا النص عن المشروع الفرنسي الإيطالي م 521 فقرة 2 و 522 فقرة أولى (في نهايتها). وقد ترتب على عدم وجود نص في التقنين الحالي يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة، أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسؤولية قبل المقاول بناء على نص المادة 500 من التقنين المختلط يجوز رفعها =

= بعد مضي العشر السنين المقررة بالنص، ولا يسقط الحق في إقامتها إلا بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث و يترتب على ذلك أنه لو حدث الخلل في السنة العاشرة فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر أربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل. وقد يكون الداعي إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة في ترك وقت كاف لرب العمل الذي يكتشف العيب في آخر لحظة، حتى

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد نص المادة 409 من القانون المدنى السابق والمادة 651 من القانون المدنى الحالى المقابلة للمادة السابقة، أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما، وأن الضمان الذى يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب فى البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تتكشف آثار العيب وتتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة".

(طعن رقم 41 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/23)

2- "النص فى المادة 651 من القانون المدنى على أن يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيده من مبانى أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ... ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته... يدل على أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة، هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما".

(طعن رقم 443 لسنة 51 ق جلسة 1989/6/12)

128- الأسباب التى تعفى المهندس المعماري والمقاول من المسؤولية :

قدمنا أن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عقدية وأن التزامهما هو التزام بنتيجة، يثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة فبمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة أى بإقامة الدليل على حصول تهدم كلى أو جزئى، أو على وجود عيب فى البناء

ينجح فى دعواه قبل المقاول، على أن هذه النتيجة تتعارض تماما مع ما رأيناه من ميل التقنيات الحديثة إلى تقصير المدة التى يبقى فيها كل من المقاول والمهندس مسئولاً، ولذلك يكتفى المشروع بتحديد مدة سنتين يجوز رفع الدعوى خلالهما، وذلك قياساً على ما قرره المشروع الفرنسى الإيطالى (م522) .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 31)

يعتبران مخرين بالتزامهما. إلا أنه مع ذلك يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين التهمد أو العيب وبين نشاط كل من المهندس والمقاول فإذا انتقت هذه العلاقة فلا محل لمساءلة أى منهما.

وبالتالى فإن هذه المسؤولية تندفع بإثبات أن التهمد أو العيب نشأ عن سبب أجنبى لا يد لهما فيه، كقوة قاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ شخص من الغير لا يسأل عنه المهندس ولا رب العمل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يكفى لقيام الخطأ فى المسؤولية العقدية، ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد، ولا ترفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبى أو بخطأ المتعاقد الآخر".

(طعن رقم 199 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/24)

ولكن لا يكفى لنفى مسؤولية المهندس أو المقاول، أن يثبت أحدهما انتفاء الخطأ فى جانبه، لاتخاذة مثلاً كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول تهمد أو وجود عيب، أو لبذله عناية الشخص المعتاد فى وضع التصميم والإشراف على العمل أو فى القيام بعملية البناء ذاتها، لأن التزامهما ليس بوسيلة بل هو بتحقق نتيجة.

كذلك لا تنتفى مسؤوليتهما إذا ظل سبب التهمد أو العيب مجهولاً⁽¹⁾.

ونعرض فيما يلى لصور السبب الأجنبى الذى يدفع الضمان على المهندس المعمارى والمقاول.

(1) القوة القاهرة :

يشترط فى القوة القاهرة طبقاً للقواعد العامة ألا يكون من الممكن توقعها أو دفعها، وأن تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فلا يكفى أن تكون قد جعلته صعباً، ومن أمثلة القوة القاهرة ما يأتى:

1- أن يحصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء، إذا كان هذا الخلل قد نشأ، لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية، بل عن أسباب خارجة لم يكن فى

الإمكان توقعها وقت إقامة البناء⁽¹⁾.

2- إذا كان العيب الحادث فى غطاء الأسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض⁽²⁾.

(1) المادة 898 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى.

(2) استئناف مختلط 28 مارس 1901.

وكانت المادة (898) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن :

"يسقط عن المهندس المعمارى والمقاول الضمان المقرر فى المادتين السابقتين، إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء، أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة، كما لو حصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء، إذا كان الخلل قد نشأ، لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية، بل عن أسباب خارجة لم يكن فى الإمكان توقعها وقت إقامة البناء".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة :

"يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة. ويستند هذا القضاء على مبادئ أساسيين :

1- الخلل فى البناء إذا حصل فى خلال عشر سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسئولية المقاول، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطئه (استئناف مختلط 2 يونية سنة 1921 ب 33 ص 371).

2- تهدم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب فى الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط 24 يونية سنة 1903 ب 15 ص 358). وهكذا تكون المادة 500/409 من التقنين الحالى قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها، وهى قرينة إقتراض خطأ أو إهمال فى جانب المقاول، إذا كان الخلل راجعا إلى طبيعة الأرض. بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء لإثبات أن المقاول لم يرتكب أى خطأ فنى فى كشف طبيعة الأرض وتعرف عيوبها. إذ يخشى أن يحابى الخبراء أبناء مهنتهم، فتقوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسبب لسقوط المسئولية وجعلها قاصرة على الحالة التى يكون فيها ثبوتها قاطعا دون حاجة إلى أهل الخبرة.

= ويمتاز هذا النص أيضا بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض الحالات العملية. من ذلك استبعاد مسئولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالأسفلت إذا كان العيب الحادث فى غطاء الأسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه

إنما لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة ما يأتى :

1- وجود عيب فى الأرض أدى إلى التهدم أو إلى عيب فى البناء وقد نصت الفقرة

الممتدة فى باطن الأرض (استثناء مختلط 28 مارس سنة 1901 ب 13 ص 221) وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استثناء مختلط يونية سنة 1921 ب 33 ق 371، على أن هذا التطبيق محل للمناقشة) - وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تهدم البناء تحت تأثير ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية، خصوصا إذا كان البناء منخفضا بجوار الشارع (استثناء مختلط 24 يونية سنة 1903 ب 15 ص 358-22 يناير سنة 1914 ب 26 ص 169). كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل (البلتان جدول عشرين 2 مرة 2423). وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام، فذكر فى النص، إلى جانب موقع الأرض، حركتها الذاتية.

وفى لجنة المراجعة تليت المادة واقترح تعديلها بما يجعل عبء الإثبات على المهندس والمقاول بأن التهدم والعيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه فوافقت اللجنة وأصبح نص المادة ما يأتى :

"يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتا أن تهدم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه ". وأصبح رقمها النهائى 680.

وفى مجلس النواب وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم 680 وفى لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ تليت المادة 680 فاعترض على حكمها سعادة الرئيس وأيده سعادة العشماوى باشا قائلا إنها ستكون سببا للتخلص من المسئولية واقترح حذفها. فقررت اللجنة حذف المادة اكتفاء بالقواعد العامة. ووافق المجلس على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 25 هامش (1) وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 2/147، 4/658 من القانون المدنى أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل، وكان ذلك بسبب حادث استثنائى غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا، فإنه يكون للقاضى وبصفة خاصة فى عقد المقاولة، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ".
(طعن رقم 199 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/24)

الأولى من المادة 651 - كما رأينا- صراحة على أن هذا العيب لا ينفى مسؤولية المهندس والمقاول بنصها على أن :

"يضمن المهندس المعماري والمقاول... ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها... إلخ".

لأن مجرد وجود العيب فى الأرض أمر متوقع ومن واجبات المهندس المعماري أن يقوم بعمل الاختبارات اللازمة على الأرض التى سيبنى عليها، ليعرف طبيعتها ويكشف عيوبها، كما أن هذه العيوب من الممكن تلافى نتائجها الضارة بتقوية الأساس، فلا تتوافر فى عيوب التربة بصفة عامة، الشروط الواجب توافرها فيما يعتبر قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً⁽¹⁾.

ولكن إذا كان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة، وكان من المستحيل على المهندس المعماري أن يكتشفه باتباع القواعد الفنية التى يتبعها مهندس حريص فطن، فإن هذا العيب يعتبر قوة القاهرة وبالتالي ينفى المسؤولية عن المهندس والمقاول. ومثال ذلك أن توجد أطلال مبانى أثرية تحت الأرض على عمق كبير، فى منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل، ولم يقل أحد بوجود آثار بها⁽²⁾.

وقد جاء بتقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتى :

"استفسرت اللجنة فى صدد المادة عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أياكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيب بـ أن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن أما إذا استحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد، فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة، ولا يكون المهندس مسئولا عنه، وقد ورد هذا الحكم فى المادة 681(680)⁽³⁾.

2- هبوط الأرض نتيجة للنشع الحادث من مياه الأمطار ولو كانت هذه الأمطار استثنائية، وذلك إذا كان من الممكن تجنب هذا الهبوط باتخاذ إجراءات معينة وخاصة أن

(1) محمد شكرى سرور ص 322.

(2) محمد لبيب شنب ص 136 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 23.

البناء أقيم على مستوى منخفض عن الطريق المجاور⁽¹⁾.

(2) خطأ رب العمل :

قد يحدث أن يتدخل رب العمل فى عملية البناء، سواء من قبل البدء فى تنفيذ الأعمال، أو فى خلال هذا التنفيذ. فإذا ما كان هذا التدخل خاطئاً فإنه يمكن أن يؤثر على مسئولية المهندس أو المقاول عن العيوب التى تقع فى الأعمال بالتفصيل التالى.

فقد يوافق رب العمل على تصميم معيب للمبنى أو يفرض على المهندس أو المقاول مواصفات معيبة، أو يقدم مواد غير صالحة للبناء. فإذا امتثل له المهندس المعماري أو المقاول، فإن ذلك لا يعفيهما من المسئولية، بل كان يجب عليهما أن يمتنعا عن تنفيذ العمل المعيب إذا أصر عليه رب العمل بعد تنبيهه إلى ذلك. لأن المادة 651 مدنى تنص على مسئولية المهندس المعماري والمقاول صراحة إذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ذلك أن الأصل فى المهندس المعماري والمقاول أنهما خبيران فى فن البناء، بعكس رب العمل الذى يفترض فيه الجهل بهذا الفن.

أما إذا نبه المهندس المعماري والمقاول رب العمل إلى العيوب سالفة الذكر، ولكنه أصر على المضى فى العمل طبقاً للتصميم المعيب أو المواد المعيبة فأذعنا له، فإنهما يظلان مسئولين بالضمان ولا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما، ولذلك توزع المسئولية عليهما.

وإذا اشترط رب العمل ألا يجرى المقاول أى تعديل بغير موافقة المهندس المقام من قبله، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التى يقدمها المقاول، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلاً من رب العمل يجعل الإدارة فى يده ويعفى المقاول من المسئولية بل هى احتياطات اتخذها رب العمل للثبوت من تنفيذ شروط العقد.

غير أنه يستثنى مما تقدم حالة كون رب العمل من ذوى الخبرة فى فن البناء يفوق خبرة المهندس المعماري والمقاول الذى تعاقد معهما، لأن إذعان الأخيران فى مثل هذه الحالة لتعليمات رب العمل لا يعتبر خطأ منهما، وبالتالي فإن الضرر يعتبر راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فترتفع مسئولية كل من المهندس والمقاول.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) استئناف مختلط 22 يناير 1914.

1- "لئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى جعل نفسه مكان المهندس المعماري لا يسأل عن تهمد البناء أو عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئاً عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل، إلا أن المقاول يشترك فى المسؤولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب".

(طعن رقم 120 لسنة 30 ق جلسة 1965/1/21)

2- "المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى وضع التصميم والذى جعل نفسه مكان المهندس المعماري يشترك مع رب العمل فى المسؤولية عما يحدث فى البناء من عيوب إذا كان قد علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب، إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ فى التصميم فأصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق فى البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إزعان المقاول لتعليمات رب العمل فى هذه الحال لا يجعله مسئولاً عما يحدث فى البناء من تهمد نتيجة الخطأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة".

(طعن رقم 440 لسنة 31 ق جلسة 1966/12/8)

3- "المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل لا يسأل عن تهمد البناء أو عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ناشئاً عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل. ما لم يكن المقاول على علم بهذا الخطأ وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب".

(طعن رقم 443 لسنة 51 ق جلسة 1989/6/12)

(3) خطأ الغير :

خطأ الغير يرفع مسؤولية المهندس المعماري والمقاول. ولكن يشترط لذلك أن تجتمع فى خطأ الغير شروط القوة القاهرة. فيجب أن يكون الخطأ غير قابل للتوقع ومستحيل الدفع، فإذا لم يكن كذلك، ظل المهندس والمقاول مسئولين عن كل الضمان نحو رب العمل، وكان لهما حق الرجوع على الغير المسئولين⁽¹⁾. ومثل ذلك قيام هذا الغير

(1) الدناصورى والشواربى ص 1367.

بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى، أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة فى الأرض على مقربة منه، مما يؤدى إلى حدوث تصدع به، فإذا لم يكن المشيد مقصرا أصلا لأنه أقام المبنى على أساسات غير كافية مثلا، فإن من شأن هذه الأعمال إعفاؤه كلية من المسؤولية. أما إذا كان قد ارتكب خطأ فنيا فى عملية التشييد، فإن هذه الأعمال قد تكون قد أسهمت فى إحداث الخلل بالمبنى أو فى تفاقم ما كان به أصلا من العيوب، فإنه يكون للقاضى أن يخفض مقدار التعويض الواجب على المشيد لصاحب البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال فى إحداث الضرر أو فى تشديد آثاره. ويفترض ذلك - بطبيعة الحال - أن تتصف هذه الأعمال ذاتها بصفة الخطأ، وهى مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة⁽¹⁾.

129- مسؤولية المهندس المعماري والمقاول قبل الغير :

الضمان المقرر فى المادة (651) مدنى لصالح رب العمل يقوم على أساس المسؤولية العقدية، إذ يربط رب العمل بالمهندس المعماري والمقاول عقد المقاولة، وليس هناك رابطة قانونية من هذا النوع بين الأخيرين والغير، الذى تحدث له ثمة أضرار من البناء.

وعلى ذلك فإن الغير الذى تحدث له ثمة أضرار من البناء، لا يستطيع مطالبة المهندس والمقاول بالتعويض استنادا إلى المادة (651) مدنى، بل له الرجوع عليهما على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة (163) مدنى، وبالتالي يلتزم بإثبات خطأ تقصيرى من جانب أحدهما.

ومثل ذلك إهمال المقاول فى اتخاذ الاحتياطات الفنية الضرورية لحماية المباني المجاورة مما يؤدى إلى تصدعها وانهارها، وإصابة أو وفاة أحد الجيران أو المارة أو إتلاف أموال الغير. أو إذا أهمل المهندس المعماري فى مراجعة تصميمات وضعها مهندس سابق قبل أن يوافق على تنفيذها، إذا كان من شأن هذا الإهمال أو ذاك أن خرج المبنى مشوبا بالعيب الذى أدى إلى الإضرار بالغير⁽²⁾. وهو إهمال يشكل أيضا إخلالا من جانبه بالتزاماته العقدية فى مواجهة رب العمل.

(2) محمد شكرى سرور ص 351.

(1) محمد شكرى سرور ص 387 وما بعدها.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى ما تنص عليه المادة 4/25 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 106 لسنة 1976 في شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على أنه: "يتعين على المرخص له قبل الشروع في الأعمال القيام بالآتي: 4-..... أن يقوم قبل البدء في تنفيذ الأعمال المرخص بها باتخاذ إجراءات الأمن اللازمة لوقاية وسلامة الجيران وأملاكهم والمارة والشوارع وما قد يكون في باطن الأرض من أجهزة ومنشآت المرافق العامة وغيرها، ولا يجوز إجراء أى عمل من أعمال البناء ما بين غروب الشمس وشرورها إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم".

كما يجوز له الرجوع على رب العمل، إذا أثبت حصول خطأ من جانبه أدى إلى حدوث الضرر.

وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض إذ قضت بأن :

1- "لا يجوز لصاحب بناء اعتري بناءه خلل بسبب تقصير المقاول في أعمال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونه مالكا، إذ مادام التقصير قد وقع من المقاول وحده فإن المسؤولية عن ذلك لا تتعداه".

(طعن رقم 36 لسنة 8 ق جلسة 1938/11/3)

2- "إنه بمقتضى الأحكام العامة المقررة في المادتين 151 و152 من القانون المدني يجب إلزام الحكومة بتعويض الضرر الناشئ عن فعل المقاول الذي اتفقت معه على القيام بعمل لها أن يثبت الحكم أن الخطأ الذي نجم عنه الضرر قد وقع من موظفيها في أعمال المقولة، أو من المقاول إن كان يعد في مركز التابع لها. وإذن فإذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقولة، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال، وما علاقته بالضرر الذي وقع، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط المقولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعليا في تنفيذ عملية المقولة بتسييرها المقاول كما شاعت، فهذا الحكم يكون قاصرا عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسؤولية".

(طعان رقما 76 لسنة 10 ق، 5 لسنة 11 ق جلسة 1941/4/17)

3- "إذا حملت المحكمة المقاول وحده، دون الحكومة، المسؤولية عن الضرر الذي

أحدثه بالمنازل المجاورة للمشروع الذى عهدت إليه الحكومة القيام به (حفر حفرة لوضع ماكينة المجارى الخاصة ببلدية الفيوم)، وذلك بناء على أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية وهو مقاول فنى حملته مسئولية الأضرار التى قد تحصل عنها، وأنه لم يثبت أنها هى قد وقع منها خطأ فى تصميم العملية الذى قدمته له وسار على أساسه، ولا أن المهندس الذى كلفته الإشراف على العمل تدخل تدخلًا فعليًا فى الأعمال التى كان يجريها، وأن وضع الحكومة مواصفات المقاوله ورسومها وعدم استطاعة المقاول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يمكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانبه الاحتياطات التى كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المقاوله، فإن هذا الحكم لا يكون فى قضائه بعدم مسئولية الحكومة قد شابه قصور فى إيراد الوقائع .

(طعن رقم 130 لسنة 13 ق جلسة 1944/6/1)

4- "إن مقتضى حكم المادة 174 من القانون المدنى أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبع فى رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها، وسواء استعمل المتبع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها. لما كان ذلك وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة - الهيئة العامة للمجارى والصرف الصحى - عن خطأ المطعون عليه الثانى - مقاول الحفر - على ما خلص إليه استنادا إلى شروط المقاوله وتقرير الخبير من أن عمل موظفى الطاعنة لم يقتصر على مجرد الإشراف الفنى، بل تجاوزه إلى التدخل الإيجابى فى تنفيذ العملية وهو ما تتوافر به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب الطاعنة ويؤدى إلى مساءلتها عن الفعل الخاطئ الذى وقع من المطعون عليه الثانى باعتباره تابعا لها، ولا وجه للاحتجاج بأن الحكم لم يعمل شروط عقد المقاوله المبرم بين الطرفين فيما نص عليه من أن المقاول هو وحده المسئول عن الأضرار التى تصيب الغير من أخطائه وذلك إزاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول فى تسيير العمل .

(طعن رقم 377 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/31)

5- (أ) - "علاقة التبعية لا تقوم وفقا لحكم المادة 174 من القانون المدنى إلا بتوافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبع سلطة فعلية - طالبت مدتها أو قصرت - فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذه هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، وأن المقاول - كأصل عام - يعمل مستقلا عن صاحب

العمل ولا يخضع لرقابته وتوجيهه وإشرافه فلا يكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه".

(ب) - "إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائي لأسبابه وأورد بمدونات قوله "إن قضاء محكمة أول درجة قد أصاب صحيح الواقع والقانون فيتعين معه القضاء... بتأييد الحكم المستأنف لأسبابه ولا يقدر في ذلك ما أثاره المستأنف الثاني في الاستئناف الأصلي - الطاعن - بعدم مسئولية قبل الشركة عما أصابها من أضرار بمقوله أن المستأنف الأول - المطعون عليه الثاني - ليس تابعا له، إذ أنه مالك قطعة الأرض المجاورة لمخزن الشركة وأن المستأنف الأول كان يعمل بتوجيهه وتحت إشرافه المباشر ومن ثم يكون تابعا له ويسأل عن أعماله باعتباره متبوع" وكان هذا الذي ساقه الحكم واتخذة عمادا لقيام مسئولية الطاعن بصفته متبوعا للمقاو الذي عهد إليه بعملية حفر الأساس بأرضه لا يواجه دفاع الطاعن بانتفاء تبعية المقاو له ولا يؤدي إلى النتيجة التي أقام عليها قضاءه إذ لا يبين منه مصدر هذا الإشراف ومداه وكيفية هذا التوجيه وصورته كما لم يبين الحكم سبيله إلى هذا الذي خلص إليه والمصدر الذي استقا منه حتى يعرف بوضوح أساس مسئولية الطاعن وحقيقة ما وقع منه وما إذا كان قد تدخل فعليا في تنفيذ العمل الذي ناط به المقاو المطعون عليه الثاني فإنه فضلا عن قصوره يكون معيبا بالخطأ في القانون والفساد في الاستدلال".

(طعان رقما 2980، 3057 لسنة 62 ق جلسة 1993/12/5)

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في فتاوها

رقم 568 في 1997/7/29 جلسة 1997/7/27 بأن :

"واستظهرت الجمعية مما تقدم أن المسئولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وأن الخطأ لا يفترض وإنما يجب على المضرور إثباته وبيان وجه الضرر الذي حاق به من جرائه، ومن ناحية أخرى فإن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة تتحقق متى صدرت هذه الأفعال عنه أثناء قيامه بأعمال وظيفته أو بسببها شريطة أن تتوافر بين التابع والمتبوع رابطة تبعية قوامها خضوع الأول لسلطة الثاني الذي يكون له حق رقابته وتوجيهه فيما يقوم به لحسابه من عمل محدد، فتلك السلطة بشقيها هي التي تجعل المتبوع مسئولاً عن خطأ تابعه ويستقيم بها سند الرجوع على المتبوع.

ولما كان الأصل فى عقد المقاولة - أن المقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه ولا يكون مسئولاً عن المقاول المتبوع عن أعمال تابعه، ومن ثم فإن الهيئة القومية لسكك حديد مصر وقد ارتبطت مع شركة الفتح للمقاولات بعقد مقاولة تغدو غير مسئولة عما أحدثه عمال الشركة من تلفيات لمنشآت الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية، وهو الأمر الذى تغدو معه المطالبة الماثلة على غير سند من القانون، ويتعين من ثم رفضها وللهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية وشأنها مع شركة الفتح للمقاولات على ما تأنسه حقاً لها".

ويكون المقاول مسئولاً أيضاً عن خطأ أتباعه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكنه فى هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولاً عن خطأ المقاول من الباطن لأنه لا يعتبر تابعا له⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة 413 من القانون المدنى ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذالم يكن متفقاً على خلاف ذلك إلا أنها تعده مسئولاً عن عمل هذا الآخر. وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لا يقطع مسئولية هذا المقاول، خصوصاً إذا كان فى شروط التعاقدما يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة".

(طعان رقما 1076ق، 5 لسنة 11 ق جلسة 1941/4/17)

2- "إذا كان المدين مسئولاً عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه العقدى، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أن المقاول الذى عهد إليه الطاعن - المالك - بتنفيذ عملية الترميم قد أخطأ فى عمله خطأ ترتب عليه هدم المبنى، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الطاعن مسئولاً أمام المطعون عليه - المستأجر - عن الخطأ الذى ارتكبه المقاول دون تعليق دعوى المطعون عليه على الفصل فى الدعوى التى رفعها الطاعن ضد المقاول. لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 197 لسنة 44 ق جلسة 1978/2/16)

وقبل تسليم المقاول البناء إلى رب العمل، فإن البناء يكون فى حراسة المهندس والمقاول. ويستطيع الغير الرجوع على المقاول والمهندس بالنسبة لما يتم تسليمه إلى رب

العمل من البناء. وتقوم دعواه على المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس (م 177 مدنى)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المسؤولية المقررة بالمادة 178 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء، ومن ثم فإن هذه المسؤولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما أو أنه قام بما ينبغى من العناية والحيطه حتى لا يقع الضرر من الشيء الذى فى حراسته، وإنما ترتفع هذه المسؤولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير".

(طعن رقم 538 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/1)

كما قضت بأن :

"نصت المادة 178 من القانون المدنى على أن "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه" ومن ثم فإن الحراسة الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية لحساب نفسه. ولما كان الثابت فى الدعوى أن الشركة الطاعنة عهدت إلى مقاول بسد فتحات فى أبواب بمبان مملوكة لها، وفى يوم الحادث كان مورث المطعون عليه الأول عن نفسه وبصفته وهو أحد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله وأثناء مروره صعقه سلك كهربائى مسند على حائط فى المبنى، فإن الحراسة على هذا السلك تكون وقت الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البناء والسلك الكهربائى الموجود فيه، ولم تنتقل هذه الحراسة إلى المقاول لأن عملية البناء التى أسندت إليه لا شأن لها بالأسلاك الكهربائية الموجودة فى المبنى أصلاً، وبالتالي تكون الشركة مسئولة عن الضرر الذى لحق بمورث المطعون عليه الأول مسؤولية أساسها خطأ مفترض طبقاً لنص المادة 178 سالف الذكر، ولا تنتفى عنها هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد لها فيه".

(طعن رقم 538 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/1)

وتتقدم دعوى المسؤولية التقصيرية المرفوعة من الغير ضد المهندس المعماري والمقاول بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م1/172) مدنى.



التزامات رب العمل :

مادة (655)

متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه.

الشرح

130- التزامات رب العمل بالقيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل :

يلتزم رب العمل بأن يبذل ما هو ضرورى لتمكين المقاول من البدء فى تنفيذ العمل المكلف به وإنجازه فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سلطة معينة، كما لو كان المقاول فى حاجة إلى رخصة للبناء للبدء فى العمل، وجب على رب العمل أن يحصل على الرخصة فى الميعاد المناسب حتى لا يتأخر المقاول فى بدء تنفيذ العمل. وكذلك الأمر فى كافة التراخيص الإدارية الأخرى التى يحتاجها العمل من بدايته إلى نهايته.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تأخير الطاعن - رب العمل فى عقد المقاول - فى الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضى فى تنفيذه حتى يتم إنجازه هو إخلال بالتزامه التعاقدى، ومن ثم يعتبر فى ذاته خطأ موجبا للمسئولية لا يدروها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه".

(طعن رقم 243 لسنة 37 ق جلسة 1972/6/1)

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم الأدوات والآلات، والمواد اللازمة التى تستخدم فى العمل، كما لو كان عقد المقاول هو تشييد مدينة سكنية وقد تعهد رب العمل بموجبه بتقديم المواد الأولية من أسمنت وزلط وأخشاب ومعدات رافعة وآلات للحفر... إلخ، وجب على

رب العمل تقديمها فى الوقت المتفق عليه⁽¹⁾.

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقا لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها رب العمل. وجب عليه تقديمها فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب لأنه لا يمكن تنفيذ العمل بدونها. بل إن رب العمل يلتزم بالذهاب إلى مكان العمل بنفسه، وإذا كان وجوده فيه أمرا لا بد منه لإتمام العمل، كما لو كان العمل هو رسم صورة، إذ يلتزم رب العمل بالوقوف أمام الرسام المدة الكافية لإنجاز هذا الرسم، أو كان العمل هو حياكة ثوب، إذ يلتزم رب العمل أولا بتمكين الحائك من أخذ مقاساته، ثم من تجربة الثوب عليه⁽²⁾. وكذا إذا كان القيام بالعمل يستلزم التدخل الشخصى لرب العمل - دون تواجده بمكان العمل - كأن يتولى المؤلف مراجعة تجارب مؤلفه المقدم للطبع، إذا يجب عليه القيام بذلك فى الوقت المناسب وطبقا للعرف السارى.

ويلتزم رب العمل بترك المقاول يعمل فى هدوء ويسر، فلا يقيم أمامه ثمة عقبات، أو يسبب له المشكلات أو الصعوبات من أى نوع، والتي يكون من شأنها عدم تمكنه من المضى فى تنفيذ العمل.

كما يلتزم بألا يسحب من المقاول العمل فى أى وقت إلا لسبب مشروع، وطبقا للحدود والشروط التى عينها القانون.

131- جزاء إخلال رب العمل بهذا الالتزام :

إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل. جاز للمقاول - طبقا للقواعد العامة - طلب التنفيذ العينى إذا كان ذلك ممكنا، بالترخيص له بشراء الأدوات والآلات والمواد اللازمة لتنفيذ العمل على نفقة رب العمل.

وإذا كان التنفيذ العينى غير ممكن إلا بتدخل رب العمل شخصيا، كما لو احتاج الأمر إلى وجوده بمكان العمل، جاز للمقاول أن يلجأ إلى طريقة التهديد المالى لإرغامه على تنفيذ التزامه وللمقاول فى كافة الأحوال طلب التعويض إذا كان عدم تنفيذ رب العمل لالتزامه أو تأخره فى تنفيذه قد سبب له ضررا.

ويجوز للمقاول أيضا طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، ويخضع القضاء

(1) قدرى الشهاوى ص 184.

(2) محمد لبيب شنب ص 149 - محمد عبد الرحيم عنبر ص 225.

بالفسخ لتقدير المحكمة طبقاً للقواعد العامة والتي لها إهمال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التي أحاطت بها. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن نطاق البند التاسع من قائمة الشروط الملحقة بعقد المقاولة يقتصر على مواجهة حالة تغير الفئات والأثمان المتفق عليها، ولا يتضمن شرطاً بإعفاء رب العمل من التزاماته الناشئة عن العقد، ومنها التزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل، وهو يفرض عليه الحصول على رخصة البناء للبدء في العمل، كما يفرض عليه الحصول على التراخيص اللازمة للمضى في تنفيذه، وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وكل المقاول أو أنابه عنه في استخراج الرخصة اللازمة لبناء باقى الأدوار، فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب مسؤولية الطاعن عن توقف العمل نتيجة عدم استخراج هذه الرخصة لا يكون قد خالف القانون أو شابه خطأ فى الإسناد".

(طعن رقم 243 لسنة 37 ق جلسة 1972/6/1)⁽¹⁾

132- التزام صاحب العمل بتسليم العمل بعد إنجازه :

يعتبر المقاول موفياً بالتزامه بتسليم العمل الذى كلف بإنجازه، بوضعه تحت تصرف رب العمل بحيث يستطيع الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً، مادام قد أعلمه بذلك. ويتم تسليم العمل بالاستيلاء عليه استيلاء فعلياً، أى بوضع رب العمل

(1) وقد قضى ذات الحكم بأن :

"متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن - رب العمل فى عقد المقاولة - بالتزامه من جراء تأخره فى الحصول على رخصة البناء فى الوقت المناسب، فإن إعداره لا يكون واجباً على الدائن بعد فوات هذا الوقت، إذ لا ضرورة للإعذار بنص المادة 220 من القانون المدنى إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين.

وإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعون عليه دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن فى دفاعه من ضرورة إعداره فى هذه الحالة، فإن لا يكون مشوباً بالقصور".

(طعن رقم 243 لسنة 37 ق جلسة 1972/6/1)

يده عليه⁽¹⁾.

ولكن يقتصر أثر التسلم على ذلك، فهو لا يرفع مسئولية المقاول عن عيوب عمله، إلا إذا كان التسلم يفيد فى نفس الوقت معنى قبول العمل بدون تحفظ.

فلا يرفع مسئولية المقاول سوى تقبل العمل والموافقة عليه دون تحفظ بعد فحصه. ويبرر ذلك أن عقد المقاولة أبرم عن شىء لم يكن موجوداً، فيجب أن يستوثق رب العمل بعد إنجاز الشىء ومعاينته من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة وفى هذا يختلف عقد المقاولة عن عقدى البيع والإيجار، فالعين المباعة أو المؤجرة تكون غالباً عيناً معينة بالذات ومعروفة للمشتري أو المستأجر، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة إلى القبول بالمعنى السابق.

ويحصل التسلم والتقبل - عادة - فى وقت واحد، إذ يتسلم رب العمل الشىء المتفق عليه ويقوم بفحصه وتقبله فى ذات الوقت.

غير أن التقبل قد يسبق التسلم أو يليه، والصورة الأولى هى التى يفحص فيها رب العمل، العمل بعد إنجازه وهو لا يزال فى يد المقاول ويثق أنه استوفى الشروط المتفق عليها أو أصول الصنعة ولكنه لا يتسلمه، وفى الصورة الثانية هى تسلم رب العمل الشىء المعهود به إلى المقاول قبل إنجازه أو بعد إنجازه دون أن يفحصه أو يتقبله. والعبرة فيما يترتب من آثار بالتقبل دون التسلم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "تسلم رب العمل الشىء المصنوع لا يرفع مسئولية الصانع فى عقد الاستصناع عما يظهر فى صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفيد معنى القبول بغير تحفظ.

(ب) - تسلم رب العمل الشىء المصنوع - أثواباً من الأقمشة - على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثواباً مغلقة دون فضاها فى الحال للتحقق من سلامتها. هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف الجارى لتبين ما إذا كان يفيد معنى القبول الذى يرفع مسئولية الصانع أم لا.

(ج) - أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد 313-324 من القانون

المدنى - القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة.

وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التى رفعتها الطاعنة على المطعون عليها بسبب تلف أقمشتها عند تببيضها فى مصبغتها، قد أقام قضاءه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليهما هو عقد استصناع وأن مسؤولية هذين الأخيرين عن تببيض أقمشة الطاعنة قد انتقلت بتسليمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط وأنه حتى لو كان قد ظهر فيها تلف نتيجة الصباغة فهو عيب خفى كان يجب أن ترفع عنه الطاعنة دعوى الضمان فى خلال ثمانية أيام من وقت تحققها منه وذلك سواء أكان عقد الاستصناع مختلطاً أم ليس مختلطاً ببيع، وكان الحكم قد خلا من بحث ما تمسكت به الطاعنة من أن تسلمها الأقمشة لا يفيد القبول الذى يرفع مسؤولية المطعون عليها لأنها تسلمتها على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثواباً مغلفة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها كما جرى بذلك العرف التجارى وأنها بادرت بإخبار المطعون عليها بظهور العيب بها بمجرد ردها من عملائها لوجود احتراق فيها. كذلك لم يبين الحكم ما إذا كان تسلم الطاعنة الأقمشة فى الظروف سالفة الذكر فيه معنى القبول الذى يرفع مسؤولية المطعون عليها عما يكون قد ظهر فيها من عيب أم غير ذلك. فضلاً عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة 324 من القانون المدنى - القديم - دون أن يقرر تقريراً مدعماً بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد استصناع اعتماداً على ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق على عقد الاستصناع سواء أكان مختلطاً أم غير مختلط بالبيع - فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون كما شابه القصور".

(طعن رقم 187 لسنة 18 ق جلسة 14/12/1950)

ولما كان المؤلف عادة - كما ذكرنا سلفاً - أن يتم التقبل مع التسلم، فنتناول التسلم باعتباره متضمناً للقبول.

133 - شروط التسلم :

ذكرنا آنفاً أن التقبل يكون معاصراً للتسليم فى العادة، فيكون التسلم متضمناً للتقبل. ويجب لتحقيق التقبل أن يكون العمل محل التسلم مطابقاً للشروط المتفق عليها بالعقد بين رب العمل والمقاول، فإذا لم تكن ثمة شروط متفق عليها، فيجب أن يكون العمل مستوفياً

ما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المفاوضة.

وإذا وقع خلاف بين الطرفين حول ما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق بالمعنى المتقدم، جاز لأيهما أن يطلب ندب خبير فنى مختص على نفقته لمعاينة العمل وتقديم تقرير بها ينتهى إليه فى هذا الصدد.

وإذا رفع الأمر إلى القضاء كان للمحكمة ندب خبير آخر، أو تقضى فى الدعوى طبقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى وما قدم فيها من مستندات.

غير أن المخالفة المانعة من تسلم العمل محل المفاوضة، يجب أن تكون جسيمة إلى حد كبير بحيث تحول دون التسلم وتتضمن إحجافا برب العمل إذا تسلمه إذ يكون العمل فى هذه الصورة غير صالح للغرض المقصود، كما يبين من شروط التعاقد وأصول الصنعة وغير ذلك من الظروف.

وينبنى على ذلك أنه إذا كانت المخالفة لم تبلغ هذا الحد من الجسامه، كان رب العمل ملزما بتسليم العمل.

ويكون له أحد أمرين: إما المطالبة بتخفيض الأجرة بما يتناسب وقدر المخالفة. وإما المطالبة بتعويض عن الضرر الذى لحق به من جراء المخالفة.

وفى جميع الأحوال، إذا كان العمل يمكن إصلاحه جاز للمقاول إصلاحه فى مدة مناسبة. فتراأ ذمته من العيوب الظاهرة، ولكن لا تبراأ من العيوب الخفية التى تظهر بعد ذلك.

كما يجوز لرب العمل إلزام المقاول بإصلاح العمل، إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة⁽¹⁾.

وكانت المادة (872) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (655) من القانون تنص على أن :

"1- متى أتم المقاول العمل، ووضع تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف فى التعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل.

2- على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما

(1) السنهاورى ص 189 وما بعدها - قدرى الشهاوى ص 189 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 228 وما بعدها.

ورد فى العقد من شروط، أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل.

3- ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب نذب خبراء على نفقته لفحص الشئ، على أن يدون الخبراء محضرا بأعمالهم"، إلا أن المادة عدلت فى لجنة المراجعة ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النحو الراهن. وحذفت الفقرتان الثانية والثالثة اكتفاء بالأحكام العامة. وبالتالي يمكن الأخذ بأحكام هاتين الفقرتين لاتفاقهما مع القواعد العامة⁽¹⁾.

134- كيفية التسلم:

التسلم قد يكون صريحا أو ضمنيا.

وجرت العادة خاصة فى مقاولات البناء على تحرير محضر بالتسلم يقر فيه رب العمل بأنه قد عاين العمل وأنه وجده مطابقا لما هو متفق عليه، أو لما جرى عليه عرف الصناعة، وقد تكون له بعض الملاحظات أو التحفظات فيذكرها بالمحضر. والقبول فى هذه الحالة يكون صريحا.

ويوقع على المحضر - عادة- مع رب العمل كل من المقاول والمهندس. والتوقيع على هذا المحضر لا يعنى أن هذه العملية تعتبر اتفاقا منفصلا عن عقد المقاوله الأصلية. وبالذات فإن توقيع المهندس لا يجعل منه طرفا بالمعنى الدقيق فى هذه العملية، وإنما هو دليل على وفائه بالتزامه بمعاونة رب العمل وإبداء الرأى إليه فى هذا الخصوص بحسبانه مستشارا له اللهم إلا إذا كان يتصرف بصفته وكيلًا عن رب العمل، حين يكون هذا الأخير قد أنابه عنه صراحة فى عملية التسلم، وعندئذ فإنه سوف يلزمه بتوقيعه⁽²⁾.

والتسلم الضمنى، هو الذى يستخلص ضمنا من بعض الوقائع مادامت تكشف بوضوح عن نية رب العمل فى تقبل العمل. ومثل ذلك استعمال الشئ المصنوع مدة طويلة، أو تأجيله للغير، أو إدماجه فى شئ آخر، أو دفع الأجر المستحق للمقاول بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ.

ومن صور التسلم الضمنى أنه إذا كان العمل فى حيازة رب العمل منذ البداية، كما إذا قام سباك بإصلاح مواسير المياه وهى فى مكانها دون أن تنتقل من حيازة رب العمل،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 33 وما بعدها.

(2) محمد شكرى سرور ص 150.

فالتسليم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تصليحها، فإن هذا يفيد ضمنا أنه تقبلها.

135- التسليم الكلى والتسليم الجزئى :

التسليم قد يكون كلياً إذا انصب على كل العمل، بعد تمام إنجازه، ويتم هذا التسليم بصفة خاصة، إذا كان العمل كلاً متكاملاً، لا يقبل التجزئة، حيث لا سبيل أمام رب العمل إلا أن ينتظر تمام إنجازه كاملاً حتى يتسنى له تسلمه، وهنا يكون التسليم واحداً بتاريخ واحد ومحضر تسليم وتسليم واحد.

وكذلك إذا كان قد نص فى العقد على وجوب أن يتم التسليم مرة واحدة، ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أو الانقسام بطبيعتها فلا يتم التسليم إذن إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقابلة، حتى وإن أنجزت بعض الأعمال الفرعية منها. وعلى ذلك لا يلتزم رب العمل بدفع باقى مبلغ المقابلة، بناء على طلب أحد المقاولين الذى أنجز بعض الأعمال، مما يعتبر جزءاً مستقلاً من المقابلة⁽¹⁾.

وقد يكون التسليم جزئياً، ويتصور ذلك إذا كان العمل قابلاً للتجزئة إلى مجموعة من المراحل أو الهياكل بحيث يمكن تسلمه مرحلة تلو أخرى أو هيكلاً بعد آخر حسب ما يتم إنجازه منه أولاً بأول حسب طلب صاحب المصلحة فى ذلك، كمالو كان العمل يتكون من مرحلة وضع الأساسات، وتقوم به شركة متخصصة فى دق الأساسات الخرسانية، ثم مرحلة الهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة.

وكذلك لو انصبت المقابلة، على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض، بحيث يمكن تجزئة تسلمها، بحسب ما تم إنجازه منها، شريطة أن ينتفى المانع القانونى أو الاتفاقى عن تجزئة التسليم⁽²⁾.

أو كان ثمن العمل محدداً بسعر الوحدة، كأن يتعهد المقاول بصنع عدد معين من نوع الشئ فإن التسليم يجوز أن يكون مجزئاً بالنسبة للطرفين. فيطلب المقابلة المعاينة والتقبل ودفع الأجر عقب إنجاز كل جزء فإذا تم التسليم كان للمقاول أن يستوفى من الأجر بقدر ما أنجز من العمل⁽³⁾.

(1) عبد الرازق حسين يس ص 245.

(2) عبد الرازق حسين يس ص 246.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر ص 230.

ومثل ذلك أيضا أن يتعهد نجار بصنع عشرة أبواب، بسعر محدد لكل باب، أو بصنع منضدة ومجموعة كراسى للمنضدة سعر ولكل كرسى سعر، فإنه يجوز أن يكون التسلم مجزءا، ويقوم رب العمل بتسلم كل باب أو كل كرسى على حدة أو تسلم المنضدة على حدة والكراسى جميعا على حدة.

وتجرى المعاينة عند التسلم، ويكون للنجار تقاضى أجرا لما سلمه، ويعتبر دفع هذا الأجر قبولا لمحل المقاولة المسلم إلى رب العمل. وهذا ما لم يكن قد تم دفعه تحت الحساب، كما يحدث فى المقاولات الكبرى.

136 - التسلم المؤقت والتسلم النهائى :

أشار القانون إلى تسلم الأعمال فى صدد عقد المقاولة بوجه عام، بحسبانه عملية واحدة. ومع ذلك فقد درجت العادة - فى خصوص مقاولات المبانى - أن تتضمن الصفقة المبرمة بين المقاول ورب العمل شرطا بموجبه يتم التسلم على مرحلتين، يكون فى أولاهما تسلما مؤقتا، يستمر لمدة سنة، يعلن بعدها التسلم النهائى.

ويمكن تعريف التسلم المؤقت بأنه إفصاح رب العمل عن إرادته فى تقبل العمل، بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التى يضمنها رب العمل محضر التسليم والتسلم. وذلك بإصلاح كل العيوب وإكمال النقائص وإزالة كل الشوائب التى أدت إلى تقرير هذه التحفظات. وذلك فى المدة التى يتفق عليها - هى فى العادة سنة - أو المدة المعقولة طبقا للعرف الجارى فى المهنة، وهذا التسلم لا يبرئ ذمة المقاول من التزاماته التعاقدية - طبقا للقواعد العامة - قبل رب العمل.

أما التسلم النهائى فهو إقرار رب العمل بتسلم العمل وتقبله بصفة نهائية بعد انقضاء المدة المتفق عليها والانتهاى من الإصلاحات التى اقتضتها التحفظات التى قررها رب العمل فى محضر التسليم والتسلم المؤقت بتنفيذها التنفيذ المرضى، سواء كانت المدة قد انتهت أم لا⁽¹⁾.

وهنا يبرز فرضان :

الأول :

أن تكون الإصلاحات محل التحفظات قد تمت قبل انتهاء المدة أو مع انتهائها.

(2) عبد الرزاق حسين يس ص 240 - محمد شكرى سرور ص 158 وما بعدها.

وهنا تبرأ ذمة المقاول تجاه رب العمل من كل العيوب الظاهرة أثناء عملية التسلم، ولكنها لا تبرأ من العيوب الخفية التى قد تظهر بعد انتهاء هذه المدة.

الثانى :

أن تكون المدة قد انتهت دون أن تتم الإصلاحات، فإن التسلم النهائى لا يكون قد تم. ويبقى مكان العمل مفتوحاً قانوناً، حتى يتم الإصلاح المطلوب بمعرفة المقاول نفسه، بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف، أو على نفقته وتحت مسؤوليته بمعرفة مقاول آخر⁽¹⁾.

137- زمان التسلم :

إذا كان هناك ميعاد متفق عليه للتسلم، فإن التسلم يتم فى هذا الميعاد. فإذا لم يتفق على ميعاد للتسلم فقد أوجبت المادة (655) مدنى على رب العمل "أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات".

وقد قصد النص بالتسلم قبول العمل أى إقراره، لا مجرد وضع اليد عليه، ويؤيد ذلك الرجوع إلى أصل المادة 655 فى المشروع التمهيدي- وكان رقمها 872- إذ كانت المادة الأخيرة توجب على رب العمل أن يبادر إلى معاينة العمل والمعاينة لازمة حتى يصدر قبول رب العمل صحيحاً.

ولا شك أن ما قضت به المادة 655 مدنى هو ما يوجبه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود⁽²⁾.

138- مكان التسلم :

يكون التسلم فى مكان التسليم. وقد عرضنا تفصيلاً لمكان التسليم فى بند (100) فنحيل إليه فى ذلك.

139- النتائج التى تترتب على التسلم والقبول :

من أهم النتائج التى تترتب على التسلم ما يأتى :

1- انتقال ملكية الشيء المصنوع - محل عقد المقاوله- إذا كان المقاول هو الذى

(1) عبد الرزاق حسين يس ص 241 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 153.

ورد المادة التى استخدمها فى العمل - إلى رب العمل من وقت التقبل.

- 2- التزام رب العمل بدفع الأجر عند تقبل العمل المعهود به إلى المقاول، إلا إذا قضى الاتفاق والعرف بغير ذلك (مادة 656 مدنى).
- 3- عدم ضمان المقاول للعيوب الظاهرة التى كان فى إمكان رب العمل اكتشافها بالفحص العادى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "تسلم رب العمل البناء تسلماً نهائياً غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه فى إرساء الأساسات على أرض طفيلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لا يغطيه التسليم".

(طعن رقم 325 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

(ب) - "إقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسليمه البناء ومقبولاً بحالته الظاهرة التى هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التى كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائياً لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم".

(طعن رقم 345 لسنة 33 ق جلسة 1967/4/13)

- 4- انتقال تبعة هلاك العقار بسبب أجنبى من المقاول إلى رب العمل باعتباره مالكا للعقار، والقاعدة أن الشئ يهلك على مالكة.
- 5- انتقال الحراسة على البناء إلى رب العمل، فيكون الأخير مسئولاً عن كل ما يحدثه هذا البناء من ضرر للغير طبقاً للمادة 177 مدنى.

140 - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

تنص المادة (655) مدنى فى عجزها على أنه: "متى أتم المقابل العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل...، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه". فإذا أتم المقابل العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، ولكنه امتنع عن تسلمه وتقبله إما صراحة وإما بتراخيه فى تسلمه، وذلك بدون سبب مشروع، كان على المقابل إنذار رب العمل بتسليم العمل بموجب إنذار رسمى أى إنذار على يد محضر⁽¹⁾، فإذا لم يقد بتسلمه اعتبر أن العمل قد سلم إليه، أى أن العمل يكون قد سلم إليه حكماً.

ويترتب على هذا التسلم الحكمى كافة الآثار التى تترتب على التسلم الفعلى والتى ذكرنا أهمها فيما سلف.

ويضاف إلى ما تقدم، أنه يجوز للمقابل طبقاً للقواعد العامة أن يسلك إجراءات العرض الحقيقى المنصوص عليها فى المواد (334-337) مدنى.

وتنص المادة 334 على أن:

"إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عرضاً صحيحاً، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى".

وتنص المادة 335 على أن:

"إذا تم إعدار الدائن، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر".

وتنص المادة 336 على أن:

"إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه فإذا كان هذا الشئ عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

وتنص المادة 337 على أن:

(1) وقد أضيفت عبارة "بإنذار رسمى" إلى المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 34 وما بعدها).

"1- يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع إليها التلف، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة.

2- فإذا كان الشيء له سعر معروف فى الأسواق، أو كان التعامل فيه متداولاً فى البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر بالمعروف".
وللمقاول بعد بيع الشيء، أن يستوفى أجره من الثمن وكذا التعويضات المستحقة له، ويودع الباقي خزانة المحكمة.

ويجوز للمقاول أن يطلب - بعد إعدار رب العمل - فسخ العقد حتى يتحلل من واجب التسليم، ويتحقق ذلك إذا كان للمقاول مصلحة فى الفسخ، كما لو رأى المقاول مثلاً أن فى إمكانه بيع الشيء محل المقابلة لغير رب العمل بثمن أكبر فيربح من وراء هذه الصفقة.

وللقاضى تقدير طلب الفسخ على النحو الذى أوضحناه سلفاً⁽¹⁾.



(1) السنهاورى ص 194 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 231 وما بعدها.

مادة (656)

يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك.

الشرح

تناولنا الأجر فيما سلف باعتباراه ركنا فى عقد المقاولة (راجع شرح المادة 646)، ونتناول الأجر هنا بوصفه التزاما واقعا على رب العمل.

141- تعيين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق عليه :

تنص المادة 659 مدنى على أنه: "إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

وقد رأينا سلفا أن وجود الأجر وإن كان ضروريا فى عقد المقاولة، إلا أنه ليس من الضرورى تعيين مقداره.

فقد تكفلت المادة 659 ببيان كيفية تحديد الأجر فى حالة عدم الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا.

فقد نصت المادة على عنصرين يقوم عليهما تحديد الأجر.

العنصر الأول :

قيمة العمل الذى قام به المقاول.

وهذا العنصر يفرض على القاضى أن يراعى فى تقدير الأجر ما يأتى :

1- طبيعة العمل وما إذا كان معقدا صعبا فى تنفيذه يحتاج إلى مهارة فنية كبيرة أم بسيطا سهلا، والأخطار والمسئوليات التى يتعرض لها المقاول فى القيام به.

2- كمية العمل، وعلى ذلك فالمقاول الذى يقوم بتشديد بناء، يستحق أجرا عن هذا العمل، كما يستحق أجرا آخر عن التصميم إذا كان هو الذى وضعه.

3- الوقت الذى استغرقه العمل.

4- مكان العمل ومدى قربه أو بعده عن العمران أو المواصلات.

5- مؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته.

6- عرف المهنة الجارى، إذ قد يتكفل عرفة المهنة بتحديد أجر المقاول. فالحائك

أجره متعارف عليه فى السوق تبعا لسمعته ومهارته، والحلاق والكواء والنجار.. إلخ. وأجر الطبيب يتحدد تبعا لعرف مهنة الطب، ويسترشد فى ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية وثروة المريض⁽¹⁾.

العنصر الثانى :

نفقات المقاول :

ويقصد بها النفقات التى تكبدها المقاول فى سبيل إنجاز العمل المتفق عليه، فتشمل أثمان المواد التى استخدمها المقاول فى العمل، وأجور العمال الذين استعان بهم فى العمل، وكافة مصاريف الانتقال وغيرها.

142- توابع أجر المقاول :

يلتزم رب العمل فضلا عن دفع الأجر إلى المقاول، بوفاء ما يلحق به، وذلك سواء تم تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين أو بحكم القاضى.

ومما يلحق بالأجر نفقات الوفاء بالأجر، كأن يكون مشترطا الوفاء بالأجر عن طريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويله إلى مصرف فيلتزم رب العمل بمصروفات الحوالة أو التحويل على البنك.

ويلحق بالأجر مصاريف فحص الحساب بين المقاول ورب العمل.

أما فوائد الأجر فيسرى فى شأنها حكم القواعد العامة، ولا تسرى إلا من يوم المطالبة القضائية بها (م226) مدنى.

وقد أسلفنا أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى عقد المقاولة، وكان لهذه المادة قيمة محسوسة، فإن أحكام المقاولة تسرى على العمل، بينما تسرى أحكام البيع على المادة. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 458 مدنى - الواردة فى البيع - على أن :

"لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره". ف يكون للمقاول الحق فى تقاضى فوائد عن الجزء من الأجر المقابل للمادة التى وردها من وقت إعدار رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده، ولا

(1) السنهاورى ص 200 وما بعدها.

ضرورة للمطالبة القضائية، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل⁽¹⁾.

143- الأصل عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه :

إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد الأجر عند إبرام عقد المقاولة، أو اتفاقاً على الأسس التى تسمح بتحديدته فى المستقبل، وتحدد الأجر فعلاً وفقاً لهذه الأسس. فالأصل أنه لا يجوز تعديل هذا الأجر بالزيادة أو بالإنقاص إلا باتفاق الطرفين، إذ تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 1/147 مدنى بأن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو الأسباب التى يقررها القانون". والقانون لا يجيز زيادة الأجر أو نقصه فى المقاولة لمجرد أنه غير متناسب مع العمل الذى تم.

ولا يجوز تطبيق المادة 2/709 مدنى التى تنص على أن "إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة"، لأن هذا الحكم خاص بأجر الوكيل، وقد جاء استثناء من القواعد العامة، فلا يجوز القياس عليه.

غير أنه إذا كان العقد مزيجاً من الوكالة والمقاولة، فإنه يجوز للقاضى تعديل الأجر فى الجزء المتعلق بالوكالة، إذا كان يمكن تعيين هذا الجزء من الأجر، فإذا لم يمكن ذلك تكون العبرة بالعنصر الغالب فى العقد، فإذا كان العنصر الغالب هو الوكالة، فإنه يسرى عليها تعديل الأجر.

غير أنه استثناء من القاعدة السابقة يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بين المقاول ورب العمل بالزيادة أو الإنقاص دون حاجة إلى اتفاق الطرفين فى الحالات التى تنص عليها المادة (657)، كما سنرى.



مادة (657)

"1- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المفاوض أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.

2- فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل".

الشرح

144- شروط تعديل الأجر المتفق عليه بين المفاوض ورب العمل :

اشترطت المادة لتعديل الأجر المتفق عليه بين المفاوض ورب العمل توافر ثلاثة شروط هى:

الشرط الأول :

أن يكون الأجر فى المفاوضة متفقا عليه بموجب مقايضة على أساس الوحدة :

فإذا لم يكن هناك أجر متفق عليه أصلا، أو كان هناك أجر متفق عليه ولكنه إجمالى على أساس تصميم معين، فإن حكم النص لا ينطبق ذلك أن الأجر إذا كان إجماليا على أساس تصميم معين، فإنه لا يجوز إنقاذه أو زيادته إلا فى ظروف خاصة وبشروط معينة كما سنرى.

الشرط الثانى :

أن يتبين أثناء العمل ضرورة مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب كان خفيا أثناء العقد :

يشترط أن يتبين المفاوض أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، لسبب كان خفيا عليه وقت العقد. والمقصود بمجاوزة المقايسة المقدرة، هو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فى المقايسة لا مجاوزة أسعارها، ذلك أن المجاوزة فى الأسعار لا يعتد بها. ومما يؤكد ذلك أن المادة (878) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى - المقابلة للمادة (657) كانت تنص فى صدرها على أن: "إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة وجب على المفاوض أن يخطر فى الحال.... إلخ" إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عدلت النص بجعله: "إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة....".

وجاء بتقريرها تبريرا لهذا التعديل: "لاحظت اللجنة أن النص الأسمى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هى مجاوزة السعر الوارد فى المقايسة مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر لذلك عدلت اللجنة النص بما يزيل اللبس"⁽¹⁾.

ويشترط أن تكون الزيادة فى كميات الأعمال محسوسة فإذا لم تكن كذلك، وجب زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة جبرا عن صاحب العمل. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة من عدمه. ولا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض .

ولقاضى الموضوع بطبيعة الحال الاستعانة فى ذلك بأهل الخبرة.

ويشترط أن تكون هذه الزيادة المحسوسة غير متوقعة وقت إبرام العقد. فهذه الزيادة هى التى تتضح أثناء مباشرة المفاوض للعمل فقط دون أن تكون متوقعة أثناء إبرام العقد.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 37 وما بعدها.

أما إذا كانت الزيادة متوقعة وقت إبرام العقد، أو كان من الممكن توقعها زاد الأجر بمقدار هذه الزيادة جبرا عن رب العمل.

الشرط الثالث:

إخطار المقاول رب العمل بالزيادة بمجرد تبينه لها :

تنص على هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة بقولها: " .. وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات".

فيجب على المقاول أن يخطر رب العمل بما تبين له أثناء العمل من أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة. وكذا بمقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، على أساس الزيادة المتوقعة في كمية العمل.

والمادة لم تحدد شكلا معيناً يتم به الإخطار، ومن ثم فإنه يمكن أن يتم بأية وسيلة، سواء بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، أو بخطاب موصى عليه، أو بخطاب عادي، أو حتى شفاهة على أن يقوم المقاول بإثبات هذا الإخطار، ولذلك يحسن أن يكون هذا الإخطار بكتاب مسجل على الأقل حتى يسهل إثباته.

والنص أوجب أن يتم الإخطار (في الحال) أى بمجرد تبين المقاول الزيادة المحسوسة. أما إذا تراخى المقاول في الإخطار بعد تبينه الزيادة المحسوسة، فإن ذلك يعد تنازلاً ضمناً منه عن الزيادة في الأجر، ولا يجوز له بعد ذلك المطالبة بها. والعبرة بمقدار الزيادة التي ضمنها المقاول إخطاره للمؤجر، وعلى ذلك إذا تبين فيما بعد أن هذه الزيادة غير كافية، وأنه يلزم زيادة أخرى، فلا يلزم رب العمل بزيادة أخرى.

145- أترتوافر الشروط الثلاثة سالف الذكر :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التي أوردناها في البند السابق، فإننا نكون بصدد أحد فرضين لكل منهما حكمه الخاص هما :

- 1- أن تكون المجاوزة المحسوسة في كمية الأعمال جسيمة.
- 2- أن تكون المجاوزة المحسوسة في كمية الأعمال غير جسيمة.

ونعرض لحكم كل من هذين الفرضين فيما يلي.

146- الفرض الأول :

المجاوزة المحسوسة الجسيمة :

نصت الفقرة الثانية من المادة (657) مدنى على حكم الزيادة المحسوسة الجسيمة بقولها : " فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

والواضح أن المادة لم تبين متى تكون المجاوزة المحسوسة جسيمة، ومتى لا تكون كذلك. وإنما تركت تقدير ذلك لقاضى الموضوع، وهو فى تقديره غير خاضع لرقابة محكمة النقض. ولا تعتبر المجاوزة بنسبة 10% من الأعمال المقدرة بالمقاييس مجاوزة جسيمة.

وتخلص أحكام الفقرة سالفه الذكر فيما يلى :

1- إذا كانت المجاوزة المحسوسة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، كان رب العمل بالخيار بين التمسك بعقد المقاولة وبأن يطلب من المقاول إتمام العمل، أو التحلل من عقد المقاولة، وأن يطلب من المقاول وقف العمل.

2- إذا اختار رب العمل الخيار الأول وهو التمسك بعقد المقاولة، فإنه يلتزم بزيادة الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة، أما باقى شروط عقد المقاولة فتظل سارية.

3- إذا اختار رب العمل الخيار الثانى وهو التحلل من عقد المقاولة. تعين عليه إخطار المقاول بوقف العمل - كما يقول النص - "دون إبطاء"، فإذا أبطأ رب العمل فى إخطار المقاول بوقف العمل بدون مبرر فإنه يفترض اختياره الخيار الأول وهو التمسك بعقد المقاولة.

ولم يحدد النص شكلا خاصا يتم به إخطار المقاول بوقف العمل. فقد يكون الإخطار بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، أو بخطاب موصى عليه، أو بخطاب عادى، أو حتى شفاهة بشرط إثبات رب العمل حصوله.

4- يجب على رب العمل إذا اختار التحلل من عقد المقاولة، أن يعرض المقاول بإيفائه "قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل"، أى يجب على رب العمل أن يرد إلى المقاول قيمة ما أنجزه من أعمال والعبرة فى تقدير قيمة الأعمال التى أنجزها المقاول بالأسعار الواردة بالمقاييس، ولو

كان المقاول قد أنفق على هذه الأعمال ما يجاوز الأسعار الواردة بالمقايضة، إلا إذا اتفق في العقد على خلاف ذلك.

ويترتب على ذلك أنه إذا هبطت أسعار الأعمال التي تكبدها المقاول عن تلك الواردة بالمقايضة، فإن رب العمل يظل ملتزماً بالأسعار الأخيرة.

ويفصح عما تقدم أن المادة (878) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى التى أصبحت برقم (657) كانت تنص فى عجز فقرتها الثانية على: "مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل" - إلا النص عدل فى مجلس الشيوخ باستبدال عبارة "مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد" بعبارة "مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال"، وجاء بنقير لجنة القانون المدنى تبريراً لهذا التعديل، أن اللجنة رأت أن يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقتها لأن رب العمل لم يكن مسئولاً عن مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايضة. بل وقد تكون قيمة المصروفات التى أنفقتها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة نفسها، والأمر لم يسفر إلا عن تنفيذ المقابلة تنفيذاً جزئياً⁽¹⁾.

وتحلل رب العمل من المقابلة هنا هو فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعى، فما تم تنفيذه من العقد ينتج أثره، ويفسخ العقد فى الشرط الذى لم ينفذ⁽²⁾.

147- الفرض الثانى :

المجازرة المحسوسة غير الجسيمة :

لم تتعرض المادة 657 مدنى سالفه الذكر لفرض ما إذا كانت المجازرة المحسوسة غير جسيمة.

ولكن بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية منها لا يجوز لرب العمل التحلل من عقد المقابلة.

ويلتزم زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجازرة، ولا خيار له فى ذلك. فإذا قدر القاضى مثلاً المجازرة بنسبة 10% من قيمة الأعمال المقدرة بالمقايضة،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 38 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 213.

فإنه يقرر زيادة الأجر بما يناسب هذه المجاوزة.



مادة (658)

- 1- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره.
- 2- ويحب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.
- 3- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يحل تنفيذ العقد عسيرا.
- 4- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

الشرح

148- شروط تطبيق المادة :

تنص المادة على أنه إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، ثم أوردت استثناءين على هذا الأصل.

ونعرض هنا لشروط تطبيق المادة وهي ثلاثة :

(1) أن يكون الأجر في المقاولة قد تحدد بمبلغ إجمالي :

ويتحقق ذلك بأن يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد أى مقدما، على أجر معين يدفعه رب العمل في مقابل كل الأعمال المطلوبة من المقاول، بحيث يكون هذا التحديد نهائيا، فلا يكون الأجر قابلا للتغيير فيه بعد ذلك لأى سبب من الأسباب.

أما إذا كان الأجر الإجمالى غير محدد تحديدا نهائيا، كأن اتفق المتعاقدان على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أكثر أو أقل مما كان متفقا عليه، فإن هذا الاتفاق يخضع للقواعد العامة ويكون ملزما للطرفين.

(2) أن يكون هذا الأجر قد تحدد على أساس تصميم متفق عليه :

ولا يقصد بالتصميم هنا معناه الفنى و هو التمثيل بالخطوط والرسومات، بل يقصد به كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول، ويجب أن يكون هذا التصميم كاملا وواضحا ونهائيا

فيجب أن يكون التصميم كاملا، بأن يتضمن بيان كل الأعمال المطلوبة، أما إن اقتصر فقط على بيان بعض هذه الأعمال ونص على أن بقيتها تستكمل فيما بعد ، بواسطة رب العمل أو المهندس المعمارى، فإن المقابلة لا تعتبر جزافية بالمعنى المقصود فى المادة 658، إذ يجب أن يتوافر للتصميم كماله وقت إبرام العقد لا فى وقت لاحق ، وذلك حتى يمكن القول أن تحديد الأجر وقت إبرام العقد قد تم على أساس هذا التصميم. ويجب أن يكون التصميم واضحا، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلا دقيقا، فلا يكون التصميم الذى لا يشتمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها، أو إلا على مخطط تقريبي غير دقيق لهذه الأعمال تصميميا واضحا.

ويجب أخيرا أن يكون هذا التصميم متفقا عليه بصفة نهائية، أى أن يكون اتفاق المتعاقدين عليه نهائيا، بحيث لا يجوز إجراء أى تغيير بعد ذلك فى مدى أو أوصاف الأعمال التى يتضمنها ولا يتحقق ذلك إذا كان رب العمل قد احتفظ لنفسه فى العقد بالحق فى إدخال تعديلات على التصميم المتفق عليه، سواء بالإضافة أو بالحذف، أو بالتغيير، فمن شأن هذا الشرط أن ينفى كون الأجر قد تحدد على أساس التصميم المتفق عليه.

ويستفاد بيان الأعمال المعهود بها إلى المقاول من جميع الوثائق التى يتكون منها اتفاق الطرفين، وبصفة خاصة من العقد الأسمى ومن دفتر الشروط، ومن المقايسة ومن الرسومات.

(3) أن يكون عقد المقابلة مبرما بين رب العمل الأسمى والمقاول.

أما إذا أبرم العقد بين مقاول أسمى ومقاول من الباطن، فلا يخضع لحكم المادة 658 مدنى، وإنما تسرى حكم القواعد العامة. فلو اتفق مقاول أسمى مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالى جزافى كان فى

استطاعة المقاول من الباطن أن يجرى تعديلات فى التصميم بعد موافقة المقاول الأصلى ولو بموجب موافقة ضمنية غير مكتوبة. ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد فى مقابل هذا التعديل حسب أهمية التغيير ومداه وطبيعته ونفقاته وتكاليفه. والسبب فى ذلك أن المادة 658 مدنى إنما وضعت لحماية رب العمل وهو عادة غير فنى قليل الخبرة من المقاول، وهو شخص واسع الخبرة والتجربة فى مجال عمله.

149- أترتوافر الشروط الثلاثة :

إذا توافرت الشروط الثلاثة السالفة الذكر، فإن الأجر الإجمالى الجزافى الذى اتفق عليه الطرفان لا يكون قابلاً للتعديل زيادة أو نقصاً، إلا إذا كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل. ويظل الأجر ثابتاً، حتى ولو أدخل المقاول تعديلاً على التصميم، ولو كان هذا التعديل ضرورياً، أو زادت التكلفة لأى سبب من الأسباب، كارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غير ذلك من التكاليف، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.

وكانت المادة 879 من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة 658 تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضافت عبارة "أو غيرها من التكاليف" فى الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها⁽¹⁾.

والحكمة من ذلك أن رب العمل قصد من الاتفاق على الأجر الجزافى أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت فلا يفاجأ بأية زيادة، وأيضاً حماية رب العمل من المقاول لقلّة خبرته بالنسبة إلى خبرة الأخير.

ولا يجوز للمقاول الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير، ولو كان ما قام به من أعمال قد زاد فى قيمة العمل. لأن العقد الجزافى يمنع كل زيادة فى الأجر إذا لم يأذن رب العمل بالأعمال التى أجراها المقاول وإذا لم يتفق معه على أجرها. وبالتالي فإن احتفاظ رب العمل بهذه الأعمال وانتفاعه بها يكون له سبب وهو عقد المقاولة.

ومن المقرر أن أحكام الإثراء بلا سبب لا تنطبق إذا كان هناك عقد مبرم بين

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 44.

المشترى والمفتقر وكان هذا العقد ينظم الأعمال التى أدت إلى هذا الإثراء أو إلى هذا الاقتار.

ويستطيع المقاول نزع هذه الأعمال إذا كان ذلك لا يضر برب العمل⁽¹⁾.

غير أن هذا الحكم ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفته، وبصفة خاصة يحوز أن يتفق فى العقد على أن للمقاول الحق فى القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال لا غناء عنها لتنفيذه، وأن له تقاضى أجرا عن هذه الأعمال متى تمت دون اعتراض من رب العمل، ولو لم يأذن بها صراحة، ولو لم يتفق على أجرها⁽²⁾.

150- استثناء أن يجوز فيهما زيادة الأجر :

نصت المادة (658) مدنى على استثنائين من القاعدة العامة التى بمقتضاها لا يجوز تعديل أجر المقاول بالزيادة أو النقصان فى حالة إبرام العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل وهما:

1- حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه.

2- انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة.

ونعرض لهذين الاستثنائين فيما يلى :

151- الاستثناء الأول :

حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه :

تنص على هذا الاستثناء الفقرة الأولى من المادة (658) مدنى بقولها:

"فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره".

(1) محمد لبيب شنب ص 171.

(2) السنهاورى ص 222 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 172.

فيشترط لسريان هذا الاستثناء ما يأتي :

1- حدوث تعديل أو إضافة في التصميم.

2- أن يكون التعديل أو الإضافة في التصميم إما راجعا إلى خطأ من رب العمل واستوجب ذلك زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالي، وإما أن يكون مأذونا به من رب العمل للمقاول واتفق معه على أجره مقابل هذا التعديل أو الإضافة.

ومثال خطأ رب العمل الذي يبرر زيادة أجر المقاول أن يكون رب العمل قد قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريدها للبناء، أو قدم له أرضا لا يملكها كلها فاضطر المقاول إلى هدم البناء في الجزء الذي لا يملكه رب العمل وتعديل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التي يملكها رب العمل. إذ يحق للمقاول في هذه الحالة أن يطالب بزيادة في الأجر تقابل النفقات التي تكبدها بسبب اضطراره إلى الهدم وتعديل التصميم.

ولا يشترط لحصول المقاول على الزيادة في الأجر أن يكون خطأ رب العمل صادرا عن سوء نية أو تقصير. طالما أنه تسبب بخطئه في زيادة التكاليف على التكاليف الإجمالية المتفق عليها.

وكذلك يرجع المقاول بالزيادة في الأجر إذا حدث تعديل أو إضافة في التصميم بإذن من رب العمل. بشرط أن يكون رب العمل قد اتفق مع المقاول على الزيادة في الأجر التي يستحقها مقابل الإضافة أو التعديل.

ولا يعتد بالإذن الصادر من مهندس رب العمل، إلا إذا كان المهندس وكيلًا عنه، وكانت وکالته تخوله سلطة إجراء تعديلات أو إضافات على التصميم المتفق عليه فإذا لم يصدر إذن من رب العمل، وقام المقاول من نفسه بالتعديل أو الإضافة فلا يستحق المقاول الزيادة.

والحكمة من اشتراط اتفاق رب العمل مع المقاول على الزيادة في الأجر، أن المقاول قد يغرى رب العمل بإجراء تعديل في التصميم أو إضافة فيه ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة لم يكن يتوقعها فتضيع عليه ميزة الأجر الجزافي الذي اطمأن إليه عند إبرام عقد الماولة. وهذا يعنى أن المشرع أراد بذلك تنبيه رب العمل إلى الزيادة التي سيتحملها⁽¹⁾.

وكون العمل الزائد قد تم في حضور رب العمل أو بعلمه ودون اعتراض منه، لا

(1) السنهاورى ص 225 وما بعدها - فتية قره ص 211.

يكفى لإلزامه بزيادة فى الأجر، لأن هذا المسلك وإن أمكن الاستدلال منه على إذن رب العمل بإجراء هذا العمل، فإنه لا يفيد الاتفاق مع المقاول على أجره.

وهنا يبدو خروج نص المادة 658 على الأحكام العامة فى المقاولات التى تبيح للمقاول المطالبة بأجر ما قام به من عمل ولو لم يتفق مع رب العمل على الأجر. ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة فى الأجر ويرجع فى هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م659مدنى)⁽¹⁾.

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة (658) أن يحصل الاتفاق بين رب العمل والمقاول على إحداث التعديل أو الإضافة بالتصميم والزيادة فى الأجر المتفق عليها كتابة. إلا إذا كان العقد الأسمى ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

واشترط الكتابة لا يتضمن خروجاً على القواعد العامة فى الإثبات، لأن الإذن بإجراء تعديل أو إضافة فى التصميم، يعتبر مجاوزاً ما اشتمل عليه دليل كتابى - هو عقد المفاوضة المبرم بين الطرفين - وبالتالي لا يجوز إثبات هذا الإذن إلا بالكتابة بالتطبيق للمادة (61/أ) من قانون الإثبات. والكتابة لا تشترط فقط لإثبات الإذن بتعديل التصميم أو الإضافة إليه، بل تشترط أيضاً لإثبات الزيادة فى الأجر، على عكس ما يوهم به ظاهر النص⁽²⁾.

ولما كانت الكتابة هنا مشترطة للإثبات، فإنه يغنى عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبينة (م62 من قانون الإثبات). وكذلك يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع مسمى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى (م63/أ من قانون الإثبات) أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه (م63/ب من قانون الإثبات)⁽³⁾.

(1) فتيحه قره ص 211.

(2) السهنورى ص 227 - فتيحه قره ص 211 وما بعدها.

(3) وفى ظل التقنين المدنى القديم لم يلتزم القضاء ضرورة الاتفاق مقدماً على التعديل وزيادة الأجر، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فقط. فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن جرت العادة فى أشغال العمارات أن يغير أصحابها فى تنفيذ الأعمال المختصة بها، ومن تلك التغييرات ما يكون وقتياً فلا يؤخذ به عقد خاص.

ولذلك لا يفيد صاحب العمارة التمسك بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال التامة على ذلك العقد ومن أقوال الخصوم أنفسهم (استئناف وطنى 14 ديسمبر سنة 1905 مشار إليه بهامش السهنورى ص 227).

152- الاستثناء الثاني :

انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة :

تنص على هذا الاستثناء الفقرة الرابعة من المادة (658) مدنى بقولها :
 "على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد".
 وهذا النص تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (147) مدنى التى تجرى على أن :
 "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" - ولذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن الفقرة الرابعة من المادة (658) أنها "تطبيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة. وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة فى المادة 213 فقرة 2 منه"(1).

وعلى ذلك فإن شروط الفقرة الرابعة من المادة (658) هى ذاتها شروط نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها بالمادة 2/147 مدنى.

وشروط نظرية الظروف الطارئة تخلص فيما يأتى :

(1) أن يكون العقد متراجيا :

ويمكن القول بأن هذا الشرط يتوافر فى الغالب، ولكنه ليس شرطا ضروريا.
 وهذا الشرط متوافر فى عقد المقاولة على اعتبار أن هناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاولة وتنفيذها هى فترة الإعداد والتجهيز لتنفيذ محل عقد الوكالة(2).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 42.

(2) قدرى الشهاوى ص 214.

(2) أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة :

يشترط أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة.

وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 658 بقولها : "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات ... بسبب حوادث استثنائية عامة".

ومثل ذلك الحرب والفيضان أو انتشار وباء أو صدور تشريع مفاجئ أو استيلاء إدارى أو قيام تسعيرة جبرية أو إلغائها. ويترتب على هذه الحوادث الاستثنائية العامة ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور النقل أو سعر التأمين أو الضرائب. ولم ترد كلمة (عامة) بعد لفظ (استثنائية) بمشروع المادة 658 (وكانت برقم 879)، إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب قيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى تحدد المقصود بالحوادث، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصددھا مع المادة 147 مدنى إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية⁽¹⁾.

وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من المفاوض ولا متوقعة ولا يمكنه توقعها. مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها أطلال مدينة قديمة أو مجرى مياه جوفية، مما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيراً عما كان مقدراً، فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاماً - وهو عام لأنه لا يخص هذا المفاوض وحده بل يعم أى مفاوض آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المفاوضة لم يكن فى الحساب وقت التعاقد⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 43.

(2) السنهاوى ص 230 هامش (1) - قدرى الشهاوى ص 214 وما بعدها هامش (44) - فتيحه قره ص 213 هامش 23 وما بعدها - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص 176 إذ يذهب إلى أنه يشترط لتطبيق النص أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث أو ظروف لم تكن موجودة وقت التعاقد ولذلك فإن النص لا ينطبق إذا زادت نفقات المفاوض بسبب صعوبات فى التنفيذ كانت موجودة وقت إبرام العقد، كما لو تبين أن تحت الأرض المراد البناء عليها مجرى جوفى لنهر أو أطلال مدينة قديمة، مما يستدعى عمل أساسات غير عادية، تتكلف نفقات طائلة، فإن ذلك لا يدخل فى حكم المادة 658/4، ومع ذلك فإنه يجوز للمفاوض أن يطلب إبطال عقد المفاوضة، على أساس الغلط فى صفة جوهرية من صفات العمل محل العقد، فالعمل كان من الواجب إنجازها على أرض صالحة بطبيعتها للبناء، وهذه هى الصفة =

= الجوهرية التى دفعت المفاوض إلى قبول التعاقد بالأجر المحدد إجمالاً، ولكن تبين أن هذه

(3) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها :

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة 658 مدنى بقولها: "بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحساب وقت التعاقد".

فالحوادث الاستثنائية العامة التى لم تكن فى الحساب هى تلك التى لا يكون فى الوسع توقعها. فهذه الحوادث تكون حوادث نادرة أو غير عادية أو غير مألوفة، ولم يكن هناك ما يستدعى أن يتوقع المتعاقدان حصولها حسب السير العادى للأمر خلال تنفيذ العقد. ومعيار التوقع أو الحساب معيار موضوعى، فلا ينظر فيه إلى ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلا، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادى لو وجد فى مثل ظرفيهما بحسب السير العادى للأمر.

(4) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.

وقد عبرت عن ذلك الفقرة الرابعة من المادة بقولها: "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول".

وهذا يعنى أنه يجب أن يكون من شأن الحوادث الطارئة أن تهدد المقاول بخسارة فادحة. ذلك أن من يبرم عقد مقاوله بأجر إجمالى، يتوقع أن تنفيذ الظروف أثناء تنفيذ

الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية، ولذلك يعتبر المقاول واقعا فى غلط جوهرى يجيز له إبطال العقد، ويجوز لرب العمل أن يتلافى هذا الإبطال بأن يدفع للمقاول زيادة فى الأجر تتناسب مع زيادة النفقات الناتجة عن ضرورة القيام بهذه الأعمال، إذ لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (م124). ويعلق الدكتور السهنورى على هذا رأى (ص 230 هامش 1) قائلا "إذا كان بعض الفقهاء وبعض أحكام القضاء فى فرنسا تذهب هذا المذهب ... فذلك لأن القضاء المدنى فى فرنسا لا يقر نظرية الظروف الطارئة، ولا يوجد نص عليها فى التقنين المدنى الفرنسى لا فى مبدئها العام ولا فى تطبيقها الخاص بعقد المقاوله، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص، ولكنه طريق يجب فى سلوكه كثير من الحيطة والحذر أما فى مصر فلسنا فى حاجة إلى سلوك هذا الطريق، إذا النص موجود يقرر المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، ثم يقرر النظرية ذاتها فى تطبيقها الخاص بعقد المقاوله. ولا فرق بين حادث استثنائى يجد بعد إبرام المقاوله وحادث استثنائى موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه. فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التى لم تكن فى الحساب وقت التعاقد كما تقول الفقرة الرابعة من المادة 658 مدنى".

العمل، وهو عادة يتوقع هذا التغيير ثم هو يجازف ويقامر بتحديد الأجر إجمالى، ويعلم أنه قد يصاب بخسارة نتيجة اتباع هذه الطريقة من طرق تحديد الأجر، ولكنه فى نفس الوقت يأمل أن يحقق ربحا كبيرا، ولاشك أن الاحتمالات التى تكون فى ذهن المقاول وقت إبرام العقد، هى الاحتمالات المألوفة المتكرر حدوثها، أما الاحتمالات النادرة أو الاستثنائية فإنه لا يعمل لها حسابا، وإلا لما أقدم على التعاقد، فإن تحقق احتمال من هذه الاحتمالات الاستثنائية، بأن طرأ حادث استثنائى عام أدى إلى تهديده بخسارة فادحة، فإن الأساس الذى يكون قد أقام عليه تقديره المالى يتداعى، وينهار معه التوازن الاقتصادى بين التزاماته والتزامات رب العمل.

ويكفى أن تجعل هذه الزيادة الفاحشة تنفيذ التزام المقاول مرهقا وعسيرا، لا مستحيلا، لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة. أما إذا كان كل ما ترتب على ما حدث هو انعدام ربح المقاول أو إصابته بخسارة غير جسيمه، فلا يجوز له التمسك بالمادة 1/658 للحصول على زيادة أخرى.

ويعتد فى الخسارة الفادحة بالعمل محل عقد المقاولة، فلا عبرة بما يكون المقاول قد حققه من ربح كبير فى أعمال أخرى، بل لا ينتفى الإرهاق إذا كان المقاول قد قام بتخزين كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع ارتفاع السعر، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافا مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة، فيجوز للمقاول أن يحتج بزيادة الأسعار وطلب الزيادة فى الأجر. وتقدير ما إذا كان المقاول مهددا بخسارة فادحة، وبالتالي كون التوازن الاقتصادى بين التزامات كل الطرفين قد انهار، مسألة موضوعية، يفصل فيها القاضى مستهديا بظروف كل دعوى، مع مراعاة عدم الاعتداد بالظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره، إذ يجب أن يقدر الإرهاق تقديرا موضوعيا، لا ينظر فيه إلى المقاول المقصود بالذات، بل إلى مقاول عادى لو وجد فى مثل ظروف هذا المقاول، على ضوء ما يلتزم به بالمقابلة إلى التزامات رب العمل⁽¹⁾.

وإن كانت شروط نظرية الظروف الطارئة فى مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن الجزاء يختلف قليلا عن الجزاء فى التطبيق الخاص لعقد المقاولة. فالفقرة الثانية من المادة 147 مدنى التى تضع الجزاء فى حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة تقضى بأن يجوز "للقاضى تبعا للظروف وبعد

الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" فيجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل، إلا أنه يمتنع عليه فسخ العقد، فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى، ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد⁽¹⁾.

أما التطبيق الخاص لعقد المقاولة، فقد حدده عجز الفقرة الرابعة من المادة 658 الجزاء بقولها: "جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد".
فللقاضي أن يقضى بزيادة أجر المقاول. ولكن يجب ألا تتجاوز هذه الزيادة ما هو لا زم لرفع الإرهاق غير المتوقع عن المقاول، ويكون ذلك بتحميل المقاول الارتفاع المألوف في أسعار المواد الحالية وأجور العمال، لأن هذا الارتفاع متوقع وبالتالي يدخل في تقدير المقاول عند إبرام العقد، أما القدر غير المألوف من الارتفاع فيوزع على المقاول ورب العمل.

أما إذا لم يرتض رب العمل زيادة الأجر والإبقاء على عقد المقاولة، فإنه يجوز للقاضي أن يقضى بفسخ العقد.

كما يجوز للقاضي أن يقضى بالفسخ إذا رأى مبرراً لذلك، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقاً وفي الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل.

ورغم أن النص قصر الجزاء على زيادة الأجر أو الفسخ، فإنه يجوز للقاضي تطبيقاً لنص المادة 2/147 وهو نص عام، أن يقف تنفيذ العقد حتى تزول الحوادث الطارئة إذا كانت وقتية وينتظر زوالها بعد وقت غير طويل، وإذا كان ذلك لا يفوت على رب العمل الفائدة التي يقصدها من وراء إنجاز العمل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- أ) - "مفاد نص المادتين 2/147، 4/658 من القانون المدني أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل، وكان ذلك بسبب حادث استثنائي غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً، فإنه يكون للقاضي وبصفة خاصة في عقد

المقاوله، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدي إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول".

(ب) - "شرط الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أمر تخالطه عناصر واقعية ويقتضى تحقيق اعتبارات موضوعية متعلقة بالصفقة ذاتها، وإذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بهذا الدفاع الذي أثاره بسبب الطعن، فإنه لا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 199 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/24)



مادة (659)

إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض.

الشرح

152 مكررا- كيفية تحديد الأجر فى حالة عدم تحديده سلفاً :

إذا لم يتفق المتعاقدان على أجر المفاوض سلفاً، تولت المحكمة تحديده، وهى ترجع فى ذلك إلى قيمة العمل وما تكبده المفاوض فى سبيل إنجازه، والوقت الذى استغرقه والمؤهلات والكفاية الفنية والسمعة وأسعار المواد التى استخدمت وأجور العمال وغير ذلك من النفقات، وتسترشد المحكمة فى تحديد الأجر أيضاً بالعرف الجارى فى الصناعة وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات.

وتقدير عناصر الأجر من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه متفقاً ومستمداً مما له أصله الثابت بالأوراق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 95، 659 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التى أرجئ الاتفاق عليها كان لهما أن يلجئا إلى المحكمة للفصل فيه، ومن ثم فإنه فى حالة عدم تحديد الأجر مقدماً فإنه يوجب على المحكمة تعيينه مسترشدة فى ذلك بالعرف الجارى فى الصناعة وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وعلى أن تدخل فى حسابها قيمة العمل وما تكبده من نفقات فى سبيل إنجازه والوقت الذى استغرقه والمؤهلات والكفاية الفنية والسمعة وأسعار المواد التى استخدمت وأجور العمال وغير ذلك من النفقات وتقدير عناصر الأجر عند الاتفاق عليها أو تقدير مدى توافر الإرهاق الذى يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره هو من مسائل

الواقع التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض
مادام استخلاصه سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت بالأوراق".

(طعن رقم 2361 لسنة 59 قى جلسة 1994/6/15)



مادة (660)

- "1- يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال.
- 2- فإن لم يحدد العقد هذه الأمور وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى.
- 3- غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل".

الشرح

153 - القاعدة فى أجر المهندس المعماري :

قد يباشر المهندس المعماري أعمالا مادية مثل وضع التصميم وعمل الرسومات وإجراء المقايسات وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ ورمى الأساسات والتسليح وإعداد الخطة الأسمنتية، وقد يباشر المهندس المعماري بعض الأعمال القانونية، مثل عقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المكاوول وتسلم العمل منه... إلخ.

والأعمال المادية التى يؤديها المهندس تسرى فى شأنها أحكام عقد المكاولة، أما الأعمال القانونية، فيسرى فى شأنها أحكام عقد الوكالة. فيكون عقد المهندس خليط من عقدى المكاولة والوكالة. ولما كان عنصر المكاولة هو الغالب، فإنه عند التعارض بين أحكام الوكالة والمكاوول تسرى أحكام عقد المكاولة دون أحكام عقد الوكالة. وبالتالي لا يخضع أجر المهندس لتقدير القاضى كأجر الوكيل. ولا ينتهى بموت رب العمل، كعقد الوكالة⁽¹⁾.

والأصل أن المهندس المعماري يعمل بأجر لأنه من أصحاب المهن الحرة، والأصل أن كل صاحب مهنة حرة بتقاضى أجرا عن عمله.

والجزاء سالف الذكر يعتبر من النظام العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على مخالفته، كأن ينزل المكاوول مثلا فى عقد المكاولة عن حقه فى التمسك بنظرية الظروف الطارئة لأن مثل هذا التنازل يكون باطلا. ولا ينال من

(1) السنهاورى ص 236 - محمد عبد الرحيم عنبر ص 243.

ذلك أن المادة 658 لم تنص على هذا الحكم كما فعلت المادة 2/147 مدنى، لأن المادة الأولى ليست إلا تطبيقاً للمادة الثانية.

ولئن كانت أحكام المادة 658 مدنى قاصرة على المقاوله التى يكون فيها الأجر حدد بمبلغ إجمالى على أساس تصميم متفق عليه، إلا أنه يجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى مبدئها العام الوارد بالمادة 2/147 مدنى على المقاوله التى يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقاييسه على أساس الوحده.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن: "يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقاييسه وآخر عن إدارة الأعمال" - فالأصل أن عمل المهندس المعمارى يتمثل فى وضع التصميم وعمل المقاييسه، ولكنه لا يوجد ما يمنع من أن يعهد إليه بالإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال. وفى هذه الحالة يستحق أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقاييسه وأجراً آخر عن إدارة الأعمال.

وإن كانت القاعده أن المهندس المعمارى يعمل بأجر، فإن هذه القاعده تقبل الدليل على العكس. فقد يستخلص من الظروف أن المهندس المعمارى يعمل دون أجر. ومثل ذلك أن يضع تصميمياً ويتقدم به فى مسابقه للحصول على عمل أو على صفقه، أو لعرضه على رب العمل كإيجاب منه يتطلب القبول لكى يصبح عقداً يتم بالتراضى.

154 - كيفية تقدير أجر المهندس المعمارى :

الأصل أن يتم تقدير أجر المهندس المعمارى باتفاق الطرفين. والمتعاقدان لهما الحرية الكامله فى كيفية تحديد الأجر. فقد يحددان الأجر بمبلغ إجمالى عن كل الأعمال التى يعهد بها إلى المهندس المعمارى دون تحديد أجر لكل منها، وقد يحددان أجراً لكل عمل على حده. وقد يقرران الأجر بنسبه معينه من قيمه الأعمال التى يقوم بها، وفى هذه الحالة تكون العبرة بالأعمال الفعلية التى يقوم بها لا الأعمال الوارده بالمقاييسه، وعندئذ لا يمكن تحديد الأجر إلا بعد إنجاز الأعمال ومعرفة كميتها الحقيقية، غير أنه قد ينص فى العقد على أن العبرة بالأعمال الوارده فى العقد، وفى هذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدماً قبل أن يقوم بتنفيذ تلك الأعمال حسب المقاييسه التى يضعها قبل البدء فى العمل ولا عبرة عندئذ بقيمه الأعمال التى يقوم بها فعلاً غير أنه إذا ثبت بعد التنفيذ أن المهندس قد بالغ فى تقدير قيمه الأعمال فى المقاييسه لكى يزيد بذلك من أجره أنقص الأجر إلى ما يتناسب مع قيمتها الفعلية، ولرب

العمل مطالبة المهندس بالتعويض عن أى ضرر يلحق به من جراء هذا الغش⁽¹⁾.
أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أجر المهندس المعماري، فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ببيان كيفية تقديره بنصها على أن :

"فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى". ويعد هذا النص استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 659 مدنى التى تقضى بأن: "إذا لم يحدد الأجر سلفا، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض". وعلى ذلك فإنه يرجع فى تحديد أجر المهندس المعماري عند عدم الاتفاق عليه بينه ورب العمل إلى العرف الجارى.

والمقصود بالعرف الجارى هو عرف المهندسين المعماريين.
وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى 8 مارس 1927 بأن العرف فى مصر يجرى على إعطاء المهندس 2% من تكاليف البناء فى مقابل وضع التصميم وعمل المقايسة، 3% فى مقابل إدارة الأعمال⁽²⁾.

وقد قسمت لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات الأعمال إلى أربع فئات تبعا لأهميتها (م4). وحددت لكل فئة أتعابا - كحد أدنى - عبارة عن نسبة معينة من تكاليف البناء، بحيث تنقص هذه النسبة كلما زادت تلك التكاليف، وتتراوح نسبة الأتعاب بين 4% و 9% بالنسبة للفئة الأولى من الأعمال، وبين 5% و 10% بالنسبة للفئة الثانية، وبين 9% و 12% بالنسبة للفئة الثالثة، وبين 11% و 16% بالنسبة للفئة الرابعة، وتشمل هذه النسب أجر المهندس عن وضع المشروعات الابتدائية والرسومات التنفيذية والنهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ، وغنى عن البيان أنه ليس لهذه اللائحة أى قوة إلزامية إلا إذا أحال إليها المتعاقدان صراحة⁽³⁾.

غير أنه إذا لم يحدد المتعاقدان أجر المهندس المعماري، جاز للقاضى الاستئناس

(1) محمد عبد الرحيم عنبر ص 243 وما بعدها - فتيحه قره ص 220 وما بعدها.

(2) وقارن استئناف مختلط 27 يناير سنة 1904 ويقضى الحكم بأنه لا يوجد فى مصر عرف لتحديد أجر المهندس، فيترك الأمر لتقدير القاضى، ويسترشد بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقته هذه الأعمال .

(3) محمد لبيب شنب ص 70 هامش (1).

بهذه اللائحة فى تبين العرف الذى يسير عليه المهندسون المعماريون فى تقدير أتعابهم⁽¹⁾.

ويجب ليكون التصميم كاملاً، أن يكون مصحوباً بمقايضة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل. وإلا كان التصميم ناقصاً ويراعى ذلك عند تقدير الأجر.

155- عدم جواز تخفيض أجر المهندس المعماري :

إذا حدد أجر المهندس المعماري اتفاقاً فلا يجوز للقاضي تخفيضه ولو كان مبالغاً فيها، عكس الحال فى أجر الوكيل (م 2/709 مدنى)، ويسرى ذلك على الأجر الذى يحدده القاضي عند عدم الاتفاق عليه.

ولا يجوز أيضاً تخفيض هذا الأجر حتى لو تضمنت الأعمال التى يقوم بها تصرفات قانونية باعتباره وكيلاً عن رب العمل فى هذه التصرفات، ذلك أنه إذا اختللت الوكالة بالمقاوله فالعنصر الغالب هو عنصر المقاوله، وتسرى أحكامها دون أحكام الوكالة إذا حصل تعارض بينهما.

156- تخفيض الأجر إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 660 مدنى على أنه: "غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل".

وهذا النص بعد استثناء من قاعدة عدم تخفيض أجر المهندس المعماري بعد تحديده اتفاقاً أو بتقدير القاضي، لأن القواعد العامة التى ذكرناها سلفاً تقضى بأحقية المهندس المعماري فى أجره، سواء تم العمل بموجب التصميم الذى وضعه المهندس أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر أو عدل أصلاً عن العمل، ما لم يكن رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه أو بسبب عدم تنفيذ التعليمات التى صدرت من رب العمل، وبوجه عام إذا كان السبب فى العدول يرجع إلى خطأ من المهندس. ولكن النص يجيز تخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه بغير خطأ منه.

وهذا النص يواجه كافة الحالات التي لا يتم العمل فيها بهذا التصميم، سواء لعدول رب العمل عن العمل، أو لطروء ما يجعل تنفيذه مستحيلا كما لو نزعت الدولة ملكية الأرض المراد إقامته عليها. فالمهندس لا يحرم من حقه في تقاضى أجره عن وضع التصميم، ولكن لا يستحق الأجر المتفق عليه، بل الأجر الذى يحدده القاضى بالنظر إلى الزمن الذى استغرقه المهندس فى وضع التصميم، مع مراعاة طبيعة هذا العمل من حيث الدقة والصعوبة الفنية، ومراعاة كفاية المهندس وسمعته. وذلك لأن فى إلزام رب العمل بدفع أجر عن تصميم لن ينفذ إرهاق له، ويكفى أن يعوض المهندس عن الوقت الذى استغرقه فى وضعه، فضلا عن أن المهندس الذى لم ينفذ تصميمه لم يتعرض للمسئولية التى كان يتعرض لها لو أن تصميمه قد نفذ، ومن ثم وجب عدلا أن ينقص الأجر الذى يتقاضاه فى حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذى يتقاضاه فى حالة تنفيذ التصميم.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى على إعطاء المهندس الذى لم ينفذ تصميمه خمسى ² — 5 — الأتعاب التى كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ⁽¹⁾. ولا تعتبر القاعدة التى تقضى بتخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من النظام العام. فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل أن يتقاضى أجره كاملا، سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه⁽²⁾.

أما إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس، كأن كان التصميم معيبا أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس فى تقديمه تأخرا لا مبرر له ضارا برب العمل فإن المهندس لا يستحق أى أجر عن التصميم.

157- المدين بالأجر :

المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات الذى تعاقد معه، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر، إذا كان أجنبيا عن العقد. كأن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول يملك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط فاسخ، ثم تحقق الشرط فألت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف، وفى هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت شرط فاسخ، ولا يرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى

(1) استئناف مختلط 3 ديسمبر 1937.

(2) السهنورى ص 244 هامش (2).

آلت إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى. وكأن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج المالكة للأرض فيرجع المقاول بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة.

ومثل ذلك أخيراً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجر وقد استرد المالك العين المؤجرة بما عليها من مبان أقامها المستأجر فيرجع المقاول بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر⁽¹⁾.

وإذا تعدد أرباب العمل بأن عهد عدة أشخاص إلى المقاول بالقيام بعمل معين لحسابهم المشترك، فلا تضامن بينهم فى الوفاء بالأجر، بل ينقسم هذا الدين عليهم ويلتزم كل منهم بالوفاء بجزء من الأجر يقابل حصته فى العمل، فإذا لم تتحدد حصة كل منهم، انقسم الأجر عليهم بالتساوى وذلك ما لم يقض الاتفاق بتضامنهم⁽²⁾.

وإذا كان المهندس المعماري هو الذى تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ، فعمل مهندساً ومقاولاً فى وقت واحد، ثم استخدم مقاولاً من الباطن لتنفيذ العمل، فهذا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذى تعاقد معه، لا على رب العمل، وإنما يرجع على رب العمل بدعوى غير مباشرة باسم المهندس، كما أن من حقه الرجوع مباشرة على رب العمل، على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل، بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا مديناً به للمهندس طبقاً لأحكام المادة 662 من التقنين المدنى⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذى تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندساً، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل مع الاحتفاظ بحقه فى الدعوى غير المباشرة باسم المقاول قبل رب العمل.

أما إذا كان كل من المهندس والمقاول قد تعاقد مع رب العمل، فلكل منهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير، حتى لو كان المهندس هو الذى اختار المقاول أو كان المقاول هو الذى اختار المهندس.

وإذا عهد شخص إلى مهندس معمارى بوضع تصميم بناء والإشراف على تنفيذه،

(1) السنهاورى ص 244 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 244.

(2) محمد كامل مرسى ص 518.

(3) السنهاورى ص 245 - قدرى الشهاوى ص 225 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 245.

وعهد إلى مقاول بناء بالقيام بعملية البناء، فلا يجوز للمهندس المعماري أن يتقاضى أى أجر من المقاول. وإذا تعهد المقاول بأن يدفع له نسبة معينة من قيمة البناء، فإن هذا التعهد يكون باطلاً، لأنه يتنافى مع واجبات المهندس الأولية، ويؤدى إلى تناسيه لالتزامه بالإشراف على المقاول.

وقد نصت المادة الثانية من لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية، على أنه يجب على المهندس المعماري عند تنفيذ تفويضه أن يحمى حقوق المالك الشرعية على أن يكون مستقلاً تماماً عن الموردين والمقاولين ولا يقبل منهم أى عمولة أو امتيازات من أى نوع، بل تكون أتعابه من المالك وحده.

ولما كان عقد المقاول لا ينتهى بموت رب العمل، فإنه إذا مات رب العمل انتقل الالتزام بدفع أجر المقاول إلى ورثته فى حدود التركة، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون. ويجوز أن يوفى بالأجر، المدين نفسه (رب العمل) أو نائبه القانونى كالولى أو الوصى أو القيم أو نائبه الاتفاقى أى الوكيل بشرط وجود وكالة خاصة فى دفع الأجر باعتبار دفع الأجر من أعمال التصرف (م702 مدنى).

158- الدائن بالأجر :

الدائن بالأجر المقاول الذى تعاقد مع رب العمل، ومن ثم يدفع الأجر إليه. فإذا توفى استحق الأجر لورثته.

ويحل محل المقاول فى تقاضى الأجر خلفه الخاص كالمحال إليه، إذا حول حقه فى الأجر إلى الغير، إذ يجب وفاؤه إلى المحال له.

وإذا تعدد المقاولون، لم يكونوا دائنين متضامين بأجورهم، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به، ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين. مالم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك.

وإذا كان الأصل هو وفاء الأجر إلى المقاول الذى قام بالعمل، وأنه لا يجوز لدائنى هذا المقاول أن يطالبوا رب العمل بدفع هذا الأجر إليه إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة، وهى دعوى مدينهم المقاول، فيطالبون بالأجر نيابة عنه (م 335، 236). إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل فى الفقرة الأولى من المادة 662 مدنى ونص

على أن يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

159- زمان دفع الأجر :

تنص المادة 656 مدنى على أن: "يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك".

فإذا اتفق المتعاقدان على وقت الوفاء بأجر المقاول، تعين الوفاء بالأجر فى الميعاد المتفق عليه، وقد يكون هذا الميعاد قبل تسليم العمل أو بعده. وقد جرى العمل على الاتفاق على دفع جزء من الأجر مقدما، ودفع الباقي على أقساط يؤدى كل قسط منها بعد انتهاء فترة معينة من الزمن، أو بعد إتمام جزء معين من العمل.

إنما لا يجبر رب العمل على دفع الأجر أو جزء منه مقدما إلا إذا وجد اتفاق على ذلك.

أما إذا لم يوجد اتفاق على وقت الوفاء بالأجر فإنه يلجأ إلى عرف أهل الصناعة إن وجد.

ويجرى العرف فى المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل، وفى المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل. أما إذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فإن الأجر يستحق عند تسلم العمل. ويقصد بذلك إقرار رب العمل بصحة ما قام به المقاول ومطابقته للمواصفات المتفق عليها ولو لم يضع يده على العمل فعلا⁽¹⁾.

ويعتبر نص الفقرة الأولى من المادة 656 استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 346 مدنى التى تجرى على أن : "يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك" أى أن هذه القواعد توجب دفع الأجر مقدما، إلا أن المشرع توقع أن يرد استثناء على هذه القاعدة فأورد عبارة "ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك" فى عجز

الفقرة الأولى من المادة سالفه الذكر.

غير أن شرط التزام رب العمل بوفاء الأجر فعلا، هو أن يكون المقاول قد وفى بالتزاماته الحالية والمرتبطة بها دفع الأجر، فإذا كان المقاول لم يقيم بتنفيذ التزام من التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة، كأن كان العمل غير مطابق للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل، كان لرب العمل الامتناع عن التسلم ودفع الأجر.

ولذلك إذا كان مشترطا دفع الأجر أو جزء منه بعد إنجاز مرحلة معينة من العمل، فرب العمل أن يتمتع عن الدفع إذا كان المقاول لم ينجز هذه المرحلة.

وكانت الفقرة الثانية من المادة (872) من المشروع التمهيدى "التي أصبحت برقم 656" تنص على ذلك بقولها: "على أنه يجوز لرب العمل أن يتمتع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل". إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة "اكفاء بالقواعد العامة"⁽¹⁾، فالقواعد العامة تقضى بأن دفع الأجر التزام فى ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب فإذا لم يقيم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضا التزامه بدفع الأجر. وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م 161 مدنى).

وإذا حبس رب العمل الأجر فإن الالتزام بدفعه يظل قائما فى ذمته حتى يسقط بالتقادم.

وقد نص على تقادم خاص بالنسبة لبعض المقاولين، أما بالنسبة لغيرهم فلا يسقط الأجر إلا بالتقادم الطويل (خمس عشرة عاما) طبقا للقواعد العامة.

وقد نصت على هذا التقادم الخاص المادتان 376، 378 مدنى.

فقد نصت المادة 376 على أن: "تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات".

ونصت المادة 378 على أن :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 33 وما بعدها.

"1- تتقدم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء،
وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب
عمالئهم".

160- مكان الوفاء بالأجر :

لم يضع المشرع نصا خاصا يعين المكان الذى يجب فيه الوفاء بأجر المقاول. ومن
ثم فإنه يتبع فى هذا الشأن حكم القواعد العامة.
وتقضى القواعد العامة بأن يكون الوفاء فى المكان المتفق عليه، فإذا لم يوجد اتفاق
يتم الوفاء فى المكان الذى يحدده العرف. وقد جرى العرف على الوفاء بالأجر فى المكان
الذى يقوم فيه المقاول بتسليم العمل إلى رب العمل.

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب تطبيق المادة 347 مدنى والتي تقضى بأن:

"1- إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان
موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

2- أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن
المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام
متعلقا بهذه الأعمال".

وعلى ذلك إذا كان الأجر شيئا معيناً بالذات كان الوفاء فى مكان وجود ذات الشيء
وقت إبرام عقد المقاولة. أما إذا كان الأجر من المثليات كالنقود - وهو الفرض الغالب-
فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز أعماله طالما كانت المقاولة متعلقة
بالأعمال.

أما إذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل، و غير هذا الأخير موطنه بعد
إبرام عقد المقاولة ، فتكون مكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى
كان له وقت انعقاد المقاولة إذ نص المادة 2/347 مدنى يقضى بأن: "يكون الوفاء فى
المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء....".

وإذا اتفق على أن يكون الوفاء فى موطن المقاول جرى العمل بهذا الاتفاق، فإذا
غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل بدفع الأجر فى الموطن الجديد، ذلك لأن اشتراط
الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لا يتوسع فيه. وإذا أراد

المتعاقدان أن يكون الدفع في موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك. وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو السابق، فلا يجوز لرب العمل الدفع في مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك كأن حجز مثلاً دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير في هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة⁽¹⁾.

ضمانات الوفاء بالأجر

161 - أولا : التنفيذ العيني أو الفسخ :

إذا أخل رب العمل بالتزامه بالوفاء بالأجر إلى المقاول، فيكون للمقاول المطالبة بما تقضى به القواعد العامة من جزاء فله طلب التنفيذ العيني برفع دعوى مطالبة بالأجر، أو باستصدار أمر أداء بالأجر - إذا توافرت شروط استصدار أوامر الأداء - وله المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال رب العمل بأحد التزاماته.

وله المطالبة بفوائد عن الأجر المستحق له من تاريخ المطالبة القضائية. وينفذ المقاول الحكم الصادر له على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذي أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك.

ويجوز للمقاول أن يطلب فسخ عقد المقاولة والتعويض إن كان له مقتض. ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير القاضي، فله ألا يقضى بالفسخ وأن يمهل رب العمل حتى يقوم بالوفاء بالأجر، إذا رأى أن الأجر المتبقى غير كبير أو أن التعويض الذي يقضى به على رب العمل إذا حكم بالفسخ مبلغا جسيما لا تبرره الظروف.

162- ثانيا : الحق فى الحبس :

تنص القواعد العامة على الحق فى الحبس فى الفقرة الأولى من المادة 246 مدنى بقولها: "لكل من التزم بأداء شىء أن يتمتع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا". وقد طبق المشرع حق الحبس تطبيقا خاصا فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين، فنصت المادة 161 مدنى على أن: "فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

ومن ثم يكون للمقاول الحق فى حبس العمل الذى قام به وعدم تسليمه إلى رب العمل، إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عليه، أو لم يعرض دفعه، طالما هذا الأجر مستحق الوفاء فى الوقت الواجب تسليم العمل فيه.

ويظل للمقاول الحق فى الحبس حتى يقوم رب العمل بدفع هذا الأجر، أو يقدم تأميناً كافياً للوفاء به.

وكانت المادة (902) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على حق المقاول فى الحبس وتقصيره على المنقول إذ جرى نصها على أن: "إذا كان العمل متعلقا بمنقول، ولم يحدد أجل لدفع الأجر، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل، وذلك إلى أن يستوفى أجره". إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة "اكفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس"⁽¹⁾ والقواعد العامة تقضى بثبوت الحق فى الحبس على المنقول والعقار، ومن ثم يسرى حق المقاول فى الحبس على العقارات.

ولا يرد حق الحبس على الشىء نفسه فحسب، بل يقع أيضا على الملحقات التى يضعها رب العمل تحت تصرف المقاول لتسهيل عمله⁽²⁾، كالألات والمهمات التى تسلمها منه، ورخصة البناء ومستندات ملكية الأرض. وللمهندس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 47 الهامش وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 528.

(3) السنهاورى ص 257 هامش (3).

ويجوز استعمال حق الحبس من أجل جزء من الثمن على كل الأشياء المصنوعة أو التي سلمها رب العمل إلى المقاول. ولكن إذا كان العمل مقسماً إلى أجزاء يستحق المقاول أجراً عن كل جزء منه فإن الحق في الحبس لا يقع إلا على الأجزاء التي لم يدفع الأجر الذي يقابلها⁽¹⁾.

ثالثاً: حق الامتياز :

163- النصوص القانونية :

المادة 1140 (مدنى) :

"1- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله.

2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها".

المادة 1148 (مدنى) :

"1- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه.

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد".

(أنظر في التفصيل شرح المادتين المذكورتين)



المقاوله من الباطن :

مادة (661)

- 1- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملة أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.
- 2- ولكن يبقى فى هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل.

الشرح

164- تعريف المقاول من الباطن :

المقاول من الباطن هو من يعهد إليه المقاول الأصلى بتنفيذ كل أو جزء من الصفقة التى أبرمها هذا الأخير مع رب العمل وذلك بمقتضى عقد المقاوله من الباطن وهو عقد يجب أن تتوافر له كافة خصائص عقد المقاوله التى سبق ذكرها (راجع بند 2) والتى من أهمها استقلال المقاول من الباطن، فى تنفيذ ما عهد إليه به من الصفقة من المقاول الأصلى، تماماً كالمقاول الأصلى بالنسبة إلى رب العمل.

وهناك صورة أخرى للمقاوله من الباطن سنعرض لها.

165- الفرق بين المقاوله من الباطن والتنازل عن المقاوله :

تختلف المقاوله من الباطن عن التنازل عن المقاوله، إذ فى الحالة الأخيرة ينتقل عقد المقاوله بكافة حقوقه والتزاماته من المقاول الأول (المتنازل) إلى المقاول الثانى (المتنازل إليه) وتتقطع صلة المقاول الأول برب العمل، ويصبح الثانى هو المدين بجميع التزامات عقد المقاوله الأصلى أمام هذا الأخير.

ولا يكون المقاول الأول مسئولاً عنه أو ضامناً له لدى رب العمل، على عكس الحال فى المقاوله من الباطن، حيث يظل المقاول الأصلى مسئولاً عن أخطاء المقاول من الباطن، وضامناً له قبل رب العمل.

ولذا فإن التنازل عن عقد المقاوله لا يثير أية مشكلة بالنسبة لخضوع المقاول الثانى

(المتنازل له) للمسئولية الخاصة بالمعماريين، وذلك على عكس الحال بالنسبة للمقاوله من الباطن على الوجه الذى سوف نراه⁽¹⁾.

ورغم أن الشارع المصرى نظم عقد المقاوله من الباطن، إلا أنه لم يعرض للتنازل عن المقاوله. وتركها للقواعد العامة. ويبرر مسلك الشارع فى هذا أن التنازل عن المقاوله أقل وقوعا فى العمل من المقاوله من الباطن.

166- صور التنازل عن المقاوله :

للتنازل عن المقاوله صور ثلاث هى :

(1) تنازل المقاول عن الأجر لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق :

وطبقا للقواعد العامة يتم هذا التنازل باتفاق بين المقاول (المحيل) والشخص الثالث (المحال له).

وتسرى الحوالة فى حق رب العمل بإعلانه بها عملا بالمادة 305 مدنى. ويلجأ المقاول عادة إلى هذه الصورة للحصول على مبالغ يستعين بها فى تنفيذ عقد المقاوله سواء من أحد المصارف أو أحد الممولين. وفى هذه الصورة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة.

(2) تنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاوله بما يشتمل عليه من حقوق

والالتزامات :

فيحل المتنازل له محل المقاول فى عقد المقاوله. ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل. وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاوله بنفسه فيتنازل عن المقاوله لآخر ويدفع له مبلغا يحدد به خسارته. وتطبق على التنازل قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلية، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته.

(3) تنازل رب العمل عن عقد المقاوله :

(1) عبد الرازق حسن يس ص 432 الهامش.

ومثال ذلك أن يبيع رب العمل الأرض مثلا التى قال على إقامة بناء فيها ويتنازل فى الوقت ذاته لمشتري الأرض عن عقد المفاوضة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات. وهذه الصورة نادرة فى العمل⁽¹⁾.

167- متى يجوز للمفاوض التفاوض مع مفاوض من الباطن ؟

المفاوضة باعتبارها عقدا ماليا، لا تقوم بحسب الأصل على الاعتراف بشخصية طرفيها، ومن ثم فإنه يجوز للمفاوض أن يكل تنفيذ العمل فى جملة أو فى جزء منه إلى مفاوض من الباطن يعمل مستقلا عنه، ولن يضار رب العمل من قيام مفاوض من الباطن بتنفيذ العمل، لأن المفاوض الأصلي يبقى مسئولا أمامه عن هذا التنفيذ كما لو كان قد قام به بنفسه (م 2/661 مدنى) إلا إذا قبل رب العمل النزول عن المفاوضة وأبرأ ذمة المفاوض الأصلي من التزاماته. وقد نصت المادة 78 مرافعات صراحة على أنه يجوز فى الوكالة بالخصومة أن ينيب الوكيل غيره من المحامين ما لم يكن ممنوعا من الإنابة صراحة فى التوكيل.

غير أنه يتمتع على المفاوض المفاوضة من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن يوجد شرط فى العقد يمنع المفاوض من المفاوضة من الباطن :

فإذا وجد بالعقد شرط يمنع المفاوض من المفاوضة من الباطن، امتنع على المفاوض المفاوضة من الباطن.

وقد يكتفى العقد باشتراط موافقة رب العمل مقدما قبل المفاوضة من الباطن. وفى هذه الحالة يكون المفاوض الأصلي ملتزما بالقيام بالعمل بنفسه وبواسطة تابعه. فإذا خالف هذا الشرط فإنه يكون مسئولا عن الأضرار التى تصيب رب العمل من جراء ذلك. فضلا عن ذلك يكون لرب العمل أن يفسخ العقد، ولكن لا يجوز لغير رب العمل

(1) السهنورى ص 260 وهامش (1) وما بعدها - فتحة قره ص 234 وما بعدها.

أن يتمسك بالشرط المانع من المقابلة⁽¹⁾.

الحالة الثانية :

إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول :

إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فلا يجوز للمقاول الأصلي أن يعهد بالعمل محل المقابلة أو جزء منه إلى مقاول من الباطن. وقد تكون هذه الكفاية، كفاية علمية أو فنية.

فإذا قال رب العمل رساما أو مهندسا أو طبيبا فإنه يغلب أن يكون رب العمل لجأ إلى هذا المقاول بالذات لكفايته الشخصية، فلا يجوز للمقاول الأصلي أن يقول من الباطن على العمل أو بعضه رساما أو مهندسا أو طبيبا يقوم به مكانه.

وإذا قام شك في أن رب العمل لجأ إلى المقاول لكفايته الشخصية، فسر هذا الشك في معنى المنع لأنه الأغلب الأعم، فلا يجوز للمقاول الأصلي التعاقد مع مقاول من الباطن.

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... على أنه، عند قيام الشك، يحرم المقاول من حق المقابلة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل بذلك"⁽²⁾.

وإحدى هاتين الحالتين كافية وحدها لمنع المقاول الأصلي من المقابلة من الباطن. ويفصح عن ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 661 كانت تنص - كما وردت بالمشروع التمهيدي - تحت رقم (868) على أن: "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل، في جملته أو في جزء منه، إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية"، إلا أنه اقترح في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدال "أو" التخييرية بـ "و" العطف قبل عبارة "لم تكن طبيعة العمل" فرأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأنه يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفي و"الواو" تفيد ضرورة اجتماع الشرطين وعلى ذلك قررت اللجنة إدخال هذا التعديل على هذه المادة ووافق المجلس على المادة

(1) محمد لبيب شنب ص 87.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 50 - راجع أيضا محمد عبد الرحيم عنبر ص 238.

كما عدلتها اللجنة⁽¹⁾.

غير أن حظر المقابلة من الباطن على المفاوض الأسمى فى الحالتين السابقتين، ليس من شأنه منعه من الاستعانة بأشخاص آخرين فنيين إداريين أو عمال فى إنجاز العمل، مادام هؤلاء ليسوا مقاولين من الباطن، بل تابعين للمفاوض ومرتبطين معه بعقد عمل لا بعقد مقابلة⁽²⁾.

168- التنازل عن الشرط المانع من المقابلة من الباطن :

يجوز لرب العمل التنازل عن الشرط المانع من المقابلة من الباطن، فيتدخل منه المفاوض، ويكون له بالتالى الحق فى المقابلة من الباطن. وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع صريحا قد يكون ضمنيا، كأن يتعامل رب العمل مع المفاوض من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ما هو مدين به للمفاوض الأسمى. وطالما تنازل رب العمل عن الشرط المانع، أضحي غير جائز الرجوع فيه، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المفاوض للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه⁽³⁾.

169- أثر مخالفة المفاوض لحظر المقابلة من الباطن :

يترتب على مخالفة المفاوض حظر المقابلة من الباطن، الجزاء الذى تقضى به القواعد العامة.

فيجوز لرب العمل أن يطالب المفاوض الأسمى بتنفيذ العمل بتنفيذا عينيا أى بمعرفته وليس بمعرفة المفاوض من الباطن، كما أن له أن يطلب فسخ عقد المقابلة.

وكما ذكرنا سلفا أن القواعد العامة لا تحتم على القاضى إجابة طلب الفسخ، بل يخضع لتقديره، فله أن يرفض الفسخ ويكتفى بإلزام المفاوض الأسمى بأن يقوم هو شخصيا بتنفيذ العمل المتعاقد عليه.

ولرب العمل سواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ الحق فى التعويض عما يكون قد لحق به من ضرر.

ويرجع رب العمل بالتعويض على المفاوض الأسمى وليس على المفاوض من الباطن.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 50 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 264 - محمد لبيب شنب ص 88- محمد عبد الرحيم عنبر ص 248.

(3) قدرى الشهاوى ص 237.

غير أنه يجوز للمقاول من الباطن، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي بالتفويض العيني أو بالفسخ، أن يرجع هو الآخر على المقاول الأصلي يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن.

وقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن :

"لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاولة مؤرخ 1984/2/7 والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبنية بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاما عليها هو القيام بالعمل المتفق عليه بنفسها وحظر عليها أن تسند تنفيذه في جملته، أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ، ولعدم قيام المقاول الأصلي بتنفيذ العملية في الميعاد المتفق عليه في العقد، فقد سحبت الطاعنة العملية منه بعدما أنذرته رسميا بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والملوكة له ضمانا لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاولة من الباطن والذي لم تكن الطاعنة طرفا فيه، وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكا للمطعون عليه الأول - المقاول من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلا عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون".

(طعان رقما 5591، 5601 لسنة 66 ق جلسة 1999/1/27)

170- آثار المقاولة من الباطن :

إذا لم يكن هناك شرط في عقد المقاولة مانع للمقاول من المقاولة من الباطن، أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية. فإن المقاولة من الباطن، كلية كانت أو جزئية، تكون صحيحة وناظرة في حق رب العمل.

وأكثر ما تقع المقاولة من الباطن في المقاولات الكبرى حيث تتعدد الأعمال وتتنوع، وتتجاوز إمكانات مقاول واحد مهما كان مركزه ونشاطه كبيرين.

ويترتب على المقاولة من الباطن، قيام علاقات ثلاث هي :

1- علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن.

2- علاقة المقاول الأصلي برب العمل.

3- علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن.
ونعرض لهذه العلاقات الثلاث بالتفصيل فيما يلى.

أولا : علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن

171- عقد المقاولة من الباطن ينظم العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من

الباطن :

ينظم العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما، إذ تضحى العلاقة بينهما هى علاقة رب عمل (المقاول الأصلى) بمقاول (المقاول من الباطن).

ويظل هذا العقد منفصلا عن العقد الذى أبرمه رب العمل مع المقاول الأصلى. ولا يشترط أن تكون شروط العقدین متماثلة أو متقاربة، غير أنه فى الغالب يكون عقد المقاولة من الباطن مختلفا عن عقد المقاولة الأصلى، فى الشروط ومقدار الأجرة، إذ يغلب أن تكون الأجرة فى عقد المقاولة من الباطن أقل منها فى العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلى، حتى يحقق المقاول الأصلى ربحا من وراء عقد المقاولة من الباطن.

وقد يوجد فى عقد المقاولة الأصلى شرط جزائى، ولا يوجد فى عقد المقاولة من الباطن، أو يحصل العكس.

172 - التزامات المقاول الأصلى قبل المقاول من الباطن :

يلتزم المقاول الأصلى نحو المقاول من الباطن، بجميع التزامات رب العمل قبل المقاول، فقد أوضحنا سلفا أن المقاول الأصلى فى علاقته بالمقاول من الباطن يعتبر رب عمل.

فيلتزم المقاول الأصلى قبل المقاول من الباطن بما يأتى :

- 1- القيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل.
 - 2- تسلم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه.
 - 3- دفع الأجر إلى المقاول من الباطن.
- ويسرى على هذه الالتزامات كافة ما يسرى عليها بالنسبة لرب العمل تجاه المقاول،

ولذلك نحيل إلى ما ذكرناه سلفاً في التزامات رب العمل نحو المقاول.

173- التزامات المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي :

يلتزم المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي بكافة التزامات المقاول نحو رب العمل.

فهو يلتزم قبله بما يأتى :

1- إنجاز العمل الموكول إليه .

2- تسليم العمل بعد إنجازه.

3- ضمان العمل بعد تسليمه.

ونحيل في شرح الالتزامين الأول والثانى إلى ما أوردناه بشأن التزامات المقاول قبل رب العمل.

أما بالنسبة للالتزام الثالث، وهو الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه. فقد ذكرنا سلفاً أن الضمان المنصوص عليه بالمادة 651 مدنى، وهى التى تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فى المباني أو المنشآت الثابتة ولجميع ما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، قاصر على المقاول الأصلي دون المقاول من الباطن.

وعلى ذلك يكون التزام المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلي بضمان عيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى طبقاً للقواعد العامة. فينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب. فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لا يكون المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف المهنة.

ثانيا : علاقة المقاول الأصلى برب العمل

174- التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى :

ينظم العلاقة ما بين المقاول الأصلى ورب العمل عقد المقاولة الذى أبرمه الطرفان، ولا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن فهذا العقد لا يكسب رب العمل حقا ولا يرتب فى ذمته التزاما لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود وبشروط معينة كما سنرى.

وبالتالى يبقى رب العمل ملتزما نحو المقاول الأصلى، دون المقاول من الباطن. فتنشأ التزاماته قبله من عقد المقاولة الأصلى⁽¹⁾.

فيلتزم رب العمل بتسلم العمل وتقبله من المقاول الأصلى لا من المقاول من الباطن كما يلتزم بدفع الأجر للمقاول الأصلى لا المقاول من الباطن ما عدا الاستثناء المشار إليه.

175- التزامات المقاول الأصلى نحورب العمل :

يبقى المقاول الأصلى ملتزما نحو رب العمل بكل الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى. فلا تنشأ التزاماته من عقد المقاولة من الباطن. وعلى ذلك يلتزم المقاول الأصلى قبل رب العمل بإنجاز العمل المتفق عليه وتسليم العمل بعد إنجازه، ولاشك أنه يندرج فى هذا العمل، العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن. كما يلتزم بضمان العمل على النحو الذى فصلته المادة 651 مدنى. ولا شأن لهذا الضمان بضمان المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلى، الذى تحكمه القواعد العامة.

وقد سبق أن تناولنا هذه الالتزامات تفصيلا عند تناول التزامات المقاول تجاه رب العمل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يدل النص فى المادة (661) من القانون المدنى على أن المقاول الأصلى يبقى ملتزما نحو صاحب العمل والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلى لا من عقد المقاولة من الباطن فيلتزم نحو صاحب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلى، ويدخل

(1) محمد شكرى سرور ص 127 وما بعدها.

فى ذلك العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن. فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه فى إنجاز العمل طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة، كان المقاول الأصلي مسئولا عن ذلك نحو صاحب العمل ومسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن مسئولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى صاحب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي، فيكون هذا مسئولا عنها قبله .

(طعن رقم 4843 لسنة 67 ق جلسة 1999/1/11)

(قرب طعان رقما 76 لسنة 10ق، 5 لسنة 11 ق جلسة 1941/4/17 - منشورين

بالبند التالى)

176 - مدى مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن :

تنص الفقرة الثانية من المادة (661) على أن "ولكنه يبقى فى هذه الحالة "المقاول الأصلي" مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

وبالترتيب على ذلك يظل المقاول الأصلي مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل، ولا يكون المقاول من الباطن مسئولا مباشرة نحو رب العمل، بل يبقى مسئولا قبل المقاول الأصلي.

فالعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المقاول الأصلي.

فإذا لم يوف المقاول الأصلي بالتزاماته قبل رب العمل، رجع رب العمل على المقاول الأصلي، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن. وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزاماته قبل المقاول الأصلي، كان المقاول الأصلي هو المسئول نحو رب العمل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 413 من القانون المدنى ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقا على خلاف ذلك إلا أنها تعده مسئولا عن عمل هذا الآخر. وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لا يقطع مسؤولية هذا المقاول، خصوصا إذا كان فى شروط التعاقد ما يحمله مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة".

(طعنان رقما 76 لسنة 10ق، 5 لسنة 11 ق جلسة 1941/4/17)

177- أساس مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن :

المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ولا يعتبر تابعا له، فلا يربطه به عقد عمل. ومن ثم فإن مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، بل هى مسئولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلى. على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلى، ومن ثم تتحقق مسئوليته فى مواجهة رب العمل⁽¹⁾.

ولما كانت هذه المسئولية عقدية، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، فيشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاوم من الباطن وألا يكون مسئولا عن المقاول من الباطن. كما يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلى مقالة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلى فى كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقالة من الباطن إلى تنازل عن المقالة. كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلى بأن يقوم رب العمل فى هذه الحالة بالرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلى بموجب عقد المقالة⁽²⁾.

ثالثا : علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

178- علاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن :

الأصل أنه لا توجد ثمة علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فالعلاقة التعاقدية قائمة بين رب العمل والمقاول الأصلى، والمقاول من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقالة الأصلى. بعكس العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، فالعلاقة بينهما علاقة تعاقدية.

فالالتزامات التى تقع على عاتق المقاول الأصلى قبل رب العمل بموجب عقد المقالة المبرم بينهما، وهى إنجاز العمل وتسليمه والضمان، لا يستطيع رب العمل

(1) قدرى الشهاوى ص 246 - محمد عبد الرحيم عنبر ص 251.

(2) السنهاورى ص 279 هامش (1).

مطالبة المقاول من الباطن بها مباشرة، بل يجب عليه أن يطالب بها المقاول الأصلي. غير أنه يجوز لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بالدعوى غير المباشرة، أى دعوى مدينه المقاول الأصلي فيستعمل حق مدينه المقاول الأصلي قبل مدين مدينه المقاول من الباطن، فيطالبه بإنجاز العمل وتسليمه وبضمان العمل بعد تسليمه. والوجه الآخر، هو مطالبة المقاول من الباطن لرب العمل، فإنه لا يستطيع بدوره مطالبته مباشرة بالتزاماته قبل المقاول الأصلي.

فلا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل، بالتزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل، وتسليم العمل وتقبله، وإنما يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المقاول الأصلي فى الرجوع على رب العمل. وكان الأصل أن يخضع التزام رب العمل بدفع الأجر إلى المقاول الأصلي لهذه القاعدة، فلا يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل به بالطريق المباشر غير أن القانون خرج على هذا الأصل، وأجاز للمقاول من الباطن وعماله مطالبة رب العمل مباشرة بالأجر المستحق لهم بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى وهذا ما سنعرض له فى شرح المادة التالية.



مادة (662)

- 1 - يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأسمى من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأسمى ورب العمل.
- 2- ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأسمى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأسمى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.
- 3- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

الشرح

179- الحكمة من الدعوى المباشرة :

رغم أن للمقاول من الباطن دعوى غير مباشرة قبل رب العمل فى مطالبته بالأجر المستحق له قبل المقاول الأسمى، وذلك باستعمال دعوى مدينه المقاول الأسمى قبل رب العمل. إلا أن المشرع رأى أن هذه الدعوى غير المباشرة لا تحقق الحماية الكاملة للمقاول من الباطن، لأن هذه الدعوى غير المباشرة يزاحمه فيها كافة دائنى المقاول الأسمى، فلا يحصل وحده على المال المملوك لصاحب العمل الذى يجرى عليه التنفيذ، وإنما يقاسمه فيه سائر دائنى المقاول الأسمى قسمة الغرماء. خاصة أن المقاول من الباطن لا يرجع على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأسمى معسرا. ومن ثم فإن الدعوى المباشرة تدرء عن المقاول من الباطن مغبة مزاحمة دائنى المقاول الأسمى له.

وقد ارتأى الشارع أن عمال المقاول من الباطن وعمال المقاول الأسمى لا يقلون فى الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن، فمد حمايته إليهم وخولهم جميعا دعوى مباشرة، وحق امتياز أيضا كما سنرى، ينأى بهم عن مزاحمة دائنى المقاول الأسمى.

ولا يشترط لاستعمال هذه الدعوى المباشرة أن يكون المقاول الأصلي معسرا، أو أن يكون دائنوه قد رجعوا عليه أولا.

180- أصحاب الحق فى الدعوى المباشرة :

خولت المادة 662 مدنى حق الدعوى المباشرة قبل رب العمل للأشخاص الآتى ذكرهم.

(1) المقاول من الباطن :

يكون المقاول من الباطن طرفا فى المطالبة، وهو دائن يطالب فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلي.

ولا تقتصر مطالبته على الأجر فقط، وإنما له حق المطالبة فيما يتبع الأجر من نفقات وثمان مهمات وأدوات وفوائد واسترداد التأمين من رب العمل.

والطرف الآخر فى هذه المطالبة أى المدين هو رب العمل، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مدينا به فقط للمقاول الأصلي بموجب عقد المقابلة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول الأصلي. فإذا تبقى له أجر بعد هذه المطالبة فى ذمة المقاول الأصلي، فليس أمامه سوى الرجوع على هذا المقاول بباقي ما يستحقه.

وعلى ذلك فإذا كان رب العمل قد وفى جزءا من دينه قبل إنذاره بالوفاء ورفع الدعوى لدائنى المقاول، فإنه يحتج بهذا الوفاء عليهم .

(2) العامل الذى يعمل لدى المقاول الأصلي :

العامل الذى يعمل لدى المقاول الأصلي مرتبط بعقد عمل، يحق له الرجوع على رب العمل بما قد يكون مستحقا له من أجر قبل المقاول الأصلي، سواء قام المقاول الأصلي بالعمل جميعه أو عهد بجزء منه إلى مقاول من الباطن. ويكون رجوعه على رب العمل من الأجر الواجب عليه للمقاول الأصلي.

ولا يقتصر حق العامل فى الرجوع على رب العمل على الأجر المستحق له، وإنما يرجع عليه بكل التزام ناشئ عن عقد العمل الذى يربطه بالمقاول الأصلي.

أما إذا كان حق العامل غير ناشئ عن عقد العمل، كما لو كان ناشئا عن المسؤولية التقصيرية فلا يرجع به على رب العمل.

(3) العامل الذى يعمل لدى المقاول من الباطن :

تنص الفقرة الأولى من المادة 662 على أن: "ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل".

فالعامل لدى المقاول من الباطن له حق الرجوع على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن، كما يرجع على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي، بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي.

أما إذا كان المقاول من الباطن قاول هو أيضا بدوره من الباطن، فالمقاول من الباطن الثانى يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل على اعتبار أن المادة 662 مدنى لا تعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قاول مقاولة وهو هنا المقاول الأصلي. وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدين مدينهم، وعلى المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدينهم.

ولا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفا فيه، وقد استمدوا حقهم من القانون⁽¹⁾.

وهذا الحق قاصر على العمال، فهو لا ينطبق على موردي المقاول الأصلي fournisseurs ومن ثم فليس لهؤلاء دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وردوه للمقاول الأصلي، إلا إذا قضى الاتفاق أو دفتر الشروط بخلاف ذلك. ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنيه الآخرين⁽²⁾.

181- نتائج الدعوى المباشرة :

يتعين التفرقة بين فرضين :

(1) قدرى الشهوى ص 250 وهامش (6).

(2) محمد عبد الرحيم عنبر ص 254.

الفرض الأول :

قبل إنذار رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى المباشرة :

إذا لم يكن المقاول من الباطن أو أى من عمال المقاول الأصلي أو عمال المقاول من الباطن قد أُنذر رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى المباشرة. فإنه يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف فى حقه المترتب فى ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات، كما يجوز له تقاضى حقه من رب العمل.

وهذا الوفاء يكون ساريا فى حق المقاول من الباطن أو العامل. ويكون الوفاء ساريا فى حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش (1).

ويحتج على المقاول من الباطن أو العامل بهذا الوفاء ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ ويسرى الوفاء فى حقهما حتى لو كان رب العمل عالما بأن فى ذمة المقاول الأصلي مبلغا مستحقا لهما ماداما لم ينذرا رب العمل بالوفاء، ما لم يثبت وجود غش أو تواطؤ بين رب العمل والمقاول الأصلي (2).

الفرض الثانى :

بعد إنذار رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى :

إذا أُنذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بأن يدفع له ما هو مدين به للمقاول الأصلي تمهيدا لرفع الدعوى عليه، أو قام برفع الدعوى، فلا يجوز له أن يقوم بالوفاء لهذا المقاول، بل يتعين عليه أن يفى لدائنيه مباشرة بقدر حقوقهم. فإذا أوفى إلى المقاول الأصلي فلا يسرى هذا الوفاء فى حق المقاول من الباطن أو العامل ويجوز لهما مطالبة رب العمل بحقوقهما، على أن يرجع الأخير بما دفعه على المقاول الأصلي.

182- حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن والعمال :

رتبت الفقرة الثانية من المادة (662) للمقاولين من الباطن وللعمال الذى يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، وكذلك لعمال المقاول من الباطن، فى حالة توقيع

(1) السنهاورى ص 287 وهامش (3).

(2) السنهاورى ص 288 الهامش - قدرى الشهاوى ص 251- محمد عبد الرحيم عنبر ص 254 وما

الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتيازاً على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز .

والحكمة من تقرير حق الامتياز لهؤلاء، أن الدعوى المباشرة قد لا تكون كافية لحمايتهم الحماية الكافية، لأنها لا تمنع دائئى مدين المدين من مزاحمتهم. ولذلك فقد عمد المشرع لتقرير هذا الامتياز لهم.

183- محل الامتياز :

يقع الامتياز على المبالغ التى تكون مستحقة فى ذمة رب العمل أو فى ذمة المقاول الأصلي وقت توقيع حجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي.

ولا يشترط لوجود الامتياز أن يوقع الحجز تحت يدهما، كما قد توحى بذلك صياغة الفقرة الثانية من المادة 662، لأن الامتياز موجود بنص القانون، وإنما فائدة توقيع الحجز تبدو فى تحديد محل الامتياز بالمبالغ التى تكون فى ذمة رب العمل أو المقاول الأصلي وقت توقيع الحجز، دون ما يكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه.

وبمقتضى هذا الامتياز يتقدم المقاول من الباطن والعمال فى استيفاء حقوقهم من هذه المبالغ على سائر الدائنين العاديين لرب العمل أو المقاول الأصلي، فلا يتزاحمون معهم (1).

وتقتضى الفقرة الأولى من المادة فى عجزها على أن: "يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه"، ومفاد ذلك أنه إذا لم يف ما فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلي أو ما فى ذمة الأخير للمقاول من الباطن بحقوق هؤلاء، قسم الدين بينهم قسمة غرماء كل بنسبة حقه، ولا يأخذ سائر دائئى رب العمل أو المقاول الأصلي شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي.

كما تقتضى الفقرة الأولى من المادة فى عجزها أيضاً بأن :

"ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة"، وهى تعنى أنه يجوز من وقت توقيع الحجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي أن يوفى أولاً حقوق المقاولين من الباطن والعمال مقدماً إياهم على سائر الدائنين، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضى، بأداء هذه المبالغ إليهم.

وكانت المادة 886 من المشروع التمهيدى (التي أصبحت برقم (662) تنص صراحة

فى عجز فقرتها الثانية على هذا الحكم بقولها: "ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى إلا أن عبارة "استصدار أمر من القاضى" حذفت فى لجنة المراجعة دون بيان أسباب الحذف⁽¹⁾، ويرجح أن سبب الحذف هو إمكان الاستغناء عن هذه العبارة لعدم الحاجة إليها".

184- حالة نزول المداول الأصلى عن دينه قبل رب العمل بطريق الحوالة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (662) على أن :

"وحقوق المداولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق من ينزل له المداول عن دينه قبل رب العمل".

وهذه الفقرة تواجه الفرض الذى ينزل فيه المداول الأصلى عن حقه لدى رب العمل عن طريق حوالة الحق، وتبين حقوق المداولين من الباطن والعمال المقرر لهم استعمال الدعوى المباشرة، والامتياز فى حالة توقيع الحجز.

وطبقاً لهذه الفقرة يكون للمداولين من الباطن والعمال اقتضاء حقوقهم من المبالغ التى فى ذمة رب العمل للمداول ولو كان هذا الأخير قد حول هذه المبالغ إلى غيره وأصبحت الحوالة نافذة فى مواجهة الغير بإعلان رب العمل بها أو بثبوت تاريخ قبولها، قبل إنذار رب العمل بالوفاء، أو قبل توقيع الحجز⁽²⁾.

ويذهب الفقه إلى أن هذا التفسير هو الذى يستقيم مع المعنى المستفاد من إيراد هذا النص، إذ لو كان المقصود به عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولما كانت هناك حاجة إلى النص عليه صراحة، كما أن مذكرة المشروع التمهيدي قد علقت على هذا النص بأنه يقر ما جرى عليه قضاء محاكم الاستئناف المختلطة. وبالرجوع إلى الأحكام التى أشارت إليها المذكرة وإلى غيرها نجد أنها تقرر أن حقوق المداول من الباطن مقدمة عن حقوق خلفاء المداول الذى نزل عن دينه قبل رب العمل، بحيث لا يحتج عليه بهذا النزول أو هذه الحوالة ولو كان تاريخه سابقاً على تاريخ الحجز⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 53 وما بعدها.

(2) الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية 1976 ص 37 - الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص 230.

(1) محمد لبيب شنب ص 160 وما بعدها - السهنورى ص 292 وما بعدها - محمد عبد الرحيم

أما إذا كان رب العمل قد أوفى المبالغ التي في ذمته إلى المحال إليه فإنه يجب التفرقة بين حالتين :

الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن أو العمال الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول أو قبل أن ينذر رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول، ففي هذه الحالة يكون الوفاء مبرئاً لذمة رب العمل وسارياً في حق المقاول من الباطن والعمال.

والثانية: أن يكون الوفاء لاحقاً للحجز أو الإنذار فلا يسرى - عندئذ - في حق المقاول من الباطن والعمال، ويكون لهم استيفاء حقوقهم قبل المقاول بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار في ذمة رب العمل.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1979/4/10 في الطعن رقم 81 لسنة 43 ق بأن

:

"إن النص في الفقرة الثالثة من المادة 662 من القانون المدني على أن : "وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل "يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد المقاولة، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه. أما إذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وقبل أن ينذر المقاول من الباطن رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول المذكور، ففي هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه مبرئاً لذمة رب العمل وسارياً في حق المقاول من الباطن، والحالة الثانية أن يكون الوفاء لاحقاً للحجز أو الإنذار فلا يسرى - عندئذ - في حق المقاول من الباطن، ويكون له - رغم ذلك - أن يستوفى حقه قبل المقاول الأصلي بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار في ذمة رب العمل، ولو كان نزول المقاول الأصلي عن حقه للغير سابقاً على الحجز أو الإنذار".

انتضاء المقاولة:

مادة (663)

- 1- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.
- 2- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر.

الشرح

185- تخويل حق التحلل من عقد المقاولة لرب العمل وحده :

خولت الفقرة الأولى من المادة رب العمل وحده بإرادته المنفردة أن ينهى عقد المقاولة قبل تنفيذه، ويعتبر هذا النص خروجاً على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين (م/147/1 مدنى).

والحكمة من هذا الاستثناء أن تنفيذ المقاولة كثيراً ما يستغرق زمناً طويلاً وأنه في الفترة ما بين إبرامها وإتمام التنفيذ، قد تتغير الظروف. فقد يفقد رب العمل ثروته كلها أو بعضها بحيث لا يستطيع أن يفي بأجر المقاول أو يصبح الوفاء بهذا الأجر مرهقاً له، أو كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم يصدر تشريع يقيد الأجر فتصبح الصفقة غير رابحة، أو قد ينتفى الغرض من العمل محل المقاولة فرعاية لجانب رب العمل، ومنعاً لإجباره على بذل نفقات غير نافعة، خوله المشرع سلطة التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة. على أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات، وما فاتته من كسب، وهذا خير له من المضى في عمل لا جدوى منه بعد إتمامه⁽¹⁾.

ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر خروجاً على القواعد العامة إذ أنه يبيح لأحد طرفي عقد ملزم للجانبين، أن يتحلل من عقد ملزم له طبقاً لقاعدة عامة أصيلة، ورأسخة هي أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" ولكن عند تأمل الجزاء المقرر على رب العمل لقاء تحلله بإرادته

(1) محمد لبيب شنب ص 188 وما بعدها.

المنفردة من هذا العقد، وهو تعويض المفاوض عما تكبده من خسارة وما فاتته من كسب، يبين أن ذلك يؤدى إلى أن رب العمل، وقد أجاز له القانون التحلل من التنفيذ العينى قد ألزمه بالتنفيذ بطريق التعويض. فهو تعويض كامل بعنصريه: ما تجشمه المفاوض من خسارة وما فاتته من كسب. هذا فضلا عن أنه لا مصلحة فى هذه الحالة للمفاوض أن يطلب التنفيذ العينى الذى أقفل فى وجهه. بل إنه إذا ثبت أن للمفاوض مصلحة أدبية فى إتمام المفاوضة فإن القانون يسمح بتعويضه عنها طبقا للقواعد العامة إذ قد تتأثر سمعة المفاوض بعد التحلل كأن يكون عملا فنياله قيمته فالنص بهذه المثابة يؤدى فى النهاية إلى أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المفاوضة⁽¹⁾.

ويصل رأى فى الفقه إلى هذه النتيجة ذاتها عن طريق نظرية "الجحود المبتسر للعقد" فيذهب هذا الرأى إلى أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التى كان فى استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م/221/1)، فذلك يفرض عليه التزاما بتخفيف المضار، ووفقا لهذا الالتزام لا يجوز للمفاوض أن يمضى فى تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على التحلل من العقد وجحوده له، وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار أن يزيد فى الأضرار التى تصيبه، فإن استمر فى التنفيذ رغم ذلك، لم يحق له تقاضى تعويضا عن هذه الأضرار على أساس أنه كان فى وسعه توقعها⁽²⁾.

ولا ينال من الرأى السابق ما يذهب إليه البعض من أنه قد يكون للمفاوض مصلحة فى الرجوع فى عقد المفاوضة بإرادته المنفردة إذ قد يتبين أن المفاوضة صفقة خاسرة بالنسبة له. ذلك أن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحا فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضا كاملا فيبقى متحملا لكل الخسارة، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهيمه وحده دون المفاوض. فإذا رأى لأسباب تصح عنده فلا مصلحة له فى إتمام العمل وجاز له وقف تنفيذه، ولا يحق للمفاوض إجباره على إتمام التنفيذ إذ أعطاه القانون الحق فى التعويض كاملا⁽³⁾.

186- هل يملك أحد آخر إنهاء المفاوضة بإرادته المنفردة؟

- (1) السنهاورى ص 304 وما بعدها - محمد عبد الرحيم عنبر ص 260- قدرى الشهاوى ص 266.
(2) محمد لبيب شنب فى مؤلفه شرح أحكام عقد المفاوضة ص 189- وفى بحثه الجحود المبتسر للعقد مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص 294 والسنة الثالثة ص 151 وما بعدها.

(1) السنهاورى ص 306 هامش (1) محمد عبد الرحيم عنبر ص 216.

الرخصة المقررة بالمادة 663 مدنى بالتدخل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة مخولة لرب العمل وحده، فلا يجوز للمقاول استعمالها كما قررنا سلفاً.

وهذا الحق شخصى متروك لتقديره، ومن ثم لا يجوز لدائنيه استعماله، لأنه لا يجوز للدائن أن يستعمل الرخص المقررة لمدينه⁽¹⁾.

ولكن إذا عهد المقاول بالعمل إلى مقاول من الباطن، فإن المقاول الأصلي يعتبر رب عمل فى علاقته بهذا الأخير، وبالتالي يكون له الحق فى إنهاء المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة.

وينتقل هذا الحق من رب العمل إلى ورثته وإذا تعدد الورثة واستمر المقاول فى إنجاز العمل شائعاً لحسابهم، جاز لمن يملك أو لمن ينتظر أن يملك ثلاثة أرباع العمل أن ينهى العقد، على أساس أن ذلك يعتبر تصرفاً فى نتيجة العمل فتملكه الأغلبية المتقدمة وفقاً للمادة 832 من القانون المدنى التى تقرر "أن للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية"، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة. ولمن يخالف ذلك من الأقلية حق الرجوع إلى المحكمة فى خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التدخل من المقاولة واجباً.

ويجوز كذلك للخلف الخاص أن يتدخل من المقاولة، كما إذا خول رب العمل حقوقه الناشئة عن المقاولة إلى الغير، فإن المحال له يستطيع استعمال رخصة الإنهاء بإرادته المنفردة.

أما إذا باع رب العمل الأرض التى يقام عليها البناء بعقد مقاولة، فإن المشتري الأرض لا ينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك. وفى حالة الاتفاق عليه جاز للمشتري ما كان يجوز للبائع باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم.

187- شروط إنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة :

يشترط لإنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة توافر الشروط الآتية:

1- أن يظهر رب العمل إرادته فى إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمام المقاولة. وطالما لم يتم العمل بعد، فيستطيع رب العمل إنهاءها بإرادته المنفردة أياً كانت

المراحل التى قطعها المقاول فى سبيل التنفيذ، بل ولو كان لم يبدأ هذا التنفيذ بعد.

ذلك أن الحكمة من تخويل رب العمل سلطة الإنهاء هى منع القيام بنفقات أو أعمال يراها غير مجدية ولا نافعة، وقصر ما يجب عليه دفعه للمقاول على النفقات التى صرفها فعلا وعلى الربح الذى كان يحققه لو أنه أتم العمل، ولا تتوافر هذه الحكمة إذا كان المقاول قد أتم العمل فعلا، وبالتالي كان قد أنفق كل ما هو ضرورى لإنجاز العمل.

2- أن يكون إنهاء رب العمل لعقد المقاولة راجعا إلى مشيئته هو، لا إلى خطأ المقاول. ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ فسيبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة بل طلب فسخها إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ. وفى هذه الحالة يكون المقاول هو الملتزم بتعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه، ولا يرجع المقاول على رب العمل بالتعويض المقرر فى حالة التحلل، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه. هذا بالإضافة إلى حق رب العمل فى طلب التنفيذ العينى، وإصلاح الخطأ إلى جانب التعويض.

3- ألا يكون المقاول قد اشترط على رب العمل عدم التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة. لأن حق رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة لا يتعلق بالنظام العام كما سنرى. ويجوز بالتالى الاتفاق على حرمان رب العمل منه. بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى فى تنفيذ العقد إلى أن يتم، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل.

188- نطاق تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة :

1- يستطيع رب العمل التحلل من العقد بإرادته المنفردة، أيا كانت طبيعة العمل محل المقاولة، فلا يشترط أن يكون العمل من طبيعة معينة، وبصفة خاصة لا يشترط أن يكون محل المقاولة إقامة بناء. فقد يكون محل المقاولة إقامة بناء أو أشغال نجارة أو سباكة أو نقاشة، أو كشف طبى أو إجراء عملية جراحية أو إعطاء دروس خصوصية.

2- يستوى أن تكون المقاولة بأجر إجمالى جزافى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة. ذلك أن المادة 663 مدنى لم تفرق بين حالة وأخرى.

3- يستوى أن يكون رب العمل هو الذى قدم المواد المستخدمة فى العمل، أم كان المقاول هو الذى قدم هذه المواد، إذ جاء نص المادة 663 مدنى عاما، فلا محل للفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول يقتصر على تقديم عمله، والحالة التى يقدم فيها فضلا عن

ذلك المواد المستخدمة في إنجاز هذا العمل.

4- لا يلزم رب العمل بإبداء أسباب لتحلله من المقاوله بإرادته المنفردة، فهو وحده الموكول إليه تقدير استعمال هذه الرخصة دون معقب عليه من محكمة الموضوع.

189- إنهاء عقد المقاوله بالإرادة المنفردة رخصة لرب العمل :

إنهاء المقاوله والتحلل منها بإرادة رب العمل المنفردة رخصة لرب العمل، إن شاء استعملها وإن شاء أهملها، فإن استعملها فلا تثريب عليه، ولا يلزم بإبداء أسباب لاستعمال هذه الرخصة.

غير أنه إذا أثبت المقاول أن رب العمل قد قصد من وراء هذا التحلل أن ينال من سمعته الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته، كأن يكون رب العمل قد أعلن أنه تحلل من العقد لأن المقاول سيئ السمعة وغير خبير في عمله، أو يهمل في تنفيذ التزاماته. جاز للمقاول الرجوع عليه بتعويض طبقاً للقواعد العامة المقررة في التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾.

190- كيفية إخطار رب العمل المقاول بالتحلل من المقاوله :

نصت الفقرة الأولى من المادة 663 مدنى على أن: "لرب العمل أن يتحلل من العقد.... إلخ".

والتكييف القانونى للتحلل أنه تصرف قانونى من جانب واحد هو رب العمل، ويطبق عليه ما يطبق على التصرفات القانونية الأخرى كالهبة والوكالة.

ولم يحدد القانون شكلاً معيناً يتم به الإخطار، ومن ثم فإنه يجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، أو بخطاب موصى عليه، أو بخطاب عادى، أو حتى شفاهة.

وإذا كان رب العمل هو الملمزم بإثبات حصول الإخطار، فإن الإخطار يجب إثباته - طبقاً للقواعد العامة - بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة المقاوله تزيد على ألف جنيه. وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن.

وينتج الإخطار أثره أى يتم التحلل من المقاوله بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول طبقاً للقواعد العامة المقررة فى إنتاج الإرادة أثرها.

(1) محمد لبيب شنب ص 192 وما بعدها - السنهورى ص 313 الهامش.

191- التعويض المستحق للمقاول بسبب التحلل من العقد :

رأينا أن المادة 663 مدنى نصت على أن :

"1- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل.

2- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر".

وعلى ذلك يشمل التعويض الذى يستحق للمقاول العناصر الآتية :

(1) المصروفات التى أنفقها المقاول :

وتشمل جميع المصروفات التى أنفقها المقاول، ولو كانت مصروفات أولية لم تعد بأى نفع على رب العمل، مادامت قد أنفقت وقت قيام العقد.

(2) قيمة ما أنجزه المقاول من أعمال :

يعرض المقاول عن جميع ما أنجزه من أعمال. ويدخل فى ذلك قيمة المواد التى قدمها وأجور العمال، وتقدر هذه القيمة على أساس ما تم من الأعمال إلى مجموع ما كان يلتزم به المقاول. فإذا كان المقاول أتم نصف العمل وكان الأجر المحدد للعمل كله ألف جنيه، التزم رب العمل بأن يدفع له خمسمائة جنيه. غير أن رب العمل لا يلتزم إلا بقيمة الأعمال التى قام بها المقاول قبل علمه بتحلل رب العمل من المقولة إلا إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما تم من عمل، فإذا كان العمل المعهود به إلى المقاول هو تغيير أو إصلاح شبكة الأسلاك الكهربائية الموجودة بمصنع معين، وبعد أن كشف المقاول عن هذه الأسلاك صدر إليه أمر من رب العمل بالتوقف عنه، فعلى المقاول فى هذه الحالة أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه بتغطية هذه الأسلاك، وله أن يطالب رب العمل بقيمة هذه التغطية، لأن قيامه بذلك ليس مجرد حق له، بل هو واجب عليه⁽¹⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 193 وما بعدها - فتحيه قره ص 271 وما بعدها.

أما ما عدا ذلك من الأعمال التي قام بها بعد علمه بإرادة رب العمل في التحل في العقد، فلا يرجع بها المقاول إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب، أى بأقل القيمتين: ما صرفه فعلاً وما عاد من نفع على رب العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التي قدمها رب العمل، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز ذلك على ألا يتقاضى تعويضاً عنها.

(3) قيمة ما كان المقاول يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل :

يجب تعويض المقاول عن "ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل".

فإذا كانت المقابلة مبرمة بأجر إجمالي، فإن كسب المقاول يتحدد بالفرق بين قيمة هذا الأجر، وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذ العمل. وتقدر هذه النفقات على أساس قيمتها عند إنهاء العقد. ولا يعتد بالتغيرات التي تطرأ بعد ذلك على أثمان المواد وأجور العمال، وبالتالي لا يستطيع رب العمل أن يتخلص من التزامه بتعويض المقاول عن الكسب الذي كان يحققه بحجة أنه لو ألزم بإتمام العمل لما حقق كسباً بل لحقق خسارة بسبب ارتفاع الأثمان والأجور، وذلك لأن حق المقاول في التعويض ينشأ من يوم إنهاء العقد، ولذلك يجب ألا ينظر في تقدير قيمة هذا التعويض إلا إلى ذلك الوقت. (أنظر أيضاً البند التالي).

وإذا كان أجر المقاول مقدراً بسعر الوحدة، فإن ربح كل وحدة يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التي يبذلها المقاول في صنعها، ويكون مجموع الربح الذي فاتته هو الفرق مضاعفاً بمقدار عدد الوحدات التي كانت مقدرة بموجب التصميم. وإذا كانت كمية الأعمال غير محددة في العقد، فإنه يمكن مع ذلك معرفة الحد الأدنى لهذه الأعمال، فيدخل الربح المتوقع من ورائها في التعويض.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم الابتدائي إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه على ما اتخذته المقاول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه إذ هو (المقاول) قد قام بما التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءاً من البناء وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء فضلاً عن أنه استغنى عن عمله ووكّل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء وكان الحكم الاستثنائي إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائي واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أتمه

من بناء قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول فى ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع هذا الأخير أو تأخر فى تقديم مواد البناء - إن الحكم الاستثنائى إذ ند عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائى من أسباب كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه " .

(طعن رقم 120 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/9)

(4) تعويض المقاول عما يكون قد أصابه من ضرر أدبى :

يذهب الرأى الغالب فى الفقه - وأيدته محكمة النقض - إلى أن رب العمل يلتزم بتعويض المقاول عما يكون قد أصابه من ضرر أدبى .
إذ قد يكون للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام العمل، لأنه يفيد فى سمعته أو شهرته، ومن ثم فإن عدم إتمام العمل يضر بهما .
ومثل ذلك إتمام فنان لوحة تعاقد عليها، أو إصدار مؤلف كتاب عهد إليه بوضعه⁽¹⁾ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 1/663 من القانون المدنى على أن: "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " . يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لا بد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب ولئن كان النص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبياً عن تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاولة، إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 222 من القانون المدنى ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويض عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة " .

(1) السنهاورى ص 316 - محمد لبيب شنب ص 195 وما بعدها - فتحة قره ص 273 - قدرى الشهاوى ص 274 .

(طعن رقم 34 لسنة 47 ق جلسة 1979/6/25)

192- جواز تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته من كسب :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (663) مدنى بعد أجازت لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، أوجبت عليه أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن :

"على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر".

ويبين من هذا النص أنه يتضمن ثلاث حالات يجوز فيها للمحكمة تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، هى :

الحالة الأولى :

إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا :

فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض المستحق عما فات المقاول من كسب، مثال ذلك أن يتضح بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل وحسب الربح الذى فاتته على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فيما أتمه من العمل، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقي منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض مقدار الربح الذى فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور.

وتخفيض التعويض فى هذه الحالة جوازى للقاضى.

الحالة الثانية :

ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد :

فالقاعدة أن المقاول يرجع على رب العمل بما أنفقه، وليس بأكثر من ذلك، فإذا كان المقاول قد اقتصد من جراء عدم تنفيذ العقد أو عدم إتمامه شيئا، فإنه يجب إنقاص ما

اقتصدته من قيمة التعويض، ويدخل فى هذا تخفيض التعويض نظير عدم التزام المقاول بالضمان لأن العمل لم يتم ولم يسلم إلى رب العمل حتى يقوم الضمان. والتخفيض فى هذه الحالة وجوبى على المحكمة.

الحالة الثالثة :

ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر :

فعدم إتمام المقاول العمل بسبب تحلل رب العمل منه لاشك قد أتاح للمقاول وقتاً يستطيع استخدامه فى عمل آخر يدر عليه ربحاً، ومن ثم فإذا كان قد أتيح للمقاول التعاقد على إنجاز عمل آخر فى المدة التى كانت مخصصة لإنجاز العمل الذى وقف تنفيذه، فإن ما حصل عليه المقاول من ربح من هذا العمل الجديد، يجب أن يخصم من التعويض المستحق له قبل رب العمل الذى أنهى العقد.

بل إنه يجب نقص التعويض المستحق للمقاول ولولم يكن قد استخدم وقته فى عمل آخر، إذا كان ذلك ناشئاً عن إهماله وتقصيره فى البحث عن عمل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تمسك الطاعن بإعمال نص الفقرة الثانية من المادة 663 من القانون المدنى والذى تقضى بأن تنقص المحكمة من التعويض المستحق للمقاول ما يكون قد اقتصدته من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر هو دفاع قانونى يخالطه واقع وإذ كان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه طرح هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فلا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 34 لسنة 47 ق جلسة 1979/6/25)

193 - عدم تعلق حق رب العمل فى التحلل من المقاولة بالنظام العام :

حق رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز - كما ذكرنا سلفاً - الاتفاق بين المتعاقدين على حرمان رب العمل منه، بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى فى تنفيذ العقد إلى أن يتم، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى ذلك.

(1) محمد لبيب شنب ص 195.

كما يجوز اتفاق المتعاقدين على حق رب العمل فى التحلل من العقد بإرادته المنفردة، دون دفع أى تعويض للمقاول، أو دون دفع تعويض كامل، على أن يقتصر الأمر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل فى عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقاً لنص المادة 663 من القانون المدنى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعوض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل فى التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام فى جزء من العمل ليخرج الجزء الباقى عن نطاق الإلزام بالتنفيذ العينى أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد على التعاقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى باعتباره من عقود المقاولة".

(طعن رقم 223 لسنة 33 ق جلسة 1967/5/16)



مادة (664)

ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه.

الشرح

194 - انقضاء عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه :

تقضى المادة بأن ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، وتعتبر هذه المادة تطبيقاً للمادة 373 مدنى التى نصت على القاعدة فى انقضاء الالتزام بقولها: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً بسبب أجنبى لا يد له فيه". ومن أمثلة استحالة تنفيذ العقد على المقاول بسبب أجنبى أن يكون العمل رسماً فنياً لا يقوم به إلا المقاول ثم أصيب بمرض أو حادث أفقده يده التى يرسم بها أو عينه التى يبصر بها أو كان العمل إجراء عملية جراحية لا تحتل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجرائها، أو كان العمل إقامة بناء من نوع معين من مواد البناء يستورد من الخارج، فقامت حرب عالمية أو أهلية منعت من استيراده، أو إقامة البناء ليكون جاهزاً فى تاريخ معين لإقامة معرض فقامت أسباب أجنبية يستحيل معها على المقاول إقامته قبل التاريخ المحدد. أو إذا كانت الأعمال تستلزم ترخيصاً إدارياً، ولم يصدر الترخيص، أو إذا كانت ملكية الأرض التى من المقرر أن يقام عليها العمل قد نزع⁽¹⁾ت ففى كل هذه الأمثلة وأشباهاها ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى، وينقضى التزام رب العمل المقابل له، وينفسخ عقد المقاولة عملاً بالمادة 159 مدنى تقضى بأن: "فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وإذا انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على نحو ما سلف، فإن المقاول يستحق تعويضاً، ولكن هذا التعويض لا يكون على أساس عقد المقاولة لأن العقد قد انفسخ وانقضى بالتالى، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب.

وقد نصت على ذلك المادة (667) مدنى بصدد انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول وألحقت بالنص حالة صيرورة المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه (راجع شرح المادة المذكورة).

وعلى ذلك فإن المفاوض فى الأمثلة السابقة والتي انفسخ فيها العقد يستحق تعويضا عادلا على أساس الإثراء بلا سبب وهو أقل القيمتين: قيمة ما أنفقه من ماله ووقته، وقيمة ما استفاد من رب العمل.

وكان المشروع التمهيدي للفقنين المدنى للمادة 664 مدنى (وكانت برقم 882) يشتمل على فقرة ثانية تجرى على أن:

"وإذا كان التنفيذ قد استحال بسبب قهرى فلا يعوض المفاوض إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة 888. أما إذا استحال بخطأ المفاوض فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولاً عن خطئه وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل فإن أحكام المادة السابقة هى التى تسرى" إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذف هذه الفقرة "اكتفاء بالقواعد العامة". والقواعد العامة تتفق مع ما ذهبنا إليه سلفاً⁽¹⁾.

195- أسباب أخرى لانقضاء عقد المفاوضة :

ينقضى عقد المفاوضة أيضا بالأسباب الآتية:

(1) تنفيذ العقد :

ينقضى عقد المفاوضة بتنفيذ العقد، وهو الانتهاء المألوف للعقد، حيث يقوم رب العمل بالوفاء بالتزاماته من تمكين المفاوض من إنجاز العمل، وتسلمه بعد تنفيذه، وأداء الأجر إلى المفاوض، كما يقوم المفاوض بتنفيذ التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل. غير أن التزامه بالضمان يستمر بعد ذلك، بالتفصيل الذى ذكرناه فى موضعه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن عقد استئجار الصانع لعمل معين، بالمفاوضة على العمل كله أو بأجرة معينة على حساب الزمن الذى يعمل فيه أو العمل الذى يقوم به، يعتبر - بحسب الأصل - منتهيا - بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسليم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه.... إلخ".

(طعن رقم 57 لسنة 8 ق جلسة 1939/1/5)

(2) انقضاء مدة العقد :

ينقضى عقد المقاولة بانتهاء مدة العقد، وذلك فى الحالة التى يتفق فيها على مدة لعقد المقاولة، وهذا يحدث فى المقاولات التى يكون محلها القيام بأداءات دورية لمدة معينة، كما هو الحال فى مقاولات الصيانة، فإذا التزم شخص بصيانة أجهزة كهربائية أو آلات ميكانيكية، بالكشف عليها فى مواعيد دورية وتنظيفها، وإصلاح ما يتلف منها، وتحدد لالتزامه هذا زمن معين كشهر أو سنة، فإن انقضاء هذا الزمن يؤدى إلى انتهاء المقاولة، وهذا الانتهاء يكون مألوفاً.

غير أنه لا يوجد ما يمنع من تجديد المقاولة، سواء صراحة باتفاق الطرفين على الالتزام بالصيانة لفترة أخرى، أو ضمناً بأن يستمر المقاول فى أداء عمله فى مواعيد دورية، بعلم رب العمل، ودون اعتراض منه، وفى هذه الحالة الأخيرة يتجدد عقد المقاولة ضمناً بنفس شروط العقد السابق، ولكن لمدة غير محدده، فيكون لكل من طرفيه إنهاؤه فى أى وقت.

فيسرى على تجديد عقد المقاولة ما يسرى على تجديد عقد الإيجار.

(3) فسخ العقد :

يحوز لأى المتعاقدين طلب فسخ عقد المقاولة إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، وفقاً للقواعد العامة المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين.

فإذا أخل المقاول بأحد التزاماته كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها، أو حسب أصول الصنعة، أو تأخر فى تسليم العمل، أو ظهر عيب خفى واجب الضمان جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد.

وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته كامتناعه عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقبله أو تسلمه أو عن دفع أقساط الأجرة المستحقة... إلخ، جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد.

وكما أوضحنا سلفاً أن القضاء بالفسخ يخضع لتقدير قاضى الموضوع، وهو غير ملزم بإجابة المتعاقد إليه.

وبترتب على فسخ عقد المقاولة انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ومن ثم لا يكون رجوع المقضى له بالفسخ على المتعاقد الآخر إلا بدعوى الإثراء بلا سبب.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تقدير كفاية الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة. فإذا كانت المحكمة قد أقامت الواقعة التي استخلصتها على ما يقيمها، فإنها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالا، لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمني المسقط لكل حجة تخالفها".

2- "الحكم بفسخ عقد المقاولة يبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المفاوض - الذي أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة. ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب وفقا للمادة 179 من القانون المدني، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى، أى أنه يلتزم برد أقل قيمته الإثراء والافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة في مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذي يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم في تقدير قيمة ما زاد في مال المطعون عليه - رب العمل - بسبب ما استحدثه الطاعن - المفاوض - من أعمال البناء، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذي قضى بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 583 لسنة 35 ق جلسة 1970/3/17)

(4) التقايل من العقد :

ينقضى عقد المقاولة إذا اتفق المتعاقدان على التقايل من العقد، أى التحلل من العقد بإرادتهما المشتركة. لأن العقد كما ينعقد بتلاقى إرادة الطرفين، يجوز التقايل منه بذات الإرادة.

وإذا سوى المتعاقدان حسابهما مع التقايل وهو الغالب، انتهى الأمر، أما إذا لم يتم ذلك، طبقت المبادئ العامة وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب.



مادة (665)

- 1- إذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين.
- 2- أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشئ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه. وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل.
- 3 - فإذا كان رب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشئ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه راجعا إلى خطأ منه، أو إلى عيب فى المادة التى قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء.

الشرح

196- صور ثلاث لهلاك الشئ قبل التسليم:

الصورة الأولى :

هلاك الشئ بحادث فجائى :

أوردت حكم هذه الصورة الفقرة الأولى من المادة إذا هلك الشئ بسبب حادث فجائى، وبأخذ حكم الحادث الفجائى القوة القاهرة. فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين.

ومثال ذلك أن يتعاقد رب العمل مع نجار على صنع أثاث، أو مع حائك لصنع ثوب، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو يسلم الحائك الثوب، احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب، أو سرق الأثاث أو الثوب، وكان الحريق أو السرقة بقوة القاهرة ولم يثبت تقصير فى جانب المقاول، فالتبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة. وإذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة فإنه يتحمل التبعة.

ويقع على عاتق المقاول عبء إثبات الحادث الفجائى أو القوة القاهرة.

الصورة الثانية :

هلاك الشيء بخطأ المقاول :

نصت على حكم هذه الصورة الفقرة الثانية من المادة. فإذا كان رب العمل قد أعذر المقاول أن يسلم الشيء فلم يقيم بتسليمه، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا إلى خطأ المقاول فإن الهلاك يكون على المقاول ولا يرجع بقيمة الشيء الذى قدمه ولا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته. ويلزم بتعويض رب العمل عما أصابه من أضرار. أما إذا كان رب العمل هو الذى ورد الشيء، فإن المقاول لا يأخذ أجرا ولا يسترد نفقاته، ويجوز لرب العمل الرجوع عليه بقيمة المادة وبالتعويض عما أصابه من ضرر. فقد ساوى النص بين إعذار المقاول رب العمل لتسلم الشيء المتفق عليه، وعدم استلامه له، وبين الحالة التى يكون فيها الهلاك بخطأ من رب العمل.

الصورة الثالثة :

هلاك الشيء بخطأ رب العمل :

نصت على حكم هذه الصورة الفقرة الثالثة من المادة. فإذا كان المقاول قد أعذر رب العمل لتسلم الشيء فلم يقيم باستلامه، أو كان الهلاك بخطأ رب العمل، كوجود عيب فى الشيء. فإن رب العمل هو الذى يتحمل تبعة الهلاك. فإذا كان المقاول هو الذى ورد الشيء لرب العمل، فإن الأخير هو الذى يتحمل الخسارة الناجمة عن الهلاك، ويلتزم أجر المقاول ونفقاته. وإذا كان رب العمل هو الذى قدم الشيء، فإنه يتحمل وحده قيمة الخسارة، ويلتزم دفع الأجر والنفقات كاملة إلى المقاول، ولا يرجع عليه بشيء.

197- الهلاك بعد التسليم :

إذا وقع هلاك الشيء بعد تسليمه إلى رب العمل، فمعنى ذلك أن المقاول قد نفذ التزامه، وبالتالي فإنه لا يكون هناك محل للكلام عن استحالة التنفيذ بالهلاك، أو انفساخ العقد، ولذلك فإن تبعة الهلاك بعد التسليم تقع على رب العمل، فيظل ملتزما بدفع أجر المقاول كاملا إن لم يكن قد وفاه بعد، فإن كان قد دفعه فعلا، فلا يجوز له استرداده، كما

لا يجوز له أن يرجع على المقاول بشئ⁽¹⁾.

198 - انتقال ملكية الشيء محل المقاولة إلى رب العمل :

إذا كان العمل المكلف به المقاول قطر سيارة معطلة أو تنظيف ثوب، أو عرض مسرحية، فمن الواضح أنه لا يترتب على المقاولة إنشاء التزام بإعطاء على عاتق المقاول، وبالتالي لا يترتب عليها نقل ملكية شيء إلى رب العمل. كذلك إذا كان محل المقاولة صنع شيء من مواد قدمها رب العمل، فإن هذه المواد تكون مملوكة ابتداء لرب العمل، ولا يترتب على تنفيذ التزام المقاول نقل ملكيتها إلى رب العمل.

أما إذا اتخذت المقاولة صورة الاستصناع، بأن قدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد اللازمة لصنع الشيء، كالحائك الذي يحيك حلة بقماش من عنده، فإنه يترتب على تنفيذ عقد المقاولة أن يصبح رب العمل مالكا للشيء محل المقاولة، فيكون عقد الوكالة ناقلا للملكية.

وقد انقسم الرأي في تحديد الوقت الذي ينتقل فيه محل المقاولة في هذه الصورة إلى رب العمل. فذهب رأى إلى أن الملكية تنتقل إلى رب العمل متى وجد الشيء بتمام صنعه، وتعين بذاته، ودون أن يكون رب العمل قد عاين محل الوكالة وقبله أو تسلمه⁽²⁾. وذهب رأى آخر إلى أن ملكية محل المقاولة لا تنتقل إلى رب العمل إلا من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل⁽³⁾.

وذهب رأى في الفقه المصري - نؤيده - إلى أنه إذا كان من الممكن أن تنتقل الملكية إلى رب العمل ابتداء من انتهاء صنع الشيء، لوجوده في ذلك الوقت معيناً بذاته، فإن تقرير انتقال الملكية فعلاً في هذا الوقت لا يمكن أن يكون نهائياً، لأن رب العمل يستطيع أن يرفض الشيء إذا وجده غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، ولا يسقط حقه هذا إلا إذا قام بمعاينة الشيء وقبله، فابتداءً من هذا الوقت لا يستطيع أن يرفضه، وبالتالي يكون من الممكن أن تستقر لديه الملكية نهائياً، ولذلك فإنه يبدو أكثر

(1) محمد لبيب شنب ص 109.

(2) مدنى أول أغسطس 1950 دالوز 1951 - 68 قسم الأحكام المختصرة - مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد لبيب شنب ص 113.

(3) عرائض 20 مارس 1871 مشار إليه في مؤلف محمد لبيب شنب ص 114.

اتفاقاً مع طبيعة عقد الاستصناع ومع الأحكام المترتبة عليه، القول أن الملكية فيه تنتقل من وقت قبول رب العمل وليس من وقت انتهاء صنع الشيء، ولكن متى تم هذا القبول انتقلت الملكية، ولو لم يتم تسليم الشيء، إذ لا يضيف هذا التسليم أمراً له قيمة فيما يتعلق بانتقال الملكية⁽¹⁾.



(1) محمد ليبب شنب ص 114.

مادة (666)

ينقضى عقد المقاولة بموت المكاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة 663 إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المكاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

الشرح

199- الأصل عدم انتهاء عقد المقاولة بموت المكاول :

المقاولة عقد من العقود المالية، ولذلك فالأصل أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار فى التعاقد، ومن ثم فإن الأصل أن المقاولة لا تنتهى بموت المكاول، لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عن يقوم بهذا العمل، ولذلك لم تكن شخصية المكاول محل اعتبار فى التعاقد بصفة عامة، فإذا توفى وكان له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقا لما هو متفق عليه، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المكاول نفسه⁽¹⁾.
غير أن النص استثنى من هذا الأصل العام، حالة ينقضى فيها عقد المقاولة بموت المكاول، وهى إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار وهذا ما سنعرض له تفصيلا فى البند التالى.

200 - انقضاء عقد المقاولة بموت المكاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل

اعتبار فى التعاقد :

تقضى المادة (666 مدنى) بأن ينقضى عقد المقاولة بموت المكاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه.

ولم يقصد المشرع بعبارة (مؤهلاته الشخصية) مجرد المؤهلات أو الشهادات الدراسية التى حصل عليها المكاول، بل الصفات الشخصية للمكاول التى تكون ذات تأثير فيما يتعلق بحسن تنفيذه للعمل وفقا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة. ومثل ذلك

(1) محمد لبيب شنب ص 182 وما بعدها.

الشهادات الفنية الحاصل عليها المقاول والأعمال السابقة التي قام بتنفيذها وسمعة المقاول والمكانة التي وصل إليها في السوق، سواء من ناحية حرصه على الوفاء بالتزاماته المالية، أو من ناحية دقته في تنفيذ الأعمال الفنية المعهود بها إليه وتخصص المقاول في نوع العمل المعهود به إليه. وبخاصة فيما قام به من قبل من أعمال تكسبه تجربة لا تتوافر لغيره⁽¹⁾.

وكانت المادة (887) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني (التي أصبحت برقم 661) تتضمن ثلاث فقرات (2، 3، 4) تؤيد النظر المتقدم، غير أنها حذفت في لجنة المراجعة "لعدم الحاجة إليها".

وكانت هذه الفقرات تنص على أن :

2- "وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذ أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسي المعمار، أو مع أحد ممائل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة.

3- وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك.

4- وفي سائر الأحوال الأخرى، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة، يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق، لا صفات المقاول الشخصية، هي التي كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد"⁽²⁾.

ويستخلص من هذه الفقرات الثلاث أن رجال الفن كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمطربين، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في العقد. أما العمال والصناع، كالنقاشين والسباكين والنجارين والحدادين، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هي محل اعتبار في التعاقد، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك، كأن كان العمل محل المقولة عملاً بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص في الحرفة، فعندئذ لا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد.

وأما المقاولات الكبرى كالمعارات والمدارس والمستشفيات، فهذه يقوم بها عادة

(1) محمد ليبب شنب ص 184- محمد عبد الرحيم عنبر ص 265 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 64 وما بعدها.

مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما يتوافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورعوس أموال بحيث تكون العبرة، لا بصفات المقاول الشخصية، بل بالمكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق. فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية فى الغالب محل اعتبار فى التعاقد⁽¹⁾.

وتقدير ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد أم لا، مسألة موضوعية، يفصل فيها القاضى على ضوء الظروف التى لابتست التعاقد، وبصفة خاصة بالنظر إلى طبيعة العمل وهل هو عمل فنى دقيق يستدعى مقاولا متخصصا أم هو عمل عادى بسيط، كذلك يجب النظر إلى قيمة هذا العمل من الناحية المالية وأهميته.

وفى كل ذلك يجب أن يحاول القاضى تبين نية المتعاقدين المشتركة فهى الأساس فى تقدير ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد⁽²⁾.

فإذا كانت المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى التعاقد، فإن المقولة تنتضى بموته من تلقاء نفسها بحكم القانون، دون حاجة لفسخ العقد لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول.

ويترتب على ذلك أنه يجوز لورثة المقاول التمسك بهذا الانقضاء. وينطبق الحكم سواء اقتصر المقاول على تقديم عمله، أم التزم فضلا عن ذلك بتوريد المواد اللازمة للعمل، أو كان الأجر جزافا أو بسعر الوحدة.

ولا يستطيع رب العمل إجبار ورثة المقاول على الاستمرار فى التنفيذ، دون عقد جديد يبرم بين رب العمل وورثة المقاول، فيكون ذلك تعاقدًا جديدًا لا علاقة له بالعقد الذى أبرمه المقاول المتوفى.

وإذا كان المقاول الأصلى قد عهد بالعمل إلى مقاول من الباطن، فإن وفاة المقاول من الباطن تنهى عقد المقولة، إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار عند إبرام المقولة من الباطن.

وإذا كان رب العمل قد عهد به إلى عدة مقاولين ليقوموا به متضامنين، دون تقسيم

(1) السنهاورى ص 325 وما بعدها - قدرى الشهاوى ص 278 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 184 - فتحة قره ص 264.

للعمل عليهم، فإن وفاة أحدهم لا تنهى المقاولة إلا بالنسبة له، فيستمر العقد ملزماً للجانبين، وذلك ما لم يكن مشروطاً اجتماعهم في تنفيذ العمل.

201- ما يسرى عليه حكم موت المقاول :

بعد أن تناولت المادة (667) مدنى فى فقرتها الأولى والثانية أثر انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول أردفت فى فقرتها الثالثة أنه :

"وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه".

فيلحق بأحكام موت المقاول، حالة ما إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه بسبب لا يد له فيه، أو إذا أصبح المقاول عاجزاً عن تنفيذ العمل، بعد التعاقد على المقاولة وقبل البدء فى تنفيذها.

ومثل ذلك أن يصاب الرسام بعاهة فى يده التى يرسم بها تعجزه عن الرسم، أو يصاب الجراح بمرض يعجزه عن إجراء العملية المتعاقد عليها. وعلى ذلك يترتب على حالة العجز هذه انقضاء عقد المقاولة.

202- حالة ما إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى المقاولة :

تنص المادة (666) مدنى على أن: "إن لم تكن محل اعتبار "المؤهلات الشخصية للمقاول" فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة 663 إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

وعلى ذلك إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى العقد - بالتفصيل الذى ذكرناه سلفاً- فالأصل أن يستمر العقد من تلقاء نفسه. لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقاً للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عما يقوم بهذا العمل، ولذلك لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد. فإذا توفى المقاول وكان له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقاً لما هو متفق عليه، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المقاول نفسه.

ولذلك اشترطت المادة لاستمرار عقد المقاولة فى هذه الحالة أن تتوافر فى ورثة

المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإذا لم تتوافر هذه الضمانات، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ المقاولة بسبب وفاة المقاول، ولا يتقرر الفسخ إلا إذا قبله ورثة المقاول أو حكم به القضاء. وطالما لم يتقرر الفسخ بعد، فالعقد قائم واجب النفاذ، فلا ينتهى من تلقاء نفسه.

والمقصود بالضمانات الواجب توافرها لاستمرار عقد المقاولة مع الورثة، الضمانات الكافية لتنفيذ الورثة العمل المتفق عليه بعقد المقاولة.

وأول هذه الضمانات أن يكون من بين الورثة من يحترف مهنة مورثه. ومنها أيضا أمانة الورثة ومؤهلاتهم وخبرتهم وقدرتهم المالية، وبصفة عامة كل ما يبعث الطمأنينة فى نفس رب العمل على أداء الورثة للعمل المتفق عليه. وتقدير توافر هذه الضمانات فى الورثة من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع، وله إذا وجد أن الضمانات متوافرة ألا يقضى بالفسخ فيظل العقد مستمرا مع ورثة المقاول.

وإذا توافرت الضمانات الكافية لدى الورثة استمر العقد قائما وتنتقل إليهم حقوق مورثهم كما تنتقل إليهم التزاماته فى حدود تركته.

غير أن استمرار العقد بعد وفاة المقاول لا يمنع رب العمل من استعمال الرخصة المقررة له فى المادة (633) مدنى بالتحلل من العقد ووقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه بإرادته المنفردة على أن يلتزم بالتعويض الذى أشرنا إليه فيما سلف. وهذا ما نصت عليه المادة (666) مدنى فى عجزها بقولها: "..... ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة 663.... إلخ".



مادة (667)

- 1- إذا انقضى العقد بموت المَقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم. وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات.
- 2- ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا.
- 3- وتسرى هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المَقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه.

الشرح

203- آثار انقضاء المقاولة بموت المَقاول :

يترتب على انقضاء المقاولة بموت المَقاول، سواء من تلقاء نفسها لقيامها على اعتبار مؤهلات خاصة فى شخص المَقاول أو عن طريق الفسخ بناء على طلب ورثة المَقاول أو رب العمل، أن الالتزامات التى أنشأها عقد المقاولة فى جانب الطرفين تنتهى بانتهاء العقد.

فإذا كانت وفاة المَقاول قبل أن يبدأ فى تنفيذ العمل، ودون أن يكون قد تعاقد على شراء شىء من الأدوات أو المواد اللازمة لإنجازه، فإن انقضاء المقاولة لا يثير أية صعوبة، إذ يتحلل منها كل من رب العمل وورثة المَقاول، دون حاجة إلى تصفية لمركز كل منهما. وإذا كان رب العمل قد عجل جزءا من الأجر فإن له أن يسترده كاملا. أما إذا كانت وفاة المَقاول بعد أن بدأ المَقاول فى تنفيذ العمل بمواد قام بشرائها أو قدمها له رب العمل. فإنه يجب تطبيق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (667) مدنى، وهى تقضى بأن:

"إذا انقضى العقد بموت المَقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات".

فالنص - فى حالة انقضاء العقد - يلزم رب العمل بأن يرد لورثة المَقاول أقل

القيمتين: قيمة ما أنفقه المَقاول فى الأعمال التى أتمها أو مهد لها، وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال فالنص يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب.

وعلى ذلك إذا كانت الأعمال والنفقات التى قام بها المَقاول لا فائدة منها لرب العمل، كما لو كان لا يستطيع أحد إتمام هذه الأعمال بعد وفاة المَقاول فإن رب العمل لا يلتزم بدفع قيمتها للتركة.

كذلك إذا كان النفع الذى سيعود على رب العمل من هذه النفقات والأعمال أقل من قيمتها، فإن رب العمل لا يلتزم بأن يدفع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما لو كان من الضروري إعادة تنفيذ جزء مما أتمه المَقاول قبل وفاته⁽¹⁾.

وإذا كان رب العمل هو الذى ورد المواد اللازمة للعمل، ومات المَقاول قبل إتمام العمل، فإن هذه المواد تظل مملوكة لرب العمل طوال المدة اللازمة لصنعها أو تحويلها، ومن ثم كان لرب العمل استردادها، ولكنه يلتزم بأن يدفع لتركة المَقاول قيمة العمل الذى قام به، وذلك إذا كان العمل الذى قام به المَقاول نافعا له، بأن كان من الممكن أن يعهد إلى مَقاول آخر بإتمامه.

أما إذا كان لا يمكن ذلك فإنه لا يلتزم بشيء.

وإذا لم يكن أجر المَقاول محددا بالعقد، فإنه يقدر طبقا لما تقضى به المادة 659 مدنى التى تجرى على أنه: إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المَقاول، وقد سبق أن أوضحنا ذلك تفصيلا. ويقدر قيمة ما أنجزه المَقاول على هذا الأساس.

وإذا كان المَقاول هو الذى ورد المادة، كما لو كان نجارا اتفق معه على صنع أثاث، فاشترى المَقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة وبذل نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضا منه، فإن القواعد العامة تقضى بأن هذه المواد تظل مملوكة للمَقاول مدة العمل، وتنتقل بعد وفاته إلى ورثته، على ألا يرجعوا بشئ على رب العمل. غير أن الفقرة الثانية من المادة (667) مدنى خرجت على هذه القواعد، وأجازت لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا على النحو الذى بيناه فيما سلف.

204- عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل :

ذكرنا سلفاً أن المقاولة عقد من العقود المالية، ولذلك فالأصل أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار في التعاقد، ويصدق ذلك على رب العمل، فشخصيته لا يكون لها عادة اعتبار في التعاقد، وبالتالي فإن موته لا يترتب عليه انقضاء عقد المقاولة، بل يظل العقد قائماً بين المقاول وورثة رب العمل، باعتبارهم خلفاً عاماً لرب العمل فتنتقل إليهم حقوق رب العمل قبل المقاول وتنتقل إليهم التزاماته غير أن التزام الورثة بدفع الأجر للمقاول إنما يكون في حدود ما آل إليهم من تركه، ويصبحون مالكيين للعمل محل المقاولة على الشيوع بعد إتمامه كل بقدر حصته.

ويؤول إلى هؤلاء الورثة، الحق الذي كان مقرراً لمورثهم في المادة 663 مدنى، وهو التحلل من عقد المقاولة بإرادتهم المنفردة على أن يعوضوا المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل بالتفصيل الذى ذكرناه سلفاً في موضعه.

ويجب على الورثة اتباع حكم المادة 829 مدنى فى هذا الشأن، فيجب أن يكون قرارهم بالتحلل من عقد المقاولة ممن يملك على الأقل ثلاثة أرباع التركة مستثنين فى ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عند الرجوع إليها أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا أم لا⁽¹⁾.



2- التزام المرافق العامة :

مادة (668)

التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن.

الشرح

دراسة تمهيدية عن المرافق العامة :

205- تعريف المرفق العام :

يعرف البعض المرفق العام بأنه نشاط تتولاه هيئة عامة بقصد تحقيق النفع العام، أو أنه كل نشاط تقوم به الإدارة لصالح الأفراد. وهذا التعريف يستند إلى أساس موضوعى، يوجد فى طبيعة النشاط activite ذاته الذى يتولاه المرفق⁽¹⁾.

بينما يعرفه البعض بأنه منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع فى إدراتها لإدارة هذه السلطة بقصد تحقيق حاجات عامة. وهذا التعريف يستند إلى أساس عضوى فيجد المرفق فى فكرة المنظمة (organisme) أو الهيئة التى تتولى النشاط.

وعلى ذلك إذا ما ذكر تعبير "مرفق التعليم" أو "مرفق الدفاع" عند أصحاب الأساس الموضوعى، عنوا بذلك خدمة التعليم أو خدمة الدفاع، بينما يعنى أصحاب الأساس العضوى الإدارة أو الجهاز القائم على إدارة النشاط التعليمى أو الدفاعى، أى جهاز التعليم أو جهاز الدفاع.

وجدير بالذكر أن المعنيين: الموضوعى والعضوى للمرفق العام غالبا، ما يتطابقان، وذلك حين يعهد بالنشاط الذى يستهدف إشباع حاجة عامة إلى جهة عامة تقوم به. فيكون حينئذ المعنيان واجهتين لعملة واحدة.

ويطلق تعبير المرفق العام على النشاط وعلى الهيئات القائمة به.

(1) الدكتور محمد فؤاد مهنا مبادئ وأحكام القانون الإدارى 1973 ص 583- الدكتور سليمان محمد الطماوى الوجيز فى القانون الإدارى 1981 ص 286.

غير أن هذا التطابق لا يتحقق حتماً، إذ قد يوجد مرفق عام بالمعنى الموضوعى "نشاط عام"، ولا يقوم به مرفق عام بالمعنى العضوى، حيث لا يوجد هيئة عامة أو جهاز عام يقوم بإدارة النشاط. ومن أمثلة ذلك التزام المرافق العامة، إذ تستطيع الدولة أن تعهد بإدارة نشاط عام إلى أحد أشخاص القانون الخاص فرداً أو شركة بدلاً من أن تعهد به إلى هيئة عامة.

وبالعكس قد يوجد أيضاً مرفق عام بالمعنى العضوى يقوم بنشاط لا يعتبر مرفقاً عاماً بالمعنى الموضوعى. ومن قبيل ذلك قيام الدولة باستثمار أموالها الخاصة، أى تلك التى لا تكون مخصصة للمنفعة العامة، فهذا النشاط لا يعتبر لدى فقهاء القانون الإدارى نشاطاً مرفقياً، لأنه لا يهدف إلى إشباع حاجة عامة، وتلجأ الدولة فى شأن إدارته إلى أساليب القانون الخاص⁽¹⁾.

على أن المسلم به فى رأى جمهور الفقهاء أن اصطلاح "مرفق عام" يشمل المنظمة والنشاط بمعنى أن كلا من المنظمة والنشاط يعتبر مرفقاً عاماً إذا توافرت فيه العناصر المميزة للمرافق العامة⁽²⁾، حتى أن البعض من هذا الفقه قد استعمل فى تعريف المرفق العام تعبير المشروع ليحل معنى المنظمة والنشاط معاً.

فعرف المرافق العامة بأنها: "مشروعات تنشئها الدولة بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام، ويكون الرأى الأعلى فى إدارتها للسلطة العامة".

وعرفه البعض الآخر بأنه: نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادى تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور.

وبهذا الرأى أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة فقد جاء بفتاها رقم 178 بتاريخ 1954/5/16 بأن :

"إنه وإن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديداً واضحاً وليس لها تعريف جامع مانع. إلا أن العنصر الأساس فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشروع إلى أدائها وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يقوم بها ملتزم تحت إشراف السلطة الإدارية المختصة فى نطاق القانون العام. والمرجع فى توفر صفة المرفق العام فى المشروع أو

(1) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا والدكتور حسين عصمان محمد أصول القانون الإدارى 1986 ص 296 وما بعدها.

(2) الدكتور محمود حلمى نشاط الإدارى 1967 ص 45 - محمد فؤاد مهنا ص 584.

عدم توافرها فيه إلى الظروف المحيطة به، والقواعد التى تضعها السلطة العامة لتنفيذه والقيام به والإشراف عليه، مع الاستهداف بقصد الدولة القوامة أصلا على المرافق العامة".

206- خصائص المرفق العام :

(1) يجب أن يكون المرفق العام من إنشاء الدولة :

ومعنى ذلك أن الدولة هى التى تقرر اعتبار نشاط أو مشروع ما مرفقا عاما، وتقرر خضوعه لأحكام وقواعد المرافق العامة. ويكون إنشاء المرفق بقرار جمهورى، ويكون من باب أولى بقانون.

ولا يشترط أن تكون الدولة بنفسها هى التى تنشئ وتدير المرفق العام، فمن الجائز أن ينظم المرفق العام ويديره ما يتفرع عن الدولة من مؤسسات عامة أو إحدى وحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمدن والأحياء والقرى.

وعلى ذلك فالمشروع الذى يديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقا عاما ولو كان ذا نفع عام. كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة. وكذلك العكس صحيح فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقا عاما إذا لم يكن ذا نفع عام⁽¹⁾.

غير أن هذا لا يعنى أن الأفراد لا يشتركون إطلاقا فى أداء هذه الخدمة. بل على العكس من ذلك كثيرا ما تعهد الدولة إلى أفراد عاديين بإدارة مرفق عام كما فى حالة امتياز المرافق العامة - كما سنرى - ويظل المرفق محتفظا بصفة العمومية، لأن الدولة تظل محتفظة بالإشراف التام على تلك المشروعات بحيث يكون لها الكلمة الأخيرة فيما يتعلق بتنظيمها وإدارتها.

(2) يجب أن يكون المرفق العام بقصد تحقيق خدمة عامة :

ذلك أن كل مرفق عام إنما يقوم أساسا على إشباع حاجة عامة أو أداء خدمة عامة.

وتشمل هذه الخدمات ما يشبع حاجات الأفراد المادية والمعنوية ومن قبيل الخدمات المادية توريد المياه والكهرباء وتنظيم وسائل المواصلات. ومن قبيل الخدمات المعنوية

التي تحقق النفع للجمهور بطريق غير مباشر خدمة الأمن وخدمة الدفاع وخدمة التوجيه المهني.

وهذه الخدمة العامة تكون عادة على قدر من الأهمية وإلا تركت للمشروعات الفردية، أو كما يقول العلامة دوجي أنها "أنواع النشاط والخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات، وفي دولة معينة، أن على الحكام القيام بها، نظرا لأهمية هذه الخدمات للجماعة، ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام"، غير أن تدخل الدولة المتزايد في المجالات التي كانت متروكة للأفراد، قد جعل تقدير أهمية الخدمات التي يجب إشباعها عن طريق المرافق العامة، متروكا لترخيص الإدارة، تمارسه تحت رقابة السلطات السياسية.

ومن ثم لم يعد من المجدي القول بأن الخدمة التي تؤديها الدولة للأفراد عن طريق المرافق العامة هي الخدمة التي يعجز الأفراد بوسائلهم الخاصة عن إشباعها، لأن الدولة قد ترى - لسبب أو لآخر - التدخل في مجال معين يستطيع الأفراد مزاوله نشاطهم فيه بكفاية تامة، كما هو الشأن في معظم المرافق الاقتصادية والتجارية⁽¹⁾.

(3) يجب ألا يكون المقصود أساسا من المرفق العام هو الحصول على الربح :

ذلك أن الغرض الأساس من المرفق العام هو تحقيق خدمات عامة، ومن ثم لا يقصد من المرفق الربح بصفة أساسية. وتكون القاعدة هي المجانية في الإفادة بخدمات المرفق الذي تقوم به الدولة. غير أن هذا المبدأ لا يعنى المجانية المطلقة إذ تستطيع الدولة تعليق حق الجمهور في الإفادة بخدمات المرفق على دفع رسوم زهيدة، دون أن يعتبر ذلك إخلالا بمبدأ مجانية المنفعة العامة. لأن فرض هذه الرسوم يكون الغرض منه في كثير من الحالات توزيع الأعباء العامة على الجمهور ومساهمة منه في تمويل المرفق. ومثال ذلك دفع قيمة طابع البريد ودفع رسم اشتراك الهاتف حيثما يتم الانتفاع بخدمة هذين المرفقين⁽²⁾.

(4) خضوع المرافق العامة لبعض القواعد القانونية الموحدة :

كل مرفق عام يخضع لقدر معين من القواعد القانونية تحكم سيره. فالمرافق العامة

(1) الدكتور سليمان الطماوى ص 287.

(2) إبراهيم شيحا، حسين عصمان ص 302 وما بعدها.

ليست كلها على نمط واحد، كما أنها لا تدار بنفس الطريقة، ولكن يجمع بينها بعض القواعد القانونية، تطبق عليها جميعا أيا كان شكلها أو طريقة إدارتها⁽¹⁾.

وتسرى على هذه المرافق قواعد خاصة بها ليست هى قواعد القانون المدنى بل قواعد القانون الإدارى، فتتظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق، وهذا المركز ليس مركزا تعاقديا بل هو مركز تنظيمى. وتتظم أيضا الأموال المخصصة لسير المرافق، فلا تكون أموالا خاصة بل أموالا عامة. وتتظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرفق. فتكون الأعمال وأمر إدارية وتكون العقود عقودا إدارية، ولهذه وتلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدنى. وتتظم أخيرا علاقة المرافق بالمتنفعين من الجمهور بوجه عام، فتعين حقوق المتنفعين وواجباتهم، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"ومن حيث إن المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، وأنه من المسلم به فى فقه القانون الإدارى أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل فى تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازما لى يصبح العقد إداريا، فإنه لا يكفى بذاته لى يضاف على العقد تلك الصفة، وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية ومن أمثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطا تخول للجهة الإدارية الحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها وسلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر، كما أنه من أمثلة الشروط الغير مألوفة حق الجهة الإدارية فى تغيير طريقة التنفيذ وحققها فى توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون حاجة إلى وقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء. وإذا لم يتضمن العقد شروطا استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتفى عنه عندئذ وصف العقد الإدارى".

(طعن رقم 3128 لسنة 35 ق جلسة 1995/1/24)

207- أنواع المرافق العامة :

كان تدخل الدولة فى إنشاء وإدارة المرافق العامة ضئيلا فى أول الأمر، ثم أخذ يزداد شيئا فشيئا حتى أصبح الآن يتناول معظم المجال الذى كان متروكا لنشاط الأفراد. وقد أشارت إلى هذا محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر بتاريخ 1957/6/20 (السنة 11 ص 573) بقولها :

"... ولم تعد المرافق العامة محصورة فى نطاقها التقليدى وهو النطاق الإدارى الضيق الذى كان مألوفاً فى القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، ذلك أن حاجات الأفراد أخذت تنمو وتتجدد كلما تقدمت الجماعة فى طريق الحضارة. وقد اقتضى ذلك إنشاء مرافق مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية فرضت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإدارى إلى البحث عن ميادين أخرى كانت وفقا على النشاط الفردى".

ويمكن تقسيم المرافق العامة أقساما متعددة بحسب الزاوية التى تنظر منها إليها، ونعرض لأهم التقسيمات فيما يلى:

1- المرافق الإدارية (Les services publics Administratifs):

هى المرافق التى يتسم نشاطها بالطابع الإدارى البحت كمرفق الدفاع الخارجى ومرفق الأمن الداخلى ومرفق التعليم ومرفق الصحة. وتتميز هذه المرافق بأنها تؤدى نشاطا مما يدخل فى صميم وظيفة الدولة، ويعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن القيام به، أو لا يجدون مصلحة فى مباشرته. وتستخدم الدولة فى مباشرة هذا النشاط وسائل القانون العام، وقد تستخدم فى إدارة هذه المرافق وسائل القانون الخاص على سبيل الاستثناء.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين الهيئة المدعية والمدعى عليها - وهو العقد محل النزاع - أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام إذ تلتزم بموجبه المدعى عليها لقاء تحمل الهيئة بنفقات تعليمها وإيوائها أن تلتحق بخدمة مستشفاهما لمدة الخمس السنوات التالية لإتمام دراستها. وهذا الشرط فى حد ذاته يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص وبالتالي فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه

بأسلوب القانون العام فيما تضمن من شروط استثنائية وبهذه المثابة تدخل المنازعة المتعلقة به فى دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى".

(طعن رقم 576 لسنة 11 ق جلسة 1967/12/30)

2- المرافق الاقتصادية الصناعية والتجارية (Les services puplics : Industriels et commerciaux)

وهى التى تقوم على أساس مزاوله نشاط من جنس نشاط الأفراد والهيئات الخاصة. ومن أمثلة ذلك مرفق النقل بالسكك الحديدية ومرفق المياه والكهرباء والغاز والتجارة الخارجية والبنوك وهذا المرافق لا تخضع فقط لقواعد القانون العام، بل تخضع فى جانب من نشاطها لأحكام وقواعد القانون الخاص، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالنواحى المالية وطرق الإدارة.

وقد استقر القضاء على أن العلاقة بين ملتزمى هذه المرافق والجمهور الذى ينتفع بخدمات المرافق المذكورة علاقة مدنية، أى يحكمها عقد مدنى، وتخضع المنازعة فى شأنه لاختصاص القضاء العادى.

(حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 7 لسنة 1 قضائية "تنازع" جلسة 19 يناير سنة 1980).

(وفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 403 فى 1990/4/11 جلسة 1990/3/21).

3- المرافق القومية والمرافق الإقليمية والمرافق البلدية :

تنقسم المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية ومرافق بلدية. فالمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين. كمرفق الدفاع والأمن والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية. كل هذه المرافق قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ولا يختص بها إقليم دون إقليم.

أما المرافق العامة الإقليمية أو البلدية فهى المرافق التى يقصد بها سد حاجات مشتركة ومنافع معينة لسكان إقليم معين أو بلدة معينة، وهى تتبع عادة وحدات الإدارة المحلية ومن أمثلة ذلك: مرفق النقل الداخلى، ومشروعات المطافئ، والنظافة والمياه والغاز والكهرباء.

وقد توجد مرافق إقليمية تهتم بلدة معينة أو إقليم محدد، وقد توجد مرافق إقليمية تهتم

أكثر من بلدة أو إقليم كمشروعات النقل المشترك بين عدة محافظات. وللتمييز بين المرافق العامة القومية والمرافق العامة الإقليمية أو البلدية أهمية عملية، خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الضارة إذ تسأل الدولة عن الأضرار التى تسببها المرافق القومية كمرفق الشرطة وتسأل المحليات عن الأضرار التى تسببها المرافق الإقليمية.

4- المرافق النقابية أو المهنية :

ظهر هذا النوع من المرافق العامة وانتشر عقب الحرب العالمية الثانية. وهو يرمى إلى تنظيم المهن الرئيسية فى الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم. فهذه المرافق يتعلق نشاطها برقابة وتوجيه النشاط المهنى مثل نقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة الصيادلة ونقابة المهندسين.... إلخ. وهذه المرافق تديرها نقابات من أبناء المهنة ويخولها القانون بعض السلطات والامتيازات تتعلق بمزاولة المهنة والمحافظة على حقوق المشتغلين فيها.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 12/4/1958 فى الطعن رقم 608 لسنة 3 ق بأن :

"إن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة (وهى مرافق عامة) مما يدخل أصلا فى صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة. فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه مع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقوقها فى الإشراف والرقابة تحقيقا للصالح العام. فإن ذلك لا يغير من التكليف القانونى لهذه المهن بوصفها مرافق عامة".

وهذه المرافق النقابية أو المهنية تقوم على عناصر ثلاثة :

- (أ) - أن هذه المرافق تتخذ شكلا نقابيا يشرف على إدارتها مجالس يتم انتخابها من أبناء المهنة.
- (ب) - أن انضمام أبناء المهنة إلى هذه النقابات يكون بصفة إجبارية وذلك على خلاف المنظمات العمالية التى يكون الانضمام إليها اختياريا، باعتبارها من أشخاص القانون الخاص.
- (ج) - أن هذه النقابات تمثل المهنة لدى الدولة وغيرها من الهيئات العامة، كما يناط بهذه النقابات الإشراف على نظام المهنة ولذلك يخولها القانون إصدار قرارات إدارية،

فردية ولائحية، وتتضمن القرارات اللائحية بصفة خاصة القواعد المنظمة لممارسة المهنة والتي يتعين على أعضاء النقابة مراعاتها والالتزام بها ويخولها مراقبة دخول الأعضاء إلى المهنة عن طريق القيد فى جداول العضوية. وعن هذا الطريق تتحقق النقابة من توافر شروط الصلاحية المهنية والخلقية فى كل عضو جديد يريد أن يمارس المهنة.

ولها حق توقيع جزاءات تأديبية على كل عضو يخالف قواعد تنظيم المهنة.

ويترتب على كون هذه النقابات تمارس نشاطا مما يدخل أصلا فى صميم وظيفة الدولة أن تملك هذه الأخيرة، الحق فى ممارسة سلطة وصائية على أعمالها ضمنا للصالح العام⁽¹⁾.

5- المرافق التى لها شخصية معنوية والمرافق التى ليس لها شخصية معنوية:

يلحق المرفق عادة بأحد الأشخاص الإدارية يشرف على إدارته ويكون مسئولا عنه. فإذا كان المرفق العام قوميا كمرفق الشرطة أو السكك الحديدية... إلخ ألحق بالدولة مباشرة. وإذا كان مرفقا إقليميا أو بلديا كالأمتلة التى سردناها سلفا، ألحق بالمحافظة أو المدينة... إلخ ومعنى هذا أن المرفق فى هذه الحالة لا تكون له شخصية قانونية متميزة عن الشخص الاعتبارى الذى يتبعه. ومعظم المرافق العامة من هذا القبيل أى محرومة من الشخصية الاعتبارية. والمرافق القومية موزعة بين الوزارات المختلفة، فيلحق كل مرفق منها بالوزارة التى يكون نشاطها من جنس نشاطه ولهذا كثيرا ما يقوم نزاع بين وزارتين أو أكثر حول تبعية مرفق من المرافق. ومثل هذا النزاع يحل عادة باتفاق الوزراء المختصين أو بقرار جمهورى استنادا إلى اختصاص رئيس الجمهورية فيما يتعلق بترتيب المرافق العامة. غير أن العمل قد جرى على أن تمنح الشخصية المعنوية لبعض المرافق العامة، نظرا لاعتبارات خاصة. فيكون لها ذاتيتها المستقلة، وتكون شخصا إداريا قائما بجوار الأشخاص الإدارية الأخرى، وهى الدولة والمحافظة والمركز والمدينة والحي والقرية وحينئذ تكسب - كقاعدة عامة - اسما جديدا هو "الهيئة العامة".

6- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية :

تنقسم المرافق من حيث وجوب إنشائها إلى مرافق إلزامية واختيارية. وتتمثل الأولى فى تلك التى يكون إنشاؤها بالنسبة للدولة أمرا إلزاميا، ويتعين عليها القيام بها كالمرافق

(1) إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص 332 وما بعدها - الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط القانون الإدارى ص 33 وما بعدها.

التقليدية (الأمن - الدفاع - الصحة.... إلخ) أما المرافق الاختيارية فهي التى أشار إليها الدستور فى عبارات عامة تحمل معنى السياسة العامة والتوجيه. فهي اختيارية تقوم الدولة بإنشائها وفقا لتقديرها وفى الوقت الذى تراه ملائما لذلك كحماية الطفولة والأمومة ورعاية النشء والشباب.

أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة

- هناك مبادئ عامة تحكم سير المرافق العامة.
- وهذه المبادئ قد ألفتها الفقه واستقر عليها القضاء، وهى تخلص فى ثلاثة هى:
- 1- مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
 - 2- قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة.
 - 3- قابلية نظام المرافق العامة للتغييرات والتعديلات فى أى وقت.
- ونعرض لهذه المبادئ بإيجاز فيما يلى.

208- أولا: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد :

نقطة البدء فى المرفق العام أنه يؤدى خدمات أساسية للأفراد يتوقف عليها إلى حد كبير تنظيم أحوال معيشتهم، وذلك يقتضى ألا يكون هناك ما يعوق أو يشل حركة هذه المرافق فى أداء عملها وسير نشاطها، ويكفى تصور مدى الاضطراب والفوضى التى تصيب حياة الأفراد إذا انقطع التيار الكهربائى لمدة طويلة أو تعطلت وسائل النقل ليومين أو أكثر. لهذا أجمع الفقهاء على أن أولى القواعد الأساسية التى تحكم سير جميع المرافق العامة، انتظامها فى سيرها بدون انقطاع، بحيث يجد المنتفع الخدمة التى يؤديها المرفق ميسرة فى الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها.

وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى هذه القاعدة فذهبت إلى أن: المرفق العام هو "كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار.... إلخ".

(القضية رقم 3480 لسنة 9 قى جلسة 1957/5/2)

وقد أكد المشرع والقضاء تطبيق هذا المبدأ فى مجالات عديدة، منها تحريم الإضراب واستقالة الموظفين، وفى نظرية الظروف الطارئة فى مجال العقود الإدارية، وعدم جواز التصرف فى الأموال العامة.

209- ثانياً: قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة :

مقتضى هذه القاعدة أنه يتحتم على المرفق العام أن يؤدي خدماته إلى من يطلبها من الجمهور بنفس الشروط بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر له بين المنتفعين. وهذه القاعدة مستمدة من المبدأ العام الذى يهيمن على جميع الدساتير، والذى يقضى بمساواة الأفراد فى الحقوق والواجبات.

وقد نصت على هذا المبدأ المادة (40) من دستور 1971 بقولها: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

على أن المساواة فى هذا الخصوص لا تعنى المساواة المطلقة بين الأفراد بل المساواة بين من تتحد ظروفهم، فليس هناك ما يمنع من وضع فروق بين المنتفعين على أسس موضوعية لا شخصية فأجرة السفر بالسكك الحديدية تختلف بين الدرجة الأولى والثانية ورسم رخصة تسيير السيارة يختلف من السيارة الخاصة والسيارة الأجرة، وتختلف حقوق وواجبات طلبة القسم الداخلى عن حقوق طلبة القسم الخارجى بالمدارس.

ومبدأ المساواة لا يحرم الإدارة سلطتها التقديرية فى أن تختار من بين طوائف المواطنين من يكونون قد استوفوا شروط الانتفاع، فتخص بعضهم بالخدمة التى يؤديها المرفق دون البعض الآخر، متى استندت فى تصرفها إلى اعتبارات المصلحة العامة، وخلا تصرفها من إساءة استعمال السلطة.

وإذا كان الأصل هو أعمال قاعدة المساواة بين من يستوفون شروط الانتفاع، إلا أن هذه القاعدة قد يرد عليها بعض الاستثناءات مردها إلى النصوص، كإعفاء المتفوقين العاجزين من المصروفات، أو تخصيص أماكن فى عربات المترو لمن هم فى سن الشيخوخة أو المصابين من الحرب. وتقرير مثل هذه الاستثناءات لا يقصد به تمييز أفراد بذواتهم، بل لوجود ظروف خاصة واعتبارات معينة راعاها المشرع⁽¹⁾.

210 - ثالثاً: قابلية نظام المرافق العامة للتغيرات والتعديلات فى أى وقت :

يعنى هذا المبدأ أن المرفق العام يلزم أن يكون دائماً فى حالة تطوير وتجديد من حيث النشاط الذى يقوم به، أو من حيث الوسائل المستخدمة، حتى يكون بذلك مساهراً

(1) إبراهيم شيجا وحسين عصمان ص 321 وما بعدها.

للحاجات المتجددة للجمهور، فلا يتخلف عنها ويفقد مبررات وجوده.

فإذا ظهر لجهة الإدارة فى أى وقت من الأوقات أن هذا التنظيم لم يعد يتفق مع المنفعة المرجوة من المرفق أو أن هناك تنظيماً يكفل أداءها على وجه أفضل، كان لها أن تلجأ إلى تنظيم المرفق، فتجعل إدارته عن طريق الهيئة العامة بدلاً من الإدارة المباشرة. أو تختار نظام شركة الاقتصاد المختلط أو التأمين... إلخ ولها أن تفرض رسوماً على الانتفاع أو تخفض الرسوم الموجودة، أو تشدد من الشروط المطلوبة ليكون للأفراد حق الانتفاع كرفع سن التوظيف أو اشتراط مؤهل خاص لشغل بعض الوظائف.. إلخ.

وحق الإدارة فى هذا الشأن لا يقيدته إلا مراعاة المصلحة العامة، ذلك القيد العام الذى يهيمن على كل تصرفاتها ألا تصبح تصرفاتها تعسفية ومشوبة بعيب الانحراف.

وقاعدة التغيير والتعديل لا يقتصر على المرافق التى تدار بطريق الريجى وحدها، بل إنها تمتد لتشمل جميع أنواع المرافق العامة أيا كانت وسيلة إدارتها، لاسيما المرافق التى تدار بطريق الامتياز.

وهذا الحق ينص عليه دائماً فى عقود الامتياز، ولكنه ثابت للإدارة ولو لم ينص عليه صراحة، بل لا يمكنها أن تنزل عنه مقدماً⁽¹⁾. لأنه متعلق بحق الجمهور، ويتصل بالنظام العام.

طرق إدارة المرافق العامة

211- تعداد :

تدار المرافق العامة، سواء كان المرفق قومياً أو إقليمياً أو بلدياً، بإحدى طرق خمسة هى:

- 1- الاستغلال المباشر أو الريجى (régie).
- 2- المؤسسات والهيئات العامة.
- 3- التزام أو (امتياز) المرافق العامة.
- 4- الاستغلال المختلط.
- 5- الإدارة بطريق الريجى غير المباشر (régie intéressée).

212- الطريقة الأولى :

(1) سليمان الطماوى ص 360 وما بعدها.

الاستغلال المباشر أو الريجى (régie):

يقصد بهذه الطريقة أن تقوم الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بإدارة المرفق العام مستعينة فى ذلك بأموالها وموظفيها، مستخدمة فى ذلك وسائل القانون العام. وهذه الطريقة هى التى تدار بها جميع المرافق العامة الإدارية فى الوقت الحاضر، وذلك إما لأن هذه المرافق غير مربحة، فلا يمكن أن يقبل عليها الأفراد، وإما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة فى إدارة مثل هذه المرافق، مثل ذلك مرفق الأمن والدفاع والعدالة والتعليم والصحة. وبعض هذه المرافق تؤدي خدماتها للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور، ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب، مثل مرفق العدالة والتعليم، والبعض الآخر يؤدي خدماته فى مقابل رسم معين يؤديه المنتفع حتى لا يتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق.

وهذا النظام لا يقتصر على المرافق الإدارية وحدها، بل يمتد فى كثير من الدول إلى إدارة بعض المرافق التجارية والصناعية، كأن تتولى الدولة إدارة مرفق السكك الحديدية أو التليفونات والتلغرافات والبريد.

213- الطريقة الثانية:

المؤسسات والهيئات العامة :

بهذه الطريقة يدار المرفق العام عن طريق أشخاص إدارية مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية تنشأ لهذا الغرض مثل الهيئات العامة أو المؤسسات العامة. وهى فى مباشرة نشاطها فى إدارة المرفق، يكون لها شخصية معنوية مستقلة وذمة مالية مستقلة، وتتمتع باستقلال مادى وإدارى، ويعتبر موظفو هذه المرافق موظفين عموميين، وأموالها تعتبر أموالاً عامة، وقراراتها تعتبر قرارات إدارية، فهى فى حقيقتها من أشخاص القانون العام تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة ومن أمثلة ذلك الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين. وتبسط عادة السلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة يبينها نظام المؤسسة.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1962/4/4 فى الطعن رقم 13 لسنة 27 ق

- أحوال شخصية - بأن :

"لإدارة النقل المشترك بمنطقة الإسكندرية الشخصية المعنوية وهى مؤسسة عامة

ولذلك تكون علاقتها بموظفيها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح - وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه إلى أحكام قانون عقد العمل الفردى دون تلك القوانين واللوائح فإن ذلك لا يعيبه طالما أن النتيجة التى انتهى إليها تتفق مع أحكام القانون الواجب التطبيق".

214- الطريقة الثالثة :

التزام أو (امتياز) المرافق العامة :

يقصد بهذه الطريقة أن تعهد الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله لمدة محدودة، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته، فى مقابل تقاضى رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام.

وبالتالى فإن المشرفين على إدارة المشروع ليسوا موظفين عموميين بل عمال وأجراء يخضعون فى علاقاتهم مع الملتزم لقواعد القانون المدنى.

والملتزم وإن كان يدير مرفقا عاما، إلا أنه يستهدف أساسا تحقيق الربح. ولما كانت هذه الطريقة، هى طريقة رأسمالية فى الإدارة، فإنها لا تزدهر فى النظام الاشتراكى. ولذلك فتطبيقاتها محدودة، وتكاد تنحصر فى استغلال بعض مصادر الثروة الهامة، وعلى رأسها البترول.

215- الطريقة الرابعة :

الاستغلال المختلط :

فى هذه الطريقة تشترك السلطات العامة والأفراد معا فى إدارة مرفق عام. وتتخذ هذه المشاركة صورة شركة مساهمة عادة، تكتتب الدولة أو أحد الأشخاص العامة فى جزء كبير من رأسمالها فتشارك فى إدارتها وتحمل كباقي المساهمين مخاطرها.

وهذه الطريقة حديثة نسبيا، تفضل فى إدارة المرافق الاقتصادية طريقة الاستغلال المباشر وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة. وهى فى الوقت ذاته قد تفضل طريقة الالتزام فى أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيرا. وتفضل أخيرا طريقة الربحى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها

كل الخسائر بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح.

216- الطريقة الخامسة :

الإدارة بطريق الريجى غير المباشر (régie intéressee) :

فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرفق العام واستغلاله على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر. أما مدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغا أو نسبة معينة من صافى الأرباح أو من رأس المال. أو مقابلا على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية. فهو إذن مرتبط بهذه السلطة برابطة تعاقدية، والعقد من عقود القانون الإدارى. ولكنه لا يعتبر موظفا عاما لا هو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق⁽¹⁾.

أحكام المادة

عقد التزام المرافق العامة

217- تعريف عقد التزام المرافق العامة :

تنص المادة 668 مدنى على أن: "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن". والتزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين: فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة) والملتزم، عقد يخضع لأحكام القانون الإدارى لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى.

أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (concessionnaire) كالشركة المصرية للاتصالات وشركة كليك للتليفون المحمول أو شركة موبينيل للتليفون المحمول أو شركات الكهرباء أو الغاز، وبين المنتفعين بخدمات هذه الشركات (usagers)، فهى علاقة مدنية تخضع لأحكام القانون المدنى.

وكانت المادة (906) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (668) تتضمن فقرة ثانية تنص على أن: "ويكون هذا العقد الإداري هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود. فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين. ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التي تقررها جهة الإدارة"، إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة القانون المدني "اكتفاء بالقواعد العامة"⁽¹⁾.

وهذا العقد الذى تبرمه جهة الإدارة مع الملتزم هو طريق من طرق إدارة المرافق العامة. وتعتبر جهة الإدارة فى حكم رب العمل، ويعتبر الملتزم فى حكم المقاول. وعقد التزام المرافق العامة بهذا المعنى يختلف عن عقد التزام الأشغال العامة، وهو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام، تحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد فى العقد⁽²⁾.

218- فائدة تنظيم هذا النوع من المقاولات :

سبق أن ذكرنا أن ضمن طرق إدارة المرافق العامة، إدارة المرافق عن طريق التزام أو (امتياز) المرافق العامة.

وهذه الطريقة ظهرت فائدتها فى مجال إدارة المرافق العامة، وفى هذا جاء بالذاكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد، أنه قد أصبحت العلاقات التى تقوم فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين المقاول وعملائه من الأهمية بمكان، نظراً لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة فى الوقت الحاضر، وصار من الضرورى أن يعرض التقنين المدنى لهذا النوع من المقاولات، فيورد بعض الأحكام الخاصة به، كما فعل بالنسبة للمقاولات الصغيرة والكبيرة. بل إن الحاجة إلى التنظيم فى هذا النوع من المقاولات أشد منها فى الفرعين السابقين، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التى تتولى استغلال المرافق العامة، بما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها. وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن، فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 17 وما بعدها.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط ص 466.

اللازمة لحياة الجمهور، أو تجيز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم. وهكذا وجدت إلى جانب المرافق التى يجرى استغلالها وفقا لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها.

ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط، علاوة على التقنين المدنى، بالتقنين الإدارى، ولا بد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل المفاوض الذى تمنحه امتياز استغلال مرفق عام. والمشروع لا يتعرض بداهة إلا للناحية المدنية من هذه المقاولات. والمبادئ التى يقرها فى هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنفععين بها. كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التى يمكن أن تتسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثيرا من التطور فى المستقبل القريب.

وقد استند المشروع فى تقريره للأحكام التى أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه، وإلى أن من المجمع عليه الآن فى القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هى ملزمة للعملاء. وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية فى أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة 17 مايو سنة 1894 ب 6 ص 339-20 ديسمبر سنة 1894 ب 7 ص 46...) ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى ما لها من طبيعة اللائحة الإدارية.

والأحكام التى أوردها المشروع فى هذا الفرع إنما تبنى على هذه الحقائق الثابتة والناتج القانونية المترتبة عليها. وهى تكسب المبادئ العامة فى التقنين المدنى شيئا من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق. وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة فى التقنين المدنى، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل، فهو يصل بين التشريع الصناعى الذى لا يزال فى بداية عهده فى

مصر والأساس القانوني العام فى التقنين المدنى⁽¹⁾.

وقد جاء بملحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن موضوع التزام المرافق العامة:

"لما عرض موضوع التزام المرافق العامة على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حذف المواد من 668 إلى 673 وهى الخاصة بالتزام المرافق العامة لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإدارى ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى- ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم، وهذا الجانب مدنى الصبغة. وقد استقر قضاء المحاكم المصرية على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (أنظر على سبيل المثال. استئناف مختلط 26 يونية سنة 1918 ب 30 ص 499).

هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصا دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائما وجعل الخيار للأفراد فى الالتجاء إلى الجهة التى يؤثرونها والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى وإنما هى تضع نظاما سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلا لاختلاف الرأى والتقدير (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 69 وما بعدها).

219- عناصر عقد التزام المرفق العام :

يبين من المادة (668) مدنى أن عقد التزام المرفق العام له ثلاثة عناصر تميزه عن العقود الأخرى، وهى :

العنصر الأول :

أن يكون العقد مبرما بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق. وعادة ما يكون المتعاقد مع جهة الإدارة شركة قادرة على الوفاء بالأعمال والإنشاءات اللازمة لإدارة واستغلال المرفق.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 68 وما بعدها.

أما إذا كان المتعاقد الآخر مع جهة الإدارة من أشخاص القانون العام، فلا يعتبر العقد التزاما .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الملتزم بإدارة المرفق العام - على ما يفيد نص المادة 668 من القانون المدنى - هو من يربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن، ومن ثم فلا يعد المجلس البلدى "ملتزما" إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع من فروع السلطة العامة عهد إليه القانون رقم 144 لسنة 1945 ببعض اختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة".

(طعن رقم 293 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

ونظرا لأن الملتزم هيئة خاصة وليس موظفا عاما، فإنه يرتبط بالعاملين لديه بعقود عمل تخضع لأحكام القانون الخاص.

وتقوم هذه الهيئة الخاصة بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على مسئوليتها وليس على مسئولية الإدارة، وعلى نفقتها تماما. كما أنها مسئولة عن الأضرار التى تصيب الأفراد نتيجة سير المرفق وهكذا لا تتحمل الإدارة مانحة الالتزام شيئا من النفقات أو المسئوليات المادية، بل على العكس فإنه عادة يتضمن عقد الالتزام عودة المرفق بجميع إنشاءاته ومهامه إلى الإدارة مانحة الالتزام بانتهاء العقد مما يعود على الدولة بفوائد مادية كبيرة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاما عليه وحده، ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها، فإذا هى أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشىء من هذه الديون مالم ينص فى عقد الالتزام على التزامها به. ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق - لحسابه - وكىلا عن جهة الإدارة كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف

(1) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب القانون الإدارى الطبعة الأولى 1981 ص 107.

خاص أو عام له".

(طعن رقم 125 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/1)

2- "إسقاط الالتزام من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق، وتكون جميع الالتزامات المترتبة في ذمته أثناء هذه الإدارة عليه وحده، ولا شأن لجهة الإدارة بها ما لم ينص في عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك أو كيفية تسوية حقوق الدائنين، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة - هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفا لشركة الترام، وألزمها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث - على الشركة المذكورة - فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون وبالقصور في التسبب".

(طعن رقم 51 لسنة 37 ق جلسة 1971/11/30)

العنصر الثانى :

أن يكون محل العقد إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية.

وعلى هذا نصت المادة 668 مدنى صراحة بقولها: "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية".

فالمرفق الذى يدار بطريق الالتزام أو (الامتياز) مرفق من طبيعة اقتصادية تجارية أو صناعية. لأن هذه المرافق هى التى تكون خدماتها مدفوعة بأجر يشجع الأفراد أو الشركات على الالتزام بإدارتها واستغلالها، على عكس المرافق الأخرى الإدارية التى تتسم بالمجانبة ولا يتصور فيها نظام الالتزام أو (الامتياز) ومن أمثلة المرافق الاقتصادية، ما ذكرناه سلفا من التعاقد مع شركات تليفونات المحمول (كليك) و (موبينيل) وشركة الغاز، والكهرباء والمياه، وأيضا مرافق النقل بالسيارات داخل المدن أو فيما بينها أو بين القرى والمراكز ومرافق النقل بالتزام والنقل النهري.

العنصر الثالث :

تحديد مدة معينة لالتزام المرفق :

نص المادة (668) مدنى على أن يكون لالتزام المرافق العامة "فترة معينة من الزمن".

فلا يجوز أن يكون العقد مؤبداً أو لمدة غير معينة أو لمدة معينة بالغة الطول. وإنما يجب أن تكون المدة معقولة تكفل للملتزم استهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء. وفوائد رأس المال الذى استثمره.

وشرط المدة هذا يميز عقد الالتزام عن الترخيص باستغلال مرفق عام، فالترخيص الأخير مؤقت بطبيعته ويمنح لأجل معين، وغير قابلة للتجديد. ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤه فى أى وقت طبقاً لصريح نصها.

وقد وضعت المادة الأولى من القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة حداً أقصى لمدة العقد بثلاثين سنة إذ نصت المادة على أن: "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة".

ورغم أن الدستور المصرى الصادر فى سنة 1923 نص فى المادة 137 منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة، فقد جرى العمل فى ظله على منح التزام المرافق العامة لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة مما يتعارض مع روح الدستور⁽¹⁾.

ولذلك نصت المادة الثالثة من القانون رقم 129 لسنة 1947 على أن: "تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن: "الأحكام الواردة فى المواد 5، 6، 7 فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام، بل ولو نص على شروط تعاقدية تخالفها، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تعلو على الاتفاقات التى تعتبر قانوناً للمتعاقدين. فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه. وقد وضعت المادة الثامنة لتبين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام".

وهذا يعنى بالنسبة للالتزامات السابقة على صدور القانون أن تنقص المدة الباقية لها إلى 30 سنة إذا كان ما تبقى من المدد الأصلية يزيد من ثلاثين سنة، ويدخل على هذا استثناء واحد فى حالة ما إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك بين الحكومة والملتزم

صدر بقانون سابق.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

1- "يبين من مراجعة القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزام المرافق العامة أنه وضع لتنظيم العلاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم فى شأن إدارة المرفق العام الذى يعهد إلى الملتزم بالمشاركة فى تسييره على أساس أن عقد الالتزام يمنح لمدد طويلة نسبيا وليس قصيرة، وآية ذلك أن المادة الثالثة من القانون تنص على ما يأتى: "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص له من مانح الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استغلال رأس المال، وما زاد على ذلك من صافى الأرباح تستخدم أولاً فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن 10% وتقف زيادة هذا الاحتياطي حتى يبلغ ما يوازى 10% من رأس المال، ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام" فهذا النص يفترض أن الالتزام لا يمنح إلا لمدد طويلة نسبياً تعد بالسنوات، ذلك لأن الفقرة الأولى منه نصت على ألا تحصل نسبة الربح إلا بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال، وقضت الفقرة الثانية بأن ما زاد على الأرباح عن تلك النسبة يستخدم فى تكوين احتياطي للسنوات التى تقل فيها نسبة الأرباح عن 10%، وبضاف إلى ذلك أيضاً أن الزيادة التى تجنب من أرباح الملتزم لا تمنح إلى جهة الإدارة مانحة الالتزام، وإنما تخصص باعتبارها قد استقطعت من أرباح الملتزم لمواجهة الخسارة أو النقص فى الربح الذى قد يصيب الملتزم فى بعض سنوات الاستغلال، أو تستخدم فى تحسين وتوسيع المرفق العام، وليس من شك فى أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التى قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة لأنها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لأجل قصير، وغير قابلة للتجديد وبحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤها فى أى وقت طبقاً لصريح نصوصها، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 المشار إليه لأنها مقصورة التطبيق على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها".

(طعن رقم 440 لسنة 11 ق جلسة 1970/1/17)

2- "إن المشرع فرق بين عقد التزام المرفق العام وبين الترخيص المؤقت فى الشروط والأحكام المنطبقة على كل منهما، فقد أخضع عقد الالتزام فيما يتعلق بالأرباح التى يحققها

الملتزم إلى الأحكام المضمنة فى القانون رقم 129 لسنة 1947 بينما أخضع التراخيص المؤقتة التى قد تمنحها جهة الإدارة إذا ما تعذر منح الاستغلال عن طريق الالتزام للشروط التى يحددها وزير المواصلات، وإذا كان القانونان المشار إليهما لا ينطبقان على خطوط أتوبيس مدينة القاهرة وإنما يسريان على خطوط أتوبيس الأقاليم وحدها، غير أنهما يكشفان بوضوح وجلاء عن أن المشرع نفسه يفرق بين عقد الالتزام وبين الترخيص المؤقت فى شأن الأحكام المنطبقة على كل منهما، وهذا يؤكد ما سبق ذكره من أن أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالالتزام المرافق العامة لا يسرى على التراخيص المؤقتة إذا خلت من نصوص صريحة توجب تطبيق أحكامه عليها".

(طعن رقم 440 لسنة 11 ق جلسة 1970/1/17)

220- الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة :

تعددت المذاهب فى الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة إلى مذاهب ثلاثة

هى:

المذهب الأول :

اعتبرت بعض الدول أن عقد الالتزام إنما هو وليد أمر انفرادى تقوم السلطة العامة بإصداره مستندة على ولايتها الآمرة ويقوم الملتزم بالخضوع له بمحض إرادته عندما يقبل شروط الالتزام. وقد سادت هذه النظرية فى الفقه الألمانى وتأثر بها الفقه الإيطالى حتى أوائل القرن الحالى.

وهذه النظرية من شأنها أن تقوى مركز الإدارة بينما تزهق مركز الملتزم إزهاقا كبيرا، إذ تخول للإدارة التدخل فى كل وقت لتعديل شروط الالتزام وإلغائه. وفى الوقت ذاته تغفل إلى حد كبير نصيب الملتزم فى إبرام العقد إغفالا لا يتناسب مع الدور الذى يقوم به والنفقات التى يبذلها فى سبيل المرفق.

المذهب الثانى :

سادت فكرة تعاقدية فى فرنسا حتى بداية القرن العشرين وفى مصر حتى الربع الأول من هذا القرن. وخلاصة هذه الفكرة أن التزام المرافق العامة ما هو سوى عقد من العقود يتضمن السماح للملتزم باحتلال الدومين العام، والحصول على بعض الرسوم من المنتفعين بالمرفق. وبما أن الالتزام إنما ينظم المرفق العام ويعدده ليكون تحت تصرف

المنتفعين فمن الطبيعي أن تقول هذه النظرية أن هنالك اشتراطاً لمصلحة الغير، إذ أن السلطة مانحة الالتزام إنما تشترط لصالح المنتفعين.

وقد انتقدت هذه النظرية بأن مركز المنتفعين لا يمكن أن يتحدد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير، لأن الأمر يقتضى أن يكون الغير أشخاصاً محددين بذواتهم، ومن ناحية ثانية فإن توافق الإرادتين الذى قد تراه فى عقد الالتزام لا يمكن أن ينتج عنه عقداً عادياً، لسبب بسيط هو أن محل هذا التوافق فى الإرادتين إنما هو تنظيم المرفق العام وتنظيم نشاطه. وهذا الأمر يخرج بطبيعته عن النطاق التعاقدى لأنه يدخل فى اختصاصات السلطة العامة وحدها دون سواها.

كما أن الأخذ بالنظرية التعاقدية إنما يتجاهل مبدأ من أهم المبادئ الأساسية فى سير المرافق العامة هو مبدأ قابلية القواعد المنظمة لها للتغيير والتعديل فى كل وقت، والنظرية التعاقدية سوف تقف حجر عثرة فى سبيل ذلك، لأن أى تعديل يجب أن يوافق عليه الملتزم وقد لا يوافق، فيلحق المرفق من هذا ضرر ليس باليسير. ولهذا فقد عدل عن الفكرة التعاقدية إلى فكرة أخرى.

المذهب الثالث :

الالتزام عمل قانونى مركب (actmixte) وهذه الفكرة نادى بها العميد دوجى وفحواها أن عقد الالتزام إنما هو عقد ذو طبيعة مختلطة تعاقدية ولائحية معاً، بمعنى أن شروط هذا العقد ذات طبيعة لائحية والبعض الآخر ذات طبيعة تعاقدية، ومن الطبيعي أن يكون الأمر كذلك، لأنه من غير المعقول أن تكون نصوص العقد كلها لائحية ومن غير المعقول أيضاً أن تكون النصوص كلها تعاقدية: فالالتزام وإن كان محله فعلاً أحد المرافق العامة إلا أن القائم به هو فرد يسعى إلى تحقيق بعض الربح. ولهذا فإذا نظرنا من زاوية الشروط اللائحية فإن الالتزام يصبح بالنسبة للملتزم عملاً شرطياً يقبل به السهر على إدارة المرفق فى ظل القواعد المنظمة له والتي تستطيع الإدارة أن تغيرها فى كل وقت مع مراعاة التوازن المالى للعقد بطبيعة الحال. وإذا نظرنا من زاوية الشروط التعاقدية فإنها تضع الملتزم فى مركز قانونى ذاتى أو شخصى لا يمكن المساس به من جانب الإدارة، لأنه يشمل المزايا المالية التى تحدد التوازن المالى للعقد⁽¹⁾.

(1) راجع فى عرض هذه النظريات الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى القانون الإدارى الجزء الأول 1987 ص 246 وما بعدها.

(أنظر فى الشروط اللائحية والشروط التعاقدية البند التالى).

221- طبيعة عقد الالتزام فى القانون المصرى :

ذهب القضاء فى أول الأمر إلى اعتبار التزام المرافق العامة من عقود القانون المدنى، يخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد. ولكنه عدل عن هذا الرأى وكان ذلك أولاً فى أحكام المحاكم المختلطة، وأخذ بالمذهب الثالث الذى يرى أن عقد الالتزام عمل قانونى مركب، فعقد الالتزام ليس من جهة عقدا مدنيا، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد. بل هو عقد إدارى. فعقد الالتزام إذن بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق إرادتين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم، إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى، بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة.

وقد أفصح عن هذا الاتجاه تعريف المادة (668) مدنى لعقد الالتزام بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذو صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة القائمة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن. كما أن المادة السابقة كان أصلها فى المشروع التمهيدي برقم (906) وكانت تنص على أن: "1- التزام المرافق العامة عقد إدارى، الغرض منه إدارة مرفق عام ذو صفة اقتصادية. ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين".

2- ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود. فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين. ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة" - غير أنه فى لجنة المراجعة عدلت المادة وأغفل وصف العقد بأنه "إدارى"، ويغلب أن يكون السبب راجعا إلى الرغبة فى تجنب مذهب فقهى فى النصوص التشريعية⁽¹⁾.

وعلى ذلك يخضع عقد الالتزام لنوعين من القواعد.

النوع الأول :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 71 وما بعدها.

نصوص تعاقدية :

وهذه تخضع للقانون المدني، فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق الطرفين. وهي تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام من ناحية وبين الملتزم من ناحية أخرى، ومدة الالتزام وكيفية استرداده وما يتعلق بتنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الالتزام. وهذه الشروط لا تهم المنتفعين بالمرق مباشرة. ولا يحق للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة.

والنوع الثاني :

نصوص تنظيمية أو لائحية :

وهذه النصوص لا يقتصر أثرها على الملتزم ومانح الالتزام، وإنما تمتد إلى المنتفعين، وهي الخاصة بتنظيم المرفق العام وسيره، كتحديد طريقة الاستغلال، وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها، والإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين، وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق... الخ. والنصوص التنظيمية أو اللائحية، تغدو كما لو كانت قانونا للمرفق، وبالتالي فإن الإدارة تستطيع أن تعدلها دائما بإرادتها المنفردة، ولا تستطيع جهة الإدارة أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة ذلك.

وبصفة عامة يعتبر نصا تعاقديا كل ما أمكن الاستغناء عنه لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة مباشرة، بينما تعتبر لائحية النصوص التي تبقى لو أدير المرفق العام⁽¹⁾.

وقد جاء بمناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه :

"ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإداري لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة - ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدني.

أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (concessionnaire) والمنتفعين (usagers) كما

(2) سليمان الطماوى ص 321 - محمد فؤاد عبد الباسط ص 452 وما بعدها.

هو الحال مثلاً فى علاقة شركة المياه بالمستهلكين فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى فرأى المشروع أن ينظمها وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف فى تكييف هذه العلاقة. أما القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالالتزام المرافق العامة. فقد نظم العلاقة الأولى وهى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم فأحكامه تعتبر فرعاً من أحكام القانون الإدارى لأنه إنما يتناول شروطاً لها كما قدمنا صفة اللائحة ولذلك لا شأن لأحكامه بالقانون المدنى⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بـ :

"ومن حيث إن المسلم به فقهاً وقضاءً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة، غير أنه وإن كان استعمال مانح التزام لحقه فى تعديل قواعد التعريف أو خطوط السير لصالح المنتفعين، إلا أن إثثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على مثل هذا التعديل أضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعرضه بما يجبر هذه الأضرار، ولقد أخذ المشرع المصرى بما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان فى هذا الصدد، إذ نص فى المادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة على أن "لمانع الالتزام دائماً - متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك بمراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل".

(طعن رقم 110 لسنة 13 ق جلسة 1977/12/3)

222- كيفية منح التزام المرافق العامة :

ينظم التزامات المرافق العامة القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة المعدل بالقوانين 497 لسنة 1954، 538 لسنة 1955، 185 لسنة 1958⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 73 وما بعدها.

(1) وننشر القانون بنصوصه كاملة فيما يلى :

قانون رقم 129 لسنة 1954 بالتزامات المرافق العامة

نحن فاروق الأول ملك مصر :

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

مادة (1): لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة.

مادة (2): يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام.

مادة (3): لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال.

وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولاً فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى نقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة.

وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازى عشرة فى المائة من رأس المال.

ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام.

مادة (4): يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته.

مادة (5): لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل.

مادة (6): إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول.

=

مادة (7): (مستبدلة بالقانون رقم 185 لسنة 1958) - لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق

=

العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية.

وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات - التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق - ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام.

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة.

غير أن هذا القانون لم ينص على طريقة منح الالتزام بالمرافق العامة. وهل يتم ذلك بمجرد اتفاق بين الإدارة والملتزم أو لابد من موافقة المجلس التشريعى فى صورة قانون. وقد صدر القانون رقم 288 لسنة 1956 فى شأن تعديل شروط التزام استغلال المرافق العامة فى دوائر اختصاص وزارة الشؤون البلدية والقروية والمجالس البلدية ونص فى مادته الأولى على أن:

"لوزير الشؤون البلدية والقروية وللمجالس البلدية كل فى حدود اختصاصه تعديل شروط عقود التزام استغلال المرافق العامة - عدا ما كان من تلك الشروط خاصا بتحديد شخص الملتزم ومدة الالتزام ونطاقه والإتاوة فإنه يتعين صدور قانون بالإذن فى تعديلها". ثم صدر القانون رقم 61 لسنة 1958 (المعدل بالقانون رقم 152 لسنة 1960) فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ونصت مادته الأولى (المعدلة) على أن يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة. ويكون تعديل ما عدا ذلك قرار من الوزير

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة. وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نيط بها رقابتها وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام. وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت .

مادة (8): تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون.

مادة (8 مكرراً): (مضافة بالقانون رقم 538 لسنة 1955) - لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة.

مادة (9): على الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية.

المختص.

على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات".

ولما صدر دستور 1971 نص في المادة 123 منه على أن: "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة.... إلخ"، كما نصت المادة 146 منه على أن: "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة".

والمصالح العامة تعنى فروع الوزارات التى تقوم على مرفق عام، فيقوم المرفق العام غير متمتع بالشخصية الاعتبارية. أما المرافق العامة فهى تعنى كل هذه المرافق التى تتمتع والتى لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

فإنشاء المرافق العامة إذن - فى ظل النظام الدستورى الحالى - يمكن أن يتم بقرار من رئيس الجمهورية ويمكن أيضا أن يتم بأداة أعلى كالقانون، ولكن القانون لا يكون أداة لازمة لإنشاء المرفق العام⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن المشرع الدستورى لم يخول رئيس الجمهورية الحق فى تفويض هذا الاختصاص إلى غيره.

وإذ كان المشرع الدستورى قد خول لجهة الإدارة حق إنشاء المرافق العامة على النحو السابق، إلا أن الأمر قد يحتاج إلى ضرورة الالتجاء للسلطة التشريعية لتقرير اعتمادات مالية لإنشاء بعض هذه المرافق. إذ لم يكن بمقدور الإدارة تدبير الأموال اللازمة لها. وفى هذه الحالة يكون طريق إنشاء المرافق العامة بقرارات جمهورية طريقاً نظرياً بل وموقوفاً على إذن السلطة التشريعية بتقرير بعض الاعتمادات المالية.

كما يلاحظ أن الإدارة قد تضطر فى كثير من الحالات إلى وسيلة القانون لإنشاء بعض هذه المرافق، وذلك فى حالة كون المرافق الجديدة المزمع إنشاؤها تؤدى إلى ضرورة التعديل فى القوانين القائمة تطبيقاً للمبدأ الأصولى المعمول به فى القانون، وهو أنه لا يمكن تعديل قانون إلا بقانون.

(1) مصطفى أبو زيد فهمى ص 158 - إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص 31.

223- بعض التزامات حديثه للمرافق العامة :

صدر القانون رقم (1) لسنة 1996 فى شأن الموانى التخصصية (الجريدة الرسمية العدد (5) فى 1996/2/1) المعدل بالقانون رقم 22 لسنة 1998 (الجريدة الرسمية العدد 17 (مكرر) فى 1998/4/25)، ومن ضمن استثناءاته على أحكام القانونين رقمى 129 لسنة 1947، 61 لسنة 1958 سالفى الذكر، ما تعلق بمدة الالتزام حيث جعلتها المادة (الرابعة مكررا) المضافة بالقانون رقم 22 لسنة 1998 مدة لا تزيد على تسع وتسعين سنة.

وما نصت عليه ذات المادة من أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها- فى حدود القواعد والإجراءات الموضحة بالمادة- قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص⁽¹⁾.

(1) وننشر القانون ومذكرته الإيضاحية فيما يلى:

قانون رقم 3 لسنة 1997

فى شأن منح التزام المرافق العامة

لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

=

مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوى داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول، أو أجزاء منها، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم 61 لسنة 1958 فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز. ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 1981 وقانون رسوم الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم 119 لسنة 1983 وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

(أ) أن يتم اختيار الملتمزم في إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

(ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرافق بانتظام وإطراد.

(د) ألا تسرى على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام أحكام المواد 4، 5، 6، 7، 8، 11، 12،

31 مكررا (1) و 31 مكررا (2)، 36، 37، 38، 39، 40، 41، 42، 43، 45، 46، 47، 48،

49، 50، 51، 52، 53، 54، 55، 56، 58، 58 مكررا من قانون رسوم الطيران المدني

المشار إليه، كما لا يسرى عليها حكم المادة الثالثة من القانون رقم 209 لسنة 1991 المعدل

لهذا القانون. ويتولى الملتمزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والإشغال

والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات التي تحدد في وثيقة الالتزام.

(المادة الثانية)

مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدني على عمليات تأمين سلامة الطيران

والقائمين عليها والتحقق في المخالفات الخاصة بها، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى

مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية، يكون للملتمزم بالنسبة للمطارات وأراضى النزول محل

الالتزام السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة فى المواد 18 و 21 و 68 من قانون الطيران

المدنى. وإلى السلطات المختصة بالطيران المدني فى المادة 57 من قانون رسوم الطيران

المدنى. وذلك فى حدود الشروط الواردة فى عقد الالتزام. =

(المادة الثالثة)

=

لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما

عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات وما

بداخلها من مهمات وأدوات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام.

(المادة الرابعة)

يتعين على الملتمزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان

ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام،

وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال.

(المادة الخامسة)

يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة، فى حدود

القواعد والإجراءات السابقة. قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص. ولا

يجوز للملتمزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء.

(المادة السادسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.
ييصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.
صدر برئاسة الجمهورية فى 30 رمضان سنة 1417 هـ (الموافق 8 فبراير سنة 1997م).

مذكرة إيضاحية

لمشروع قانون فى شأن منح التزام المرافق العامة

لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول

وافق مجلس الوزراء على أن يتولى القطاع الخاص إنشاء وإدارة واستغلال بعض المطارات وذلك عن طريق التزام المرافق العامة.

ومن ثم فقد أعد مشروع القانون المرافق على النحو الآتى :

تنص المادة الأولى على جواز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج. لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول، أو أجزاء منها، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول. وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم 61 لسنة 1958 فى =

شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 1981 وقانون رسوم الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم 119 لسنة 1983 وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

- أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.
- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.
- أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد.
- ألا تسرى على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام أحكام المواد 4 و 5 و 6 و 7 و 8 و 11 و 12 و 31 مكررا و 31 مكررا (1) و 31 مكررا (2) و 36 و 37 و 38 و 39 و 40 و 41 و 42 و 43 و 45 و 46 و 47 و 48 و 49 و 50 و 51 و 52 و 53 و 54 و 55 و 56 و 58 مكررا من قانون رسوم الطيران المدنى المشار إليه، كما لا يسرى عليها حكم المادة الثالثة من القانون رقم 209 لسنة 1991 المعدل لهذا القانون، ويتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والترخيص والانتفاع والإشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات التى تحدد فى وثيقة الالتزام.
- وتخول المادة الثانية الملتزم السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى فى المواد 18 و 21 و 68 من قانون الطيران المدنى، وإلى السلطات المختصة

وعلى نسق القانون القانون السابق صدر القانون رقم 3 لسنة 1997 فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول (الجريدة الرسمية العدد (6) مكرر فى 1997/2/8).

وكان من استثناءاته، ما تعلق بمدة الالتزام حيث جعلتها المادة الأولى منه مدة لا تزيد على تسع وتسعين سنة.

وما نصت عليه المادة (5) من أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وتحديد حصة الحكومة، فى حدود القواعد والإجراءات التى تضمنها القانون بهذا الخصوص، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص⁽¹⁾.

بالطيران المدنى فى المادة 57 من قانون رسوم الطيران المدنى، وذلك دون الإخلال بإشراف الهيئة المصرية العامة للطيران والقائمين عليها والتحقق فى المخالفات الخاصة بها، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية.

وتحظر المادة الثالثة توسيع الحجز أو اتخاذ أية إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول موضوع الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات مخصصة لإدارة الالتزام.

وتوجب المادة الرابعة على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول موضوع الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام، كما تنص على أن أن تؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة.

وأخيرا تنص المادة الخامسة على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه - أو تعديلها - وحصة الحكومة، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات، ولايجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء.

ومشروع القانون معروض للتفضل - فى حالة الموافقة - بتوقيعه وإحالاته إلى مجلس الشعب 1996/12/25.

وزير النقل والمواصلات

(مهندس / سليمان متولى)

(1) وننشر القانون وأعماله التحضيرية فيما يلى :

قانون رقم 1 لسنة 1996

فى شأن الموانى التخصيصية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

تسرى أحكام هذا القانون على موانى الصيد والتعدين والبتروى والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية. ويصدر بتحديد هذه الموانى، وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانى قرار من رئيس الجمهورية بناء على عرض وزير النقل والمواصلات بالتنسيق مع الجهات المعنية.

(المادة الثانية)

على الجهة الراغبة فى إنشاء ميناء تخصصى أن تتقدم بطلب بذلك إلى وزارة النقل والمواصلات، وترفق بطلبها خطة إنشاء الميناء، وتقوم الوزارة بإجراء الدراسة الفنية لتقرير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب، من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته. وتخطر وزارة النقل والمواصلات الجهة الطالبة بالقرار الصادر بإنشاء الميناء، وتتولى الوزارة الإشراف الفنى على تنفيذ الميناء خلال فترة التنفيذ.

(المادة الثالثة)

تعتبر الموانى التخصصية القائمة حاليا والتي تنشأ مستقبلا على السواحل المصرية موانى خاضعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات، وذلك لضمان استمرار صلاحيتها للعمل من ناحيتى السلامة البحرية والحفاظ على البيئة البحرية. ولوزارة النقل والمواصلات أن ترخص للجهات المعنية فى إدارة الموانى التخصصية وتشغيلها وصيانتها للغرض الذى خصصت من أجله.

(المادة الرابعة)

مع مراعاة أحكام قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانى والمنائر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم 24 لسنة 1983 يكون للوزير المختص الذى تتبعه الجهة القائمة بتشغيل الميناء أن يصدر قرارا بفئات التعريف التى تخضع لها الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته، ويبين القرار إجراءات تحصيل هذه التعريف وحالات الإعفاء منها.

(المادة الرابعة مكررا)**(مضافة بالقانون رقم 22 لسنة 1998)**

مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصا

طبيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة فى الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم 61 لسنة 1958 فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

- (أ) أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.
 - (ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .
 - (ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد.
 - (د) أن يراعى الملتزم الحفاظ على الميناء أو الرصيف وجعله صالحا للاستخدام طوال مدة الالتزام.
 - (هـ) أن يلتزم بأحكام القوانين والقرارات المتعلقة بالموانى وبتنظيم الأنشطة التى تعمل بها.
 - (و) ألا ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء.
 - (ز) أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة.
- ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها - فى حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.

(المادة الخامسة)

يصدر وزير النقل والمواصلات اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

(المادة السادسة)

لا تخل أحكام هذا القانون بالقواعد والأحكام الواردة بالاتفاقيات الدولية أو القوانين الصادرة فى هذا الشأن.

(المادة السابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.
ييصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.
صدر برئاسة الجمهورية فى 4 رمضان سنة 1416 هـ (الموافق 24 يناير سنة 1996م).

المذكرة الإيضاحية

لمشروع القانون رقم 1 لسنة 1996

نظرا لما أسفر عنه واقع العمل حاليا بالنسبة لإنشاء وإدارة واستغلال الموانى التخصصية وقيام بعض الجهات غير التابعة لوزارة النقل البحرى بإصدار قرارات تنظيمية لهذه الموانى. ولما كانت وزارة النقل البحرى وفقا لقرار رئيس الجمهورية رقم 985 لسنة 1972 بتنظيم وزارة

النقل البحرى تختص طبقا للمادة الرابعة بالآتى :

(أ) رسم السياسة العامة والخاصة بإنشاء الموانى والمناظر وتطويرها وحماية الشواطئ بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية.

(ب) العمل على توفير جميع وسائل المساعدات الملاحية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة بها.

(ج) إقرار السياسة التى تقرتها الأجهزة التابعة للوزارة بشأن الإصلاحات والعمران اللازمة لوحدات النقل البحرى وأساطيل الصيد.

(د) وضع الخطط التى تتضمن سلامة وحدات النقل البحرى وكافة المنشآت الثابتة والمنقولة وكذلك الأجهزة والمعدات التى ترتبط بنشاط الوزارة والأجهزة التابعة لها وذلك بالتنسيق مع الأجهزة المختصة فى الدولة.

= ولضمان إنشاء تلك الموانى على الأسس العلمية التى تتطلبها قواعد التشغيل بحريا ولتأمين سلامة الملاحة وتوفير المساعدات الملاحية والحفاظ على البيئة البحرية من التلوث وتكامل خدمات الموانى، وكذا لضمان تطوير وصيانة هذه الموانى التخصصية وتدعيم مرافقها بما يكفل لها الاستمرارية، فقد رعى إعداد قانون فى شأن إنشاء الموانى التخصصية. وقد أعد مشروع القانون المرافق متضمنا فى ديباجته الإحالة إلى القوانين ذات الصلة والمتعلقة بجنسية السفينة والرقابة عليها لتقرير مدى صلاحيتها للعمل والرسوم التى تخضع لها بالإضافة إلى تلك التى يقرها مشروع القانون.

كما عنى المشروع بالإحالة إلى قرار رئيس الجمهورية رقم 985 لسنة 1972 بتنظيم وزارة النقل البحرى وتحديد اختصاصاتها تأكيدا للاختصاصات المشار إليها بهالیه.

وقد عدت المادة الأولى من المشروع أنواع الموانى التخصصية بحسب أنشطتها، كما أوضحت المادة الثانية سبل إنشاء الميناء التخصصى وما يتعين على الجهة الطالبة اتباعه من إجراءات والدور الذى تقوم به وزارة النقل البحرى بناء على طلب وتمويل الجهة الطالبة.

كما أوضحت المادة الثالثة تبعية الموانى التخصصية المنشأة حاليا والموانى التى تنشأ مستقبلا باعتبار أن النصوص السابق توضيحها من القرار الجمهورى رقم 985 سالف الذكر تقرر أن رسم السياسة العامة بإنشاء الموانى وتطويرها والعمل على توفير وسائل المساعدات الملاحية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة هو اختصاص وزارة النقل البحرى مما لا يسوغ معه تفويت تبعية الموانى المختلفة بين الجهات المعنية التى تباشر نشاطها فيه، ومع تخويل وزارة النقل البحرى صلاحية الترخيص للجهة الطالبة لتشغيل وإدارة الميناء للغرض الذى خصص

من أجله.

وخولت المادة الرابعة من المشروع الوزير المختص الذى يتبعه الميناء التخصصى صلاحية تحديد تعريف الخدمات التى تؤدى داخل الميناء نظير الانتفاع بالتسهيلات والخدمات الأخرى ولا يتعارض ذلك مع الرسوم المقررة بالقانون رقم 24 لسنة 1982 كما خولته كذلك سلطة الإعفاء من تلك التعريف.

ويتشرف وزير النقل والمواصلات والطيران المدنى بعرض مشروع القانون مفرغا فى الصيغة التى أقرها مجلس الدولة للتفضل بإصداره.

وزير النقل والمواصلات والطيران المدنى

= مهندس / سليمان متولى سليمان

القانون رقم 1 لسنة 1996

=

تقرير لجنة النقل والمواصلات بمجلس الشعب

عن مشروع قانون فى شأن الموانى التخصصية

أحال المجلس بجلسته المعقودة بتاريخ 1994/11/9، إلى اللجنة، مشروع قانون فى شأن الموانى التخصصية، انعقدت اللجنة أربعة اجتماعات لنظره فى 1994/12/18، 20، 21، 1995/3/22 حضرها السادة :

- 1- عادل حسنى قاسم / وكيل أول وزارة النقل والمواصلات.
 - 2- اللواء هانى حسنى / وكيل أول وزارة النقل البحرى.
 - 3- المستشار محمود إمام عبد ربه / مستشار وزارة النقل البحرى.
 - 4- الدكتور تامر أبو بكر / نائب رئيس الهيئة العامة للبترو.
 - 5- حسين النويهى / رئيس الشؤون القانونية بهيئة قناة السويس.
 - 6- مهندس عادل على راضى / رئيس الإدارة المركزية لتنمية المناطق السياحية بوزارة السياحة.
 - 7- الدكتور سيد رجب السيد/ المدير العام بمكتب السيد المهندس وزير النقل والمواصلات.
- نظرت اللجنة مشروع القانون ومذكرته الإيضاحية واستعادت نظر الدستور وراجعت أحكام القوانين والقرارات الجمهورية التالية:

القانون رقم 84 لسنة 1941 بشأن تسجيل السفن التجارية.

قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم والموانى والمناثر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم 24 لسنة 1983.

القانون رقم 232 لسنة 1989 فى شأن سلامة السفن.

- قانون التجارة البحرية الصادر بالقانون رقم 8 لسنة 1990.
- قرار رئيس الجمهورية رقم 985 لسنة 1972 بتنظيم وزارة النقل البحرى وتحديد اختصاصاتها.
- قرار رئيس الجمهورية رقم 182 لسنة 1994 بإعادة تنظيم وزارة النقل.
- وعليه فقد أعدت اللجنة التقرير السادس عشر عن هذا المشروع بقانون خلال دور الانعقاد العادى الخامس من الفصل التشريعى السادس إلا أنه لم يتسن عرضه على المجلس وقتئذ.
- فعقدت اللجنة اجتماعا لنظره فى 1995/12/24 حضره السيدان :
- عادل حسنى قاسم / مستشار السيد المهندس وزير النقل والمواصلات.
- المستشار / مهندس محمود كامل/ المستشار القانونى لوزارة النقل.
- = وخلال الاجتماع المشار إليه استعادت اللجنة نظر التقرير المشار إليه عن مشروع القانون المعروف حيث وافقت عليه وتعرضه فيما يلى:
- إنه لما كان من الضرورى أن يكون إنشاء الموانى التخصصية كموانى الصيد والتعدين والبتروى والسياحة وغيرها من الموانى الواقعة على السواحل المصرية- على أسس علمية بحرية أمر تحتمه مقتضيات تحقيق سلامة الملاحة والحفاظ على البيئة البحرية من التلوث، وإمكان تكامل خدمات الموانى، وتدعيم مرافقها بما يكفل لها الاستمرارية، الأمر الذى يقتضى معه أن يكون إنشاء وإدارة واستغلال الموانى المشار إليها أنفا بقرار من وزارة النقل والمواصلات. خاصة وأن القرار الجمهورى رقم 985 لسنة 1972 بتنظيم وزارة النقل البحرى وتحديد اختصاصاتها، قد أناط بوزارة النقل البحرى، الوفاء بمتطلبات الاقتصاد القومى فيما يتعلق بقطاع الملاحة البحرية وصناعات النقل البحرى والعمل على تنشيطها، وعليه فقد نصت الفقرات 12، 13، 17 من المادة الثانية من القرار المشار إليها على ما يلى :
- مادة 2- تباشر الوزارة الاختصاصات الآتية :
- 12- رسم السياسة العامة المتعلقة بإنشاء الموانى والمنائر وتطويرها وحماية الشواطئ بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية.
- 13- العمل على توفير جميع وسائل المساعدات للملاحة البحرية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة فيها.
- 17- وضع الخطط التى تتضمن تأمين سلامة وحدات النقل البحرى وكافة المنشآت الثابتة والمنقولة وكذلك الأجهزة والمعدات التى ترتبط بنشاط الوزارة والأجهزة التابعة لها وذلك بالتنسيق مع الأجهزة المختصة فى الدولة.
- أيضا ولما كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم 182 لسنة 1994 بإعادة تنظيم وزارة النقل قد تضمنت النص على ما يلى :
- تهدف وزارة النقل إلى ما يأتى :

1- تلبية احتياجات النقل بالبلاد بما يتمشى مع خطط التنمية القومية بوضع خطة شاملة لوسائل النقل ومرافقه وشبكاته فى إطار خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية بما يكفل تحقيق التنسيق والتكامل بينها وتحقيق الربط بين أنشطتها وأنشطة القطاعات الأخرى، والعمل على تطويرها وفقا لأحدث الأساليب العلمية والتكنولوجية بما يحقق الاستفادة منها بأكبر قدر ممكن من الكفاءة الفنية، وعلى أساس اقتصادى أمثل مع العمل على صيانتها وتأمين سلامتها، وتوفير العمالة الفنية المتخصصة فى فروع النقل المختلفة ورفع الكفاءة الإنتاجية للعاملين بمرافق النقل.

= وإعمالا للقواعد القانونية المشار إليها فقد أعد مشروع القانون المعروض بهدف توحيد جهة الإشراف على إنشاء وإدارة واستغلال الموانى التخصصية كموانى الصيد والتعدين والبتترول والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية وإسنادها لوزارة النقل والمواصلات باعتبارها الجهة المختصة بذلك قانونا، هذا وقد احتوى مشروع القانون المعروض على ست مواد تضمنت المادة الأولى منه النص على سريان أحكام هذا المشروع بقانون على موانى الصيد والتعدين والبتترول والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية.

كما أوضحت المادة الثانية الالتزامات التى تقع على عاتق الجهة الراغبة فى إنشاء ميناء تخصصى، والمتمثلة فى أن على الجهة طالبة إنشاء الميناء أن تتقدم بطلب الإنشاء إلى وزارة النقل والمواصلات مرفق بطلبها خطة إنشاء الميناء، بحيث تقوم الأخيرة بإجراء الدراسة الفنية لتقدير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته، ثم يصدر بإنشاء الميناء التخصصى قرار من وزير النقل على أن يعقد الإشراف الفنى لوزارة النقل خلال فترة التنفيذ.

أما المادة الثالثة، فقد أسندت تبعية كافة الموانى التخصصية المنشأة حاليا أو التى تنشأ مستقبلا لإشراف وزارة النقل باعتبارها جهة الاختصاص الأصيل فى رسم السياسة العامة لإنشاء الموانى والمنائر وتطويرها والعمل على توفير المساعدات للملاحة البحرية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة فيها وحماية الشواطئ، بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية الأمر الذى لا يسوغ معه تفتيت تبعية الإشراف على تلك الموانى بين الجهات التى تباشر نشاطها فيه، وحتى تكون هناك مرونة فى إدارة وتشغيل تلك الموانى وصيانتها لإمكان تحقيق أغراض إنشائها، لذلك فقد أجازت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من المشروع بقانون - لوزارة النقل أن ترخص للجهات المعنية فى القيام بأعمال الإدارة المشار إليها.

هذا وقد خولت المادة الرابعة من مشروع القانون المعروض الوزير المختص الذى تتبعه الجهة

القائمة بتشغيل الميناء سلطة إصدار قرار بتحديد التعريفه التى تخضع لها الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشأته وتسهيلاته، كما يبين القرار المشار إليه إجراءات تحصيل هذه التعريفه وحالات الإعفاء منها وذلك بما لا يتعارض وأحكام قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانى والمنائر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم 24 لسنة 1983.

أيضا ورب قائل إنه كان يجب النص على وضع حد أقصى للتعريفه التى ستفرض على الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشأته وتسهيلاته وردا على ذلك فإن اللجنة تؤكد أن = هذا التخوف لا محل له، وخاصة أن القرار الصادر بتحديد التعريفه - وفقا لأحكام مشروع القانون المعروض - سيلتزم بكل من الفئات والحدود والأوعية المنصوص عليها فى القانون رقم 24 لسنة 1983 المشار إليه.

أيضا ولما كان من المقرر قانونا أن من شأن الاتفاقيات الدولية ترتيب حقوق وإنشاء التزامات بين الأطراف المتعاقدة، تكون لها قوة القانون بعد إلزامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة لذلك فقد تضمنت المادة الخامسة من مشروع القانون عدم إخلال أحكام هذا المشروع بقانون بالقواعد والأحكام الواردة بالاتفاقيات الدولية أو بالقوانين الصادرة فى هذا الشأن.

وأخيرا فإن المادة السادسة من هذا المشروع بقانون تتعلق بتحديد بدء سريان هذا المشروع بقانون المعروض.

هذا وقد رأت اللجنة إدخال بعض التعديلات على نصوص المواد الواردة به كان من أهمها ما يلى :

- 1- استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم (2) نصها الآتى :
- 1- "يحدد وزير النقل والمواصلات بقرار منه الموانى ذات الطبيعة التخصصية وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانى بالتنسيق مع الجهات المعنية.
- هذا وقد استحدثت اللجنة المادة المشار إليها، بهدف ضرورة وضع الأمور فى نصابها بحيث يجب تحديد مدلول الميناء التخصصى، وذلك بالتنسيق مع الجهات المعنية فى هذا الخصوص، خاصة وأن مشروع القانون المعروض قد جاء خلوا من تعريف الميناء التخصصى حيث أورد أمثلة للموانى التخصصية.
- 2- استبدال عبارة "موانى خاضعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات" الواردة بالفقرة الأولى من المادة الثالثة بعبارة "من الموانى الخاضعة لإشراف وزارة النقل".
- هذا وقد أدخلت اللجنة التعديل المشار إليه إحكاما للصياغة وحتى يحقق الغاية المنشودة من وراء إصدار مشروع القانون المعروض التى تتمثل فى كفالة حق وزارة النقل والمواصلات فى الإشراف على كافة الموانى التخصصية تحقيقا للصالح العام.
- 3- استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم (6) نصها الآتى:

224- رقابة وإشراف جهة الإدارة على الملتزم:

يقع على جهة الإدارة أثناء سريان عقد الالتزام مسئولية الإشراف الفعال على الملتزم من أجل ضمان حسن سير المرفق طبقاً لشروط عقد الالتزام وطبقاً للمصلحة العامة لجمهور المنتفعين.

وكثيراً ما ينص في عقد الالتزام على ماهية الرقابة والإشراف الذي يثبت لجهة الإدارة على المرفق والإجراءات التي تتبعها في سبيل ذلك.

وهذه السلطة تثبت أيضاً لجهة الإدارة، ولو لم ينص عليها في عقد الالتزام وهذه الرقابة تكون رقابة شاملة سواء من الناحية الفنية أو الإدارية أو المالية ويكون لمناح الالتزام الحق في أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من كافة النواحي.

وقد نصت المادة السابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدلة بالقانونين رقمي

"مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة تعادل ضعف قيمة الأعمال المخالفة بما لا يقل عن خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون، وتزال المخالفة بالطريق الإداري على نفقه المخالف".

هذا وقد استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم "7" نصها الآتي:

"يصدر وزير النقل والمواصلات واللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون". =

هذا وهذا استحدثت اللجنة نص المادة المشار إليها لإمكان تحقيق المرونة لتنفيذ أحكام هذا القانون خاصة وأن أعمال مواده تستتبع ضرورة إصدار قرارات وزارية منفذة لهذه المواد سيما وأن مشروع القانون قد جاء خلواً من هذا النص.

5- استبدال عبارة "أو القوانين الخاصة الصادرة في هذا الشأن" الواردة بعجز المادة الخامسة من مشروع القانون المعروف بعبارة "أو القوانين الخاصة التي تصدر في هذا الشأن" هذا وقد أجرت اللجنة التعديل المشار إليه حتى يكون هناك اتساق مع ما يقتضيه مبدأ المواءمة التشريعية.

واللجنة توافق على مشروع القانون، وترجو المجلس الموقر الموافقة عليه معدلاً بالصيغة المرافقة.

رئيس اللجنة

دكتور مهندس / سعد إبراهيم الخوالقة

497 لسنة 1957، 185 لسنة 1958 على أنه: "لما منح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق - ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام.

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة. كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتتولى أمرا من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة.

وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نيط بها لرقابتها، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام.

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت". كما نصت المادة الخامسة على أن لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل⁽¹⁾.

(1) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 ما يأتى :

"حق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه فى العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص المادة 7 من القانون رقم 129 لسنة 1947 المشار إليه بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام، فأكد لمانح الالتزام من حق تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

1- "إذا كان القرار الإداري هو عمل قانوني غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً فإن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص

الملتزم لاستغلال المرفق لمراقبة إنشاء المرفق العام وضمان سيره من النواحي الفنية والمالية. غير أن الصورة المتقدمة من الرقابة قد لا تكفي بذاتها لتأمين سير المرفق العام وتقضى على ما قد يصيب المرفق من اختلال في مناحي سيره وأوجه الخدمات التي قدمها، لذلك =
= روى أن تكون الرقابة على إنشاء هذه المرافق وسيرها أدق وأوفى فلا تقف الجهة مانحة الالتزام عند وسيلة بعينها بل تترخص في الجمع بين صور عدة من الرقابة أوفى اختيار بعضها دون الآخر وفقاً لاحتياجات المرفق.

وتحقيقاً لهذه الغاية أضيف النص على جواز تكليف ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق العام وسيره من النواحي المالية، وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة.

كما أجاز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة. ولئن كان المشروع قد تضمن صوراً متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها إلا أن اختيار أحد هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده إلى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) إذ يترخص في تقدير ملائمة كل منها لاحتياجات المرفق وما يقتضيه نظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، فعلى ضوء احتياجات المرفق العام يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة وما يتلاءم معها من صورها فلا يجمع بين أكثر من صورة منها إلا إذا قدر أنها أدعى إلى تأمين سير المرفق وتغليب المصلحة العامة التي تنغيها العقود الإدارية".

بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها فى إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام، فبينما مصالح الطرفين فى العقد المدنى متساوية ومتوازنة إذ بكفتى المتعاقدين غير متكافئة فى العقد الإدارى تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة فى هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التى يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إدارى دون رضا هذا المتعاقد إنهاء مبسراً ودون تدخل القضاء، هذا إلى أن العقد الإدارى تتبع فى إبرامه أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة العامة أو الممارسة ويخضع فى ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص وشرط الكتابة فيه التى تتخذ عادة صورة دفتر شروط ملزم إذا أبرم بناء على مناقصة أو مزايدة عامة أو تتم بممارسة جاوزت قيمتها قدراً معيناً".

(طعن رقم 1059 لسنة 7 ق جلسة 1963/5/25)

2- "إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق فى التعويضات إن كان لها وجه، وذلك كله على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر، وإذا ما لجأت الجهة الإدارية إلى إنهاء العقد على هذا النحو وفقاً لهذه الأسس فإن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما إلى الآخر ما تسلمه فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

(طعن رقم 882 لسنة 10 ق جلسة 1968/3/2)

225- استرداد الالتزام قبل نهاية مدته :

يجوز لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة استرداد الالتزام قبل نهاية مدته، فذلك مما يدخل في مطلق تقديرها. ولا يكون سببه حدوث تقصير أو أخطاء من جانب الملتزم وإنما رغبة الإدارة في تحسين سير المرفق العام وإدارته بالطريق المباشر. وهو بهذا الشكل يتميز تميزا واضحا عن السقوط أولا: لأنه ليس هناك تقصير جدى من جانب الملتزم في قيامه بأعباء المرفق وثانيا: لأن الاسترداد يقتضى أن تدفع الإدارة للملتزم تعويضا يغطى ما فاتته من ربح وما حل به من خسارة.

وقد نصت المادة الرابعة من القانون 129 لسنة 1947 على أنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته. وهذه المادة تكفل تقدير التعويض للملتزم. غير أن حق جهة الإدارة في سحب الالتزام أو إسقاطه قبل نهاية مدته، ثابت لها باعتباره نوعا من الإلغاء الذى يجوز للإدارة أن تقوم به بمفردها بغير حاجة إلى نص في العقد. وذلك إذا توافر شرطان: أولهما، أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسيير المرفق بانتظام. وثانيهما، وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع الجزاء⁽¹⁾.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

".. العبرة دائما بالمعاني لا بالألفاظ، فسحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التى يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام فى هذه الحالة فى الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم، وليس صحيحا فى القانون أن هذا الجزاء لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالا جزيئاً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه

(1) مصطفى أبو زيد فهمى ص 271 وما بعدها - محمد فؤاد عبد الباسط ص 461.

يشترط فى هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء - وقد توافر الشرطان السابقان فى النزاع الماثل".

(طعن رقم 110 لسنة 13 ق جلسة 1977/12/30)

وإذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالاسترداد أو الإسقاط وعاد المرفق إليها، فإنها لا تلتزم بشئ من الديون ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها بذلك، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلا عن جهة الإدارة، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاما عليه وحده ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا هى أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون مالم ينص فى عقد الالتزام على التزامها به، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق - لحسابه - وكيلا عن جهة الإدارة كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له".

(طعن رقم 125 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/1)

2- "القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته، وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمته أثناء قيامه بإدارة المرفق تعتبر التزاما عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا انتهى عقد الالتزام وعاد المرفق لجهة الإدارة فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون إلا إذا وجد نص فى عقد الالتزام يلزمها بها، ذلك أن الملتزم فى إدارته المرفق لا يعتبر وكيلا عن جهة الإدارة، كما أن هذه الجهة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له".

(طعن رقم 2 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/30)

3- "إسقاط الالتزام من شأنه - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق، وتكون جميع الالتزامات المترتبة فى ذمته

أثناء هذه الإدارة عليه وحده، ولا شأن لجهة الإدارة بها ما لم ينص فى عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك أو كيفية تسوية حقوق الدائنين، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة- هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفا لشركة الترام، وألزمها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث- على الشركة المذكورة- فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون وبالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 51 لسنة 37 ق جلسة 1971/11/30)⁽¹⁾

226- حقوق الملتزم :

يتولد عن عقد الالتزام بداهة حقوق للملتزم، وهذه الحقوق يمكن إجمالها فيما يلى:

(1) الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الامتياز أو عن طريق الاحتكار:

فقد يمنح الملتزم حق الامتياز ولا يمنح حق الاحتكار، ومن ثم يكون لغيره من الأفراد أو الشركات استغلال المرفق، أى لا يمنع من استغلاله، ولكن تتعهد جهة الإدارة بألا تمنح غيره من المنافسين التسهيلات التى تمنحها إياه، كالتراخيص اللازمة والإعانات⁽²⁾. فيصبح

(1) كما قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان يبين من الأوراق أن الإدارة قد تولت بنفسها تسيير المرفق مؤقتا بموجوداته وعماله وموظفيه نافذا للأمر العسكرى رقم 89 سنة 1954 الصادر بالاستيلاء المؤقت على المرفق ثم عادت وأسقطت الالتزام عن الملتزم السابق وظلت تدبر المرفق حتى وضعت قائمة شروط جديدة لتسييره كان من بينها التزام الملتزم الجديد بتشغيل عمال الملتزم السابق بحيث تكون له الخيرة فى الاستغناء عن يرى الاستغناء عنه من كبار موظفى الملتزم السابق ومن بينهم المطعون عليه الأول فلم يشأ الملتزم الجديد إبقاء الأخير وأخطر بذلك جهة الإدارة التى قامت بإنهاء العقد (المحدد المدة) وتحديد مكافأته، وكان مؤدى ذلك أن إنهاء العقد قد وقع بناء على عمل إيجابى من جانب الإدارة بعد أن قبلت تنفيذ المدة من وقت الاستيلاء على المرفق - وبعد إسقاط الالتزام- حتى تاريخ إنهائها للعقد، فحققت بذلك مساعلتها عن هذا الإنهاء وما يترتب عليه من نتائج، وذلك بصرف النظر عن البحث فى آثار إسقاط الالتزام ومدى تقيد جهة الإدارة بآثار العقود والالتزامات المبرمة بين الملتزم السابق والغير. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه بالتعويض عن فسخ الإدارة عقد المطعون عليه الأول من جانب واحد قبل انتهاء مدته، لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 298 لسنة 27 ق جلسة 1962/5/23)

(2) قدرى الشهاوى ص 354 وهامش (19).

الملتزم محتكرا للمرفق احتكارا فعليا.

ويمنح الملتزم الاحتكار القانونى عادة فى المرافق العامة التى لا تحتل المنافسة، إذ يكون فيها ضياع للأموال والجهود مثل مرفق السكك الحديدية فى منطقة معينة لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد، وإلا كانت الجهود والأموال التى تبذل فى إدارة المرفق مضاعفة فى غير فائدة تعود على العميل، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة⁽¹⁾.

(2) تمكين الملتزم من القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله :

وأول الوسائل المؤدية لذلك منح الملتزم التراخيص الإدارية اللازمة، وأن تسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التى يلزم استعمالها لإدارة المرفق. وقد تمنح الجهة الإدارية للملتزم معونة مالية فى صور مختلفة أو قروضا ترد على آجال طويلة، ليستعين بها فى تسيير المرفق.

(3) اقتضاء رسم من المنتفعين بخدمات المرفق :

للملتزم الحق فى أن يتقاضى رسوما من المنتفعين بخدمات المرفق العام. وهذه الرسوم إنما هى مقابل الخدمة التى يقدمها لهم. وهى فى الوقت نفسه على جانب كبير من الأهمية إذ أنها المورد الرئيسى الذى ينفق منه الملتزم على إعداد المرفق ونشاطه. وهذا الرسم تسرى عليه أحكام القانون الإدارى. ويكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير هذا الرسم، وتعديله أيضا بالرفع أو خفض طبقا لمقتضيات المصلحة العامة. وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم 129 لسنة 1947 على أن يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام.

ولا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال. وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة.

وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة في المائة من رأس المال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام (م3).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون 129 سنة 1947 أن هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى في صافي أرباح استغلال المرفق عشرة في المائة من رأس المال الموظف في المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام. ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزاء الملتزم، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محدودة، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل هذه المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأقل في أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبرا وقدرا. والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز، فإن له غالبا احتكار بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة.

ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقرها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التي تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها. والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة، وأخيرا فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة على وجه الخصوص في الفقه الفرنسي على أن ما في التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها.

ويستند القانون في تحديد حصة الملتزم الأصلية بعشرة في المائة إلى التشريع

البريطاني، ففي بريطانيا قوانين قديمة عن الالتزام الخاص بتوزيع المياه والإنارة والغاز

"The water Clause Act 1849 the Gasworks Clauses" تنص على أنه

لا يجوز أن تجاوز أرباح الملتزم النسبة المحددة في وثيقة الالتزام (وهي عادة عشرة في المائة من رأس المال الموظف)، فإذا لم تذكر أية نسبة منها فإنها تكون عشرة في المائة. على أنه إذا زيد رأس المال فإن النسبة تخفض إلى سبعة في المائة فيما يختص بالأرباح الناتجة من هذه الزيادة إذا كانت بطريق إصدار أسهم عادية وإلى خمسة في المائة إذا كانت بطريق إصدار سندات.

وقد رئي من الأوفق أن يتخذ رأس المال الموظف في جملته قاعدة للحساب على فرض أن مانح الالتزام أذن مقدما في الحالتين بتحديد قدر المال الموظف وأن يطبق على

هذا القدر أصلا وزيادة نسبة واحدة قدرها عشرة فى المائة وما زاد على هذا الريح يخصص بادئ ذى بدء لتكوين احتياطى يأخذ منه الملتزم ما يكفى ليكمل به حصة العشرة فى المائة التى سبق ذكرها عندما لا تبلغ الأرباح هذه النسبة. فإذا بلغ الاحتياطى المذكور عشر رأس المال الموظف جاز أن يقسم فائض صافى الأرباح بين الملتزم ومانح الالتزام وفقا لنسب تبين فى عقد الالتزام أو أن يستخدم فى تحسين المرفق وتوسيعه أو فى خفض الأسعار. ويجوز أن ينص عقد الالتزام على تطبيق اثنين منها دون الثالث، فإذا لم ينص على شىء من ذلك كان لمانح الالتزام أن يقرر أى حل من الحلين الأخيرين اللذين ذكرا فى القانون يطبق بالنسبة لفائض الأرباح إذا كان الحل الأول غير مقصود فى هذه الحالة ومانح الالتزام لم يتفق عليه مع الملتزم عند منح الالتزام⁽¹⁾.

(4) التوازن المالى للمرفق :

إن الملتزم عندما قبل إدارة المرفق العام كانت لديه فكرة عن مدى حقوقه ومدى التزاماته، وكانت نسبة تلك الحقوق إلى تلك الالتزامات تكون التوازن المالى للعقد، إذ أن ما له من حقوق تعادل أو ترجح - فى نظره - ما عليه من التزامات وعلى هذه فقد قبل المخاطر المالية للمشروع بما تحمله تلك المخاطر من احتمال الريح والخسارة. وهذا التوازن المالى للعقد، أى التوازن بين الحقوق والالتزامات يمكن أن يختل على إثر عوامل ثلاثة:

الأول: تعديلات تدخلها الإدارة على الشروط اللائحية - كأن تنقص الرسوم مثلا فتزيد من أعباء الملتزم. فتلحق به خسارة فادحة.

الثانى: إجراءات عامة إدارية أو تشريعية تصدرها الدولة ولا تعنى بها الملتزم بالذات وإنما تعنى بها كافة ولكن يترتب عليها زيادة أعباء الملتزم، وتلحق به خسارة فادحة.

الثالث: حوادث طارئة غير متوقعة تأتى فتلحق به خسارة فادحة.

فأما عن العامل الأول، فمن حق الملتزم أن يعوض عنه تعويضا كاملا لا يشمل فقط ما يكون قد لحقه من خسارة ولكن أيضا ما فاته من ربح عادى معقول. فإذا لحقته خسارة ما أو نقصت أرباحه العادية كان له أن يطالب بتعويض كامل عن ذلك ووجب على الإدارة أن تلبية إلى طلبه.

أما عن العامل الثانى، وهو ما يطلق عليه المخاطر الإدارية فإنه يؤدى إلى تطبيق نظرية فعل الأمير أو عمل الحاكم.

وأما العامل الثالث، فهو يؤدى إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى نقلت من القانون الإدارى إلى القانون المدنى.

والإدارة فى سبيل تحقيق التوازن المالى لها تعديل شروط عقد الالتزام أو رفع الأسعار حتى لا يتحمل الملتزم وحده كل الخسارة التى نجمت عن هذه الظروف الطارئة. وتحقيق التوازن المالى للمرفق العام يحقق المصلحة المالية للمتعاقد وحقه فى التوازن المالى للعقد، ويحقق أيضا حماية المصلحة العامة ومصلحة المرافق العامة، لأن إهدار مصالح المتعاقد المشروعة تضر بالمصلحة العامة من حيث أنها لا تشجع الأفراد والشركات الكبرى على الإقبال على التعاقد مع الإدارة.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"إن تدخل القضاء الإدارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى تطبيقا لنظرية فعل الأمر مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها".

(طغان رقما 1562 لسنة 10ق، 67 لسنة 11 ق جلسة 1968/5/11)

وفى الوجه المقابل إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق للملتزم بسببها أرباح عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وكان هذا الإخلال مبررا لإعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة فى الالتزام بالنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول، وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جدا تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التى اقتضت إنشاءه⁽¹⁾.

وقد نصت على ذلك المادة السادسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بقولها: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام فيها وأفضت إلى

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 129 لسنة 1947.

الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمناح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"إن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى الفقه والقضاء الإدارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن فى حسابان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى أحاقّت به طول فترة الظرف الطارئ وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه، ويقتصر دور القاضى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل للالتزامات العقدية".

(طغان رقما 1562 لسنة 10ق، 67 لسنة 11 ق جلسة 1968/5/11)

2- "إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات. فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يتحملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها

فيعوضه عنها تعويضا جزئيا، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإدارى، هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تنقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التى لحقت المدين، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته واعتبار العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعته لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التى أدت إلى الخسارة، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد".

(طعن رقم 46 لسنة 14 ق جلسة 1972/6/17)

أما تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا شأن ما يترتب فى علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يرتب لأى منها مثل هذا الحق فى التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"ومن حيث إن حق المتعاقد فى العقد الإدارى فى التعويض العادل عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطاتها فى تعديل العقد وتحويله بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام - أما تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا شأن ما يترتب فى علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يترتب لأى منهما مثل هذا الحق فى التعويض إلا بمقدار ما يثمره اتفاقهما المشترك، كذا فإن إعفاء المتعاقد مع

الإدارة من تنفيذ بعض التزاماته ومباشرة جهة الإدارة تنفيذها بنفسها فى إطار من حقها المقرر فى التنفيذ المباشر بعد أن يثبت تعثره فى هذا التنفيذ وتقاعسه عن النهوض بمقتضياته، لا يستوى مسوغا لتعويضه عن هذا الإعفاء وإنما وعلى نقيض ذلك قد يستقيم وجها لمساءلته عن إخلاله بالتزامه وترتيب مسئوليته قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ العقدى... إلخ".

(طعن رقم 562 لسنة 16 ق جلسة 1978/4/15)

غير أن جهة الإدارة لا تسأل عن اختلال التوازن المالى الذى يحدث نتيجة خطأ الملتزم ونزوله فى إدارة المرفق عن عناية الشخص المعتاد، إذ يجب أن يتحمل هو ما ينجم له من خسارة.

227- واجبات الملتزم :

تقع على عاتق الملتزم عدة واجبات، تخلص فيما يلى :

1- إقامة وتشبيد المباني والمنشآت اللازمة لتسيير المرفق. لأن كثيرا ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره. فمرافق النور والغاز تحتاج إلى مواسير فى جوف الأرض، وإعداد أجهزة الكهرباء وتقطير المياه. وما إلى ذلك. والغالب أن الذى يدفع جهة الإدارة إلى الالتجاء إلى طريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة فى إقامة المنشآت اللازمة لتسييره، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام، فيتحمل الملتزم هذه النفقات حيث يستردها على المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق وقد كفلت المادة 8 مكررا من القانون رقم 129 لسنة 1947 المضافة بالقانون رقم 538 لسنة 1955 عدم الحجز أو اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل فى المرافق العامة أن تتولاها الدولة إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تعهد بإدارتها إلى فرد أو شركة. وسواء كان استغلال الدولة للمرفق العام بنفسها أو عهدت به إلى غيرها فإن مبدأ وجوب اضطراد المرفق وانتظامه يستلزم أن تكون الأدوات والمنشآت والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق بمنجاة من الحجز عليها شأنها فى ذلك شأن الأموال العامة. وهذه القاعدة هى التى تعد من أصول القانون الإدارى قد كشف عنها المشرع فى القانون رقم 538 لسنة 1955 - الذى أضاف المادة 8 مكرر لقانون المرافق

العامة رقم 129 لسنة 1947 لتقضى بأنه "لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة".

(طعن رقم 176 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/1)

2- إدارة المرفق وهذا هو الالتزام الجوهري فى ذمة الملتزم، ومن أجله منح الالتزام. ويلتزم الملتزم فى إدارة المرفق بتنفيذ كافة الشروط الواردة بالعقد، وعادة توجد هذه الشروط بملحق يسمى دفتر الشروط.

وهذه الإدارة تقتضى من الملتزم وجوب مراعاة القواعد الأساسية فى سير المرافق العامة: مراعاة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتسوية فى المعاملة بين جميع المنفعين الذين يوجدون فى نفس الظروف، ومبدأ سير المرافق العامة بالسهر المتواصل على المرفق ليقدم خدماته للمنفعين بانتظام واطراد.

ويجب أن يخضع الملتزم لإشراف وتوجيه جهة الإدارة، وأن ينفذ الأوامر التى توجهها إليه الإدارة أو من يمثلها فى نطاق سلطتها فى التوجيه والإشراف. ولا يعفى المتعاقد من التزاماته إلا بسبب القوة القاهرة وحدها.

وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل فى كل وقت يقضى بتنفيذ ما تجريه الإدارة من تعديلات على شروط العقد اللاتحىة مع المطالبة بالتعويض بعد ذلك إن كان له محل.

وقد سبق أن عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه.

ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن التزاماته أو يحيلها لغيره، كما لا يجوز له تنفيذها عن طريق مقاولين من الباطن إلا بموافقة صريحة وكتابية من جهة الإدارة.

وإذا حدث أن تنازل المتعاقد عن التزاماته أو بعضها فإن هذا التنازل لا يعتد به ويقع لاغيا أو باطلا، كذلك لو تعاقد من الباطن فإن هذا التعاقد يصبح كأن لم يكن فى مواجهة الإدارة ويبقى المتعاقد الأصلى وحده مسئولاً أمامها.

كذلك لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عنه بحجة أن الإدارة قد أخلت بالتزاماتها فى مواجهته، فليس للمتعاقد إذن حق الدفع بعدم التنفيذ، فهذا الدفع المقرر للأفراد فى عقود القانون الخاص، غير جائز فى العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرفق العام الذى يجب أن يسير بانتظام واضطراد. طالما أن هذا

التنفيذ ممكنًا، ثم يطالب فيما بعد جهة الإدارة بالتعويضات عن إخلالها بالتزاماتها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

(أ) - "من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإدارى يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يتمتع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى".

(طعن رقم 767 لسنة 11 اق جلسة 1969/7/5)

(ب) - "ومن حيث إن فسخ العقد الإدارى كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى وينبنى على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز فى العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التى يجب أن تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة فى تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية.... إلخ".

(طعن 1027 لسنة 15 اق جلسة 1978/1/28)

(1) محمد فؤاد عبد الوهاب ص 169 وما بعدها - مصطفى أبو زيد فهمى ص 260 وما بعدها.

(العلاقة بين ملتزم المرفق والعملاء)

228- تكييف العلاقة بين الملتزم والعميل :

استقر القضاء على أن العلاقة بين الملتزم بإدارة مرفق من المرافق الاقتصادية وبين العميل الذى يقدم له خدماته، هى علاقة مدنية، لانتفاء مقومات العقود الإدارية فيها، وبالتالي يختص القضاء العادى بالفصل فيما يثور بشأنها من نزاع.

إذ قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

"يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص. ولما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية - الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية - والمدعى عليه بقصد الاستفادة من خدمات المرفق الاقتصادى الذى تديره الهيئة، دون أن تكون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره، فإنه يخضع للأصل المقرر فى شأن العقود التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية فيها، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقدا مدنيا تختص جهة القضاء العادى بالفصل فيما يثور بشأنه من نزاع".

(طعن رقم 7 لسنة (1) قضائية "تنازع" جلسة 19 يناير سنة 1980)



مادة (669)

ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين.

الشرح

229- حقوق المنتفع قبل الملتزم:

يتعين التفرقة فى حقوق المنتفع قبل الملتزم بإدارة المرفق العام بين حالتين:

الحالة الأولى:

قبل تعاقد المنتفع مع الملتزم:

رأينا سلفاً أن للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلق بإعداد المرفق العام وتشغيله. وهذه السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها أو تركتها، ولكنها حقوق مقررة لمصلحة المنتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم رابطة مباشرة ومن ثم فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام. فإذا منحت السلطة الإدارية التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن خطوط للأتوبيس، وأخل الملتزم بشروط العقد ولم ينشئ كل الخطوط المتفق عليها أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها، وأصاب أحد الأفراد ضرر من جراء ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة، أو امتنعت شركة الغاز أو الكهرباء عن التعاقد مع المنتفع دون حق، فإن له أن يطلب من جهة الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام فإذا أهملت الإدارة فى أداء الواجب، أو سمحت للملتزم بأن يتخذ إجراء لا يتفق وشروط عقد الامتياز، جاز للفرد أن يلجأ إلى محكمة القضاء الإدارى بالطريقة الآتية: يقدم من استوفى شروط الانتفاع إلى الإدارة طلباً للتدخل. فإذا أجابت بالرفض أو امتنعت عن الإجابة مدة ستين يوماً، عد رفضها أو امتناعها قراراً إدارياً مخالفاً للقانون، وحق لمحكمة القضاء الإدارى إلغاؤه. وفى هذه الحالة يتحتم على جهة الإدارة أن تتدخل.

فالمقرر طبقاً للمادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 (المعدل) بشأن مجلس الدولة، أن يكون مرجع طلب إلغاء القرارات الإدارية النهائية عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة.

ويجوز للفرد أيضاً إذا أصابه ضرر من خطأ الملتزم، كأن يكون قد تعطلت له مصلحة جدية نتيجة انعدام المواصلات، أو من عدم توريد الغاز أو الكهرباء، مطالبة الملتزم بالتعويض⁽¹⁾.

الحالة الثانية:

بعد تعاقد المنتفع مع الملتزم:

تنص المادة 669 مدنى على أن:

"ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التى يقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين".

ومن ثم ينشأ للمنتفع الذى يتعامل مع المرفق حق شخصى قبل الملتزم طالما أدى رسم الخدمة المطلوب، وذلك وفقاً لشروط عقد الالتزام الذى أبرمه الملتزم مع جهة الإدارة، أو وفقاً للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويضعها الملتزم، ويقتضيها ما ينظم العمل من قوانين أخرى.

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى الفتوى رقم 403 فى 11/4/1990 (جلسة 21/3/1990) بأن:

"العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التى تسير عليها فإنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون

(1) سليمان الطماوى ص 329.

الخاص وهذه المقومات والخصائص لا تتوافر فى العقود التى تحكم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بها وترتبط على ما تقدم ولما كان الثابت من الاطلاع على العقد المبرم بين هيئة البريد ووزارة السياحة أن الهيئة المذكورة استأجرت بموجب هذا العقد محلا بالسوق السياحي بالأقصر يشتمل على مكتب للبريد وسكن للوكيل وأن هذا العقد لا يتضمن أية شروط استثنائية ومن ثم فإنه يعتبر من عقود القانون الخاص ويخضع لأحكام قانون إيجار الأماكن".

وكانت الفقرة الثانية من المادة 906 من المشروع التمهيدي تنص على أن: "ويكون هذا العقد الإداري (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود، فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقدرها جهة الإدارة"، كما جرت المادة 903 من المشروع التمهيدي على أن: "فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعملائه من إذعان العميل الذى يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقرر هذه الحقوق والالتزامات، وتكون من وضع المقاول نفسه أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول نفسه أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول فى إدارته للمرفق العام".

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، دون أن يذكر سبب الحذف. ويبدو أن الحذف يرجع إلى الرغبة فى تجنب إيراد المذاهب الفقهية فى التشريع⁽¹⁾.

وإذا ثار ثمة نزاع بين الملتزم وبين المنتفع بصدد هذا الانتفاع كان للأخير اللجوء إلى القضاء العادى. كأن يكون المرفق قد قطع عنه خط التليفون، أو أوقف مده بالكهرباء أو المياه أو الغاز.

ويختص القضاء المستعجل بنظر هذه المنازعات إذا توافر فيها شرطا اختصاصه العامان وهما: الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق. ولاشك أن الاستعجال يكون متوافرا إذا قطع المرفق المياه أو الغاز أو الكهرباء عن المنتفع دون وجه حق.



مادة (670)

- 1- إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضى الأجور.
- 2- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام. ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.
- 3- وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة، يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة.

الشرح

230- المقصود بالمساواة بين العملاء:

تنص الفقرة الأولى من المادة (670) مدنى على أن: "إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضى الأجور".

فإذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا، وذلك بأن يكون وحده هو الذى يدبر المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام، أو كان محتكرا له احتكارا فعليا، بأن لم ينص فى عقد الالتزام على أن يقوم بإدارة المرفق بمفرده، ولكن تعهدت له السلطة الإدارية بألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه كالتراخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك، فإن الملتزم فى هذه الحالة يلتزم بالتسوية التامة بين العملاء، سواء فى تقديم الخدمات أو فى تقاضى الأجور، لأنه بهذا التمييز يخل بالمنافسة الحرة، إذ هو يمنح شخصا ميزة فى استعماله المرفق العام لا تتاح لغيره من المنافسين له فى تجارته أو فى صناعته، ومن ثم فإن ذلك يلحق الضرر بهؤلاء المنافسين مما يستوجب التعويض.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصري أن قرره بصفة قاطعة، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه في بعض أحكامها (25 مايو سنة 1899 ب 11 ص 249- 26 يونيو سنة 1918 ب 30 ص 499) فقد حكمت مثلاً بأنه "لا يجوز للشركة التي تتولى مرفقا عاما أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور أو أن تنتهى اشتراكات قائمة إلا بناء على أسباب جدية".

كذلك قررت أنه "على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء أن يؤدي خدماته لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء....".

على أن المبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية الهامة، وربما كان من أولى مظاهر تدخل السلطات في تنظيم المرافق العامة، وانتقال هذه المرافق من طور التنظيم الحر إلى تنظيم تشرف عليه السلطة العامة فتتولى على الأخص وضع قوائم الأسعار، وتراعى فيها المساواة التامة بين العملاء، سواء في الخدمات أو في تقاضى الأجور.

وقد طبق هذا المبدأ أولاً في شركات السكك الحديدية. فقد كانت هذه الشركات في الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها مما أدى إلى إصدار قانون 4 فبراير سنة 1987 الذى أنشأ مجلساً كان من أولى واجباته القضاء على هذه المفارقات. وفى سنة 1906 منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أى تمييز في المعاملة، على أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء. وعلى هذا النمط أنشئت في ولايات الاتحاد الأمريكى مجالس تتولى الإشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار تحت إشراف السلطة القضائية. كذلك أنشأ قانون 21 يولييه سنة 1873 فى إنجلترا مجلساً للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التى تمنحها الشركات لبعض العملاء. كما أنه فى فرنسا يعتبر القضاء الفرنسى هذا المبدأ من المبادئ الأساسية، فلا يجيز لملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة. وكثيراً ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة فى فرنسا، وحكم القضاء بالتعويض فى حالة الإخلال بالمبدأ (جوسران josserand، عقد النقل الطبعة الثانية 1926، ن 180 و 225)، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء فى كثير من أحكامها (19 يونيو سنة 1805 دالوز 1850- 1- 197 و 7 يولييه سنة 1852 دالوز 1852-1- 204 و 31 ديسمبر سنة 1866 دالوز 1867-1- 156 و 21 أبريل سنة 1868 دالوز 1868-1- 222 و 18 يناير سنة 1870

دالوز 1870-1-267 و3 فبراير سنة 1870 دالوز 1871-1-269). ولم تعتد الأحكام المختلفة كثيرا بالصعوبة القائمة من حيث تقدير الضرر الواقع فى هذه الحالة، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت فى الضرر (استئناف باريس 13 أبريل 1867 دالوز 1869-1-371).

على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكك الحديدية، بل امتد إلى كل التزامات المرافق العامة، وأصبح مقررا أن من واجب الملتزم، كما من واجب السلطة التى تمنح الامتياز، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء⁽¹⁾.

ومبدأ المساواة هذا الذى يحكم سير المرافق العامة، نصت عليه المادة 40 من دستور سنة 1971، كما أوضحنا سلفا.

231- استثناءات من مبدأ المساواة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 670 مدنى على أن:

"ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام. ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين".

فلا يخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوى على تخفيض فى الأجور أو إعفاء منها، بشرط ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص بذواتها، بل لطائفة معينة أو مجموعة من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة، على أن ينتفع بهذه المعاملة كل من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه الشروط التى يعينها الملتزم بوجه عام، أى من بين المنتفعين بالمرفق، كأن تمنح هيئة السكك الحديدية أو إحدى شركات الأومينيوس اشتراكات مخفضة للعاملين بالدولة أو للطلبة، أو تجرى تخفيضا للعاملين بها إذا توافرت فيهم شروط معينة.

جزاء مخالفة الملتزم للالتزامات الواقعة عليه:

232- (أ) جزاء مدنى:

إذا خالف الملتزم الالتزامات الواقعة على عاتقه وأوردناها فيما سلف، فإنه يجوز

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 78 وما بعدها.

للمنتفع ما يأتي:

(1) طلب التنفيذ العيني:

فإذا كان المنتفع متعاقدا على الخدمة مع مرافق التليفونات عموماً، أو الكهرباء أو الغاز مثلاً، وقطع عنه المرفق هذه الخدمات، كان له أن يطالب المرفق بإعادة توصيل الخط التليفوني أو الكهرباء أو الغاز وفقاً لنظام المرفق وما يقضى به العقد المبرم بينهما.

ويجوز للمنتفع أن يلجأ إلى القضاء المستعجل إذا توافر في دعواه شرطاً اختصاص القضاء المستعجل العامان، وهما: الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق. ولاشك في أن قطع المرافق المشار إليها خدماتها عن المنتفع ما يتوافر به ركن الاستعجال.

وإذا أخل المرفق بمبدأ المساواة بين المنتفعين بالمرفق، جاز له مطالبة المرفق بالكف عن هذا الإخلال وإعادة مساواته بعملائه.

وإذا تقاضى منه الملتزم أجراً للخدمة يزيد على الأجر المحدد جاز له طلب إنقاص الأجر واسترداد ما دفع زائداً على الأجر المقرر.

ويجوز للمنتفع في سبيل الوصول إلى التنفيذ العيني الالتجاء إلى طريقة التهديد المالي.

ويجوز في كافة الأحوال للعميل أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره، وإنما يكون له الحق في مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذي يراه.

(2) طلب التعويض:

يجوز للمنتفع فضلاً عن التنفيذ العيني - على النحو الذي أوضحناه سلفاً - أن يطالب الملتزم بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلاله بالتزاماته قبله، كما في حالة قطع الخط التليفوني أو التيار الكهربائي أو الغاز. كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (670) صراحة على حق المنتفع في المطالبة بتعويض عما يصيبه من ضرر نتيجة أي تمييز يقوم به الملتزم يترتب عليه إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.

إن جرت هذه الفقرة على أن:

"وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة. يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة".

(3) طلب فسخ العقد:

لئن كانت الخدمات التى يقدمها المرفق العام للمنتفعين هى خدمات ضرورية لهم، كمدهم بالكهرباء أو المياه أو الغاز أو الخط التليفونى، مما لا يكون للمنتفع عنها غناء. إلا أن للمنتفع - إذا شاء - أن يطلب فسخ العقد لإخلال الملتزم بالتزاماته سالف الذكر. وطبقا للقواعد العامة، يخضع الفسخ لتقدير القاضى، فيجوز للقاضى ألا يقضى به.

233- (ب) - جزاء إدارى:

إذا صدر من السلطة الإدارية قرار إدارى مخالف للقانون بتنظيم المرفق، سواء كان هذا القرار إيجابيا أو سلبيا، كان لكل ذى مصلحة - ولو كانت مصلحة أدبية - ولو لم يكن له حق ذاتى أن يطعن فى القرار بطريق دعوى الإلغاء أمام محكمة القضاء الإدارى، وذلك طبقا للشروط والإجراءات التى ترفع بها هذه الدعوى.

فإذا صدر قرار من السلطة الإدارية يخول الملتزم أن يجاوز صافى أرباحه عشرة فى المائة من رأس المال، بالمخالفة للمادة الثالثة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، كان هذا القرار باطلا.

وتتمثل مصلحة العميل فى الطعن فيه فى أن ما زاد من صافى أرباح الملتزم على الحد القانونى ينقص مما سيخصص فى تحسين المرفق العام أو فى خفض الأسعار، وكلما تحسن المرفق وانخفضت أسعاره، فإنه يعود بالنفع على كافة المنتفعين⁽¹⁾.

وإذا لم تعد السلطة الإدارية النظر فى قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمنية تنتظر فى تعديلها لمصلحة المنتفعين عملا بالمادة الثانية من القانون رقم 129 لسنة 1947، وذلك بناء على طلب من العميل، فإن امتناعها يكون قرارا إداريا سلبيا، ويجوز للعميل أن يطعن فى هذا القرار السلبى بالإلغاء. وكذا إذا ألغى المرفق خطأ من خطوط المواصلات، كان للمنتفع أن يطلب من الجهة الإدارية التدخل لإعادة الخط، فإذا رفضت

أو لم تجب على طلبه، كان له الطعن فى القرار الإيجابى (الأول) أو القرار السلبى (الثانى) بدعوى الإلغاء.

234- من يجوز له حق التقاضى ؟

كانت المادة (913) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على أن:

"1- ليس للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية.

2- ولا يجوز له باسم جمهور العملاء، أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة -" وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة (27 مايو سنة 1923 جازيت 12 ص 185 ن 318) وأيدتها محكمة الاستئناف المختلطة (25 يناير سنة 1923 جازيت 13 ص 295 ن 332)، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الاسكندرية وأحد عملائها. وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة، فليس له أن يطالبها إلا بما يمس حقوقه هو شخصيا بمقتضى العقد المبرم بينهما".

وقد تليت المادة فى لجنة المراجعة واقرحت اللجنة بعض تعديلات لفظية وجعلت فقرة واحدة وأصبح رقمها فى المشروع النهائى 704، وقد حذفت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب العبارة الأخيرة من المادة وهى: "ولا يجوز له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى يدافع فيها عن مصالحهم المشتركة"، وسبب الحذف أن العبارة التى حذفتها اللجنة "ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة فلا حاجة للنص على الحكم الوارد فيها" وقد وافقت لجنة القانون المدنى على هذا الحذف أيضا "اكفاء بالقواعد العامة التى لا تحتم النيابة فى التقاضى مع ملاحظة أنه يراد بالحذف عكس هذا الحكم" (1).

وعلى ذلك يجب لرفع الدعوى من العميل أمام المحاكم المدنية أن تكون له صفة فى التقاضى، بأن يكون له حق ذاتى سواء كان هذا الحق ناشئا عن العقد المبرم بين السلطة الإدارية والملتزم أو العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من القوانين التى تنظم المرافق العامة.

أما طلب الإلغاء الذى يرفع أمام القضاء الإدارى فيكفى فيه توافر المصلحة الجديدة لدى المنتفع، حتى لو كانت مصلحة أدبية.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 81 الهامش وما بعدها.

ولكن لا يجوز للعميل أن يرفع دعواه أمام القضاء العادى أو طعنه أمام القضاء الإدارى للدفاع عن المصالح المشتركة للمنتفعين وهذا لا يمنع من أن تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حى معين أو طائفة معينة من الناس، وتكون لها الشخصية المعنوية. فتقاضى باسم الجماعة التى تمثلها وتكون لها صفة فى التقاضى⁽¹⁾.



(1) السنهورى ص 408.

مادة (671)

1- يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها.

2- ويجوز إعادة النظر فى القوائم وتعديلها، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانه. وما يكون جاريا وقت التعديل من اشتراكات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور وذلك فيمابقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة.

الشرح

235- مصدر القوة الإلزامية للأسعار التى يتقاضاها الملتزم:

مصدر القوة الإلزامية للأسعار التى يتقاضاها الملتزم ليس هو عقد الالتزام المبرم بين جهة الإدارة والملتزم أو العقد المبرم بين الملتزم والعميل، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها، سواء كانت السلطة الإدارية هى التى وضعت الأسعار ابتداء، أو أن الملتزم هو الذى اقترح هذه الأسعار ووافقت عليها السلطة الإدارية، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى الموافقة عليها.

ومن ثم لا يجوز للملتزم أن يعدل فى قائمة الأسعار دون موافقة جهة الإدارة، إذ لابد من أن تراقب هذه الجهة التعديل الحاصل وتتبين مدى تمشييه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه، لأنه من جهة لايجوز أن يترك للملتزم وحده تقدير ذلك، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل⁽¹⁾.

(1) وكانت هناك مادة فى المشروع التمهيدى برقم (907) تنص على أنه: "1- مهما يكن نصيب الملتزم فى تحديد الأسعار التى يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام، أوفى اقتراحها، أو فى مناقشتها، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صدقت عليها.

= 2- وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها - " وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"يقرر هذا النص ما جرى عليه القضاء والفقه فى فرنسا من أن مصدر الالتزام فى قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صادقت عليها. وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى فى مسألة أثيرت أمام القضاء المصرى بمناسبة نزاع بين شركة مياه الاسكندرية وأحد عملائها هل يجوز لملتزم المرفق العام، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام، أن يدخل على الأسعار تعديلا يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر فى هذه المسألة بين محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة.

فقررت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ 16 يونية سنة 1923 (جازيت 13 ص 196 ن 333) أنه لا يجوز للشركة أن تعدل فى قائمة الأسعار دون تدخل البلدية، إذ لا بد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتتبين مدى تشبهه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه، لأنه من جهة لا يجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل. على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء إذا ما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع.

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قررت بحكمها الصادر فى أول أبريل 1924 (جازيت 14 ص 217 ن 339) أنه لا يلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل. إنما على أى حال تلتزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام وعلاقاتها مع العملاء حتى تستطيع أن تستعمل جديا حقها فى الرقابة وحماية المصلحة العامة.

والمشروع يقر ضمنا رأى محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة، ولا يأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة، لأنه من المقرر الآن أن العقود التى تعقدتها السلطات العامة لتتنظيم المرافق العامة تختلف حتما من بعض النواحي عن العقود التى يعقدها الأفراد فيما بينهم، وأن هناك بعض مبادئ أساسية تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعى للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة - نفسها كثيرا ما رددت هذا المبدأ فى أحكامها 6 يونية سنة 1929 ب 41 ص 449 - 10 يناير سنة 1933 ب 45 ص 113 - 11 مايو سنة 1933 جازيت 24 ص 31 ن 25). ومن بين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحترام الواجب للأسعار التى يؤديها عملاء المرفق العام، مهما كان تدخل الملتزم فى تحديدها أو مناقشتها، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها. وهو مبدأ مقرر فى فرنسا (جيز Géze)=

وقد جعل النص للأسعار التى تقررها جهة الإدارة "قوة القانون".
 وحظر الاتفاق بين الملتزم والمنتهين بالمرفق على تعديل هذه الأسعار .
 ومعنى ذلك أن هذه الأسعار تلزم الملتزم والمنتهين على السواء، سواء المنتهين
 الموجودين وقت إبرام عقد الالتزام أو من سيتواجد منهم فى المستقبل، فلا يجوز الاتفاق
 على زيادة هذه الأسعار أو تخفيضها.



= النظرية العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، الجزء الثانى، ص556- جوسران josserand:
 عقد النقل، ن123 وما بعدها، 235 وما بعدها) وقد طبقه مجلس الدولة مرارا (27 ديسمبر سنة
 1905 شركة ترام بوردو. مجموعة أحكام مجلس الدولة ص 997) وكانت محكمة النقض
 الفرنسية (28 ديسمبر سنة 1896 سبرى 1897 - 1 - 190) كما أنه مقرر أيضا منذ الربع
 الأخير من القرن الماضى فى كل من التقنين الإنجليزى والأمريكى (أنظر جوسران عقد النقل
 ن 117 - 121).

فالمشروع إذن، بإيراده لهذا النص الذى يحرم ملتزم المرفق العام من أن يعدل بإرادته وحدها فى
 قائمة الأسعار، إنما يقدر ما هو معمول به لا فى التقنين الأوروبى فحسب، بل أيضا فى التقنين
 العالمى ". وقد وافق مجلس النواب على المادة، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ
 قررت حذفها "اكْتفاء بالقواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص78 الهامش وما
 بعدها).

مادة (672)

1- كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح.

2- فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة. ويكون باطلاً كل اتفاق، يخالف ذلك، ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجر التى لا تتفق مع الأسعار المقررة.

الشرح

وجعل النص لهذه الأسعار قوة القانون، ومن ثم فإن هذه الأسعار تكون ملزمة للملتزم، سواء فى مواجهة جهة الإدارة التى أبرمت العقد، أو بالنسبة للعميل الذى ينتفع بخدمات المرفق. فتعريفه الأسعار إنما تدخل ضمن الجزء اللائحى فى عقد الالتزام.

236- جزاء الاتفاق على أسعار تخالف الأسعار المحددة:

إذا اتفق بين الملتزم والعميل على زيادة الأسعار، أو حصل غلط فى السعر المحدد ضد مصلحة العميل، كان للعميل الحق فى استرداد ما يزيد على السعر المحدد، ولا يعتد بالاتفاق الذى تم على خلاف ذلك.

وإذا كان الاتفاق على سعر أقل أو حصل الغلط فى السعر ضد مصلحة الملتزم، كان للأخير استرداد الباقى له من السعر، دون الاعتداد بما يكون قد تم من اتفاق على خلاف ذلك.

وقد نص المشرع صراحة على بطلان الاتفاق المخالف سواء لمصلحة المنتفع أو لمصلحة العميل.

وقد وضع المشرع تقادماً خاصاً لاسترداد الزيادة فى السعر التى دفعها العميل، وتكملة النقص فى السعر المستحق للملتزم، وهو سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التى لا تتفق مع الأسعار المقررة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة 672 من القانون المدنى على أن: "كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة. ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة". ومفاد هذا النص أنه لا يطبق إلا على العلاقة بين الملتزم والمنفعة وأن حكم التقادم المنصوص عليه فى المادة المذكورة استثناء من القواعد العامة فى التقادم لا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق حكم المادة 672 من القانون المدنى على العلاقة بين المنفعة بالتيار الكهربائى والمجلس البلدى - وهو لا يعد ملتزماً - يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 293 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

237- إعادة النظر فى الأسعار المقررة:

تنص المادة الثانية من القانون رقم 129 لسنة 1954 بالتزامات المرافق العامة على أن:

"يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام - والحكمة من منح السلطة الإدارية إعادة النظر فى قوائم الأسعار - على ما كشفت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أنه إذا كان الالتزام عقد لمدة طويلة، فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير، وهذه القوائم هى التى تحدد جزاء الملتزم، وهى عبارة عن إتاوات يأذن مانح الالتزام للملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرفق العام. ومن الجائز بعد مضى وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة، إما لأنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلاً يبهظ المنتفعين بالمرفق العام. وحرصاً على تلافى هذا التناثر وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالباً من منازعات رؤى فى المادة الثانية تقرير مبدأ إعادة النظر الدورى فى الأسعار كقاعدة عامة. وترك ضوابط تطبيقها التى تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى

وثائق تلك الالتزامات. وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلى بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة فى وقت معين. ويكون ذلك التناسب تارة فى مصلحة الملتزم حين تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار، وتارة فى مصلحة المنتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها.

وواضح أن الحق فى تعديل الأسعار مقرر للسلطة الإدارية فقط، فلا يستطيع الملتزم إجبار السلطة الإدارية على رفع الأسعار، ولا يقدح فى ذلك أن من حق الملتزم طلب المحافظة على التوازن المالى للعقد، لأن الإدارة تستطيع تسوية التوازن المالى عن أى طريق آخر كالإعانات مثلا. فهى تتمتع فى هذا الشأن بسلطة تقديرية⁽¹⁾.

238- مبدأ سريان التعديل فى الأسعار:

يسرى التعديل فى الأسعار الذى قرره السلطة الإدارية، سواء بالزيادة أو بالنقص من التاريخ الذى حدده القرار الصادر منها. فالتعديل يسرى بأثر مباشر، ولكن ليس له أثر رجعى.

فيسرى على المنتفعين الذين يتعاقدون على الخدمة مع المرفق بعد تاريخ نفاذ التعديل. أو يسرى على المتعاقدين مع المرفق قبل نفاذ التعديل إذا كان الاتفاق ساريا فى تاريخ نفاذه، وذلك بالنسبة إلى المدة الباقية من الاتفاق، أما بالنسبة للمدة الماضية فتحكمها الأسعار القديمة، فلا يجوز للمنتفع المطالبة باسترداد الزيادة. ومثل ذلك اشتراكات السفر بالسكك الحديدية وسيارات النقل العام، إذ يصرف الاشتراك لمدة معينة.

239- واجب الملتزم نحو استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور:

كانت المادة 912 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على أنه: "على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وماشابه ذلك أن يكفل الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق ويكون مرتبطا بذلك، ليس إزاء الجهة التى منحتة الالتزام وحدها، بل إزاء كل شخص أبرم معه عقدا فرديا" وقد وافق مجلس النواب على هذه المادة بعد تعديل لفظى أدخلته عليها لجنة المراجعة، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت المادة - وكما يبين من

(1) مصطفى أبو زيد فهمى ص 267.

مناقشات اللجنة -حذفت المادة اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإداري⁽¹⁾.

وحكم هذه المادة المحذوفة يتفق والقواعد العامة، ومبادئ القانون الإداري. فقد رأينا أن الملتزم يلتزم بإدارة المرفق العام، ويكفل له الاستمرار والانتظام والقابلية لمسايرة التطور.

فالحاجة الجماعية التي ينشأ المرفق لإشباعها بشكل كاف لا تعتبر أنها أشبعت وأن المرفق العام قد حقق الغرض من وجوده إلا إذا تم هذا الإشباع بصفة دائمة، فإذا كان المرفق العام هو تسيير سيارات أو ترام أو سكك حديدية، تعين استمرار المرفق فى أداء خدماته للمنتفعين.

ويجب أن يسير المرفق بانتظام، فتكون الخدمة التي يقدمها المرفق منتظمة دون توقف، ففي المثال السابق لا يجوز تعطيل سير خطوط المواصلات، أو تأخير سير القطارات أو السيارات عن مواعيدها.

ومادامت هذه المرافق تهدف إلى إشباع حاجة جماعية فيجب أن تتطور بتطور الطرق والوسائل والأساليب التي يتم بها إشباع هذه الحاجة الجماعية، ويكون لجهة الإدارة التدخل لتفرض على المرفق التعديلات الجوهرية التي يقتضيها تحقيق مصلحة الجمهور باتباع الوسائل المتطورة.

فيجوز للسلطة الإدارية أن تفرض على الملتزم زيادة عدد قطاراته أو سياراته إذا زاد عدد السكان فى منطقة ما، أو يزيدها فى فصل معين كفصل الصيف.

وإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن. وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء. جاز للإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء. مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة.



مادة (673)

- 1- على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك، أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق.
- 2- ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى.

الشرح

240- مرافق توزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك :

تعفى الفقرة الأولى من المادة الملتزم فى المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك من المسئولية، عما يحدث من أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كذلك التى تستلزمها صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق.

أما إذا كان العطل أو الخلل الذى يحدث من أدوات المرفق، يجاوز المألوف، فإن معنى ذلك أن الملتزم قد أخل بالتزاماته تجاه السلطة الإدارية والمنفعين، وبالتالي يتحمل المسئولية الناشئة عن ذلك، ويجوز للمنفع مطالبته بالتعويض عما يصيبه من ضرر نتيجة لهذا العطل أو الخلل.

والفقرة الثانية من المادة تنص على أن مسئولية الملتزم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته، لا تندفع إلا إذا أثبت أن ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هذه الإدارة

دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجها. والقوة القاهرة هى الحادث الذى لا يمكن توقعه أو دفعه، وليس للملتزم دخل فى حدوثه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب الملتزم فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور. فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى. ومثل ذلك تخريب أجهزة المرفق نتيجة لغارة جوية أو زلزال أو صاعقة.

والفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائى، أن الحادث الفجائى يأتى من داخل المرفق ذاته أو من مخاطره الطبيعية ك انفجار الآلات أو تعطيلها⁽¹⁾. ذلك أنه يشترك مع القوة القاهرة فى أنه لا يمكن توقعه أو دفعه.

واعتبر النص الإضراب حادثا مفاجئا إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه، ذلك أنه إذا كان الإضراب نتيجة خطأ من الملتزم، كما لو ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تعسف فى فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك، فإن الإضراب لا يكون حادثا مفاجئا يدفع مسؤوليته.

وكذلك يجب أن يثبت الملتزم أنه كان لا يستطيع أن يدرأ نتائج الإضراب، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالا آخرين يستمرون فى إدارة المرفق أو كان يستطيع إدارة المرفق بآلات فى متناوله تغنيه عن العمال المضربين، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بيقظته وحزمه فى معالجة الموقف، أو كان يستطيع تلافى نتيجة الإضراب بأى وسيلة أخرى، كان مسئولا بمقدار ما كان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل⁽²⁾. وتعتبر هذه المسؤولية من النظام العام.

فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها. وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا.

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثانى 2002/2003

ص 712 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 395.

العقد الطبى

العقد الطبى صورة من الصور المتعددة لعقد المقاولة، ومحل هذا العقد هو الأعمال الطبية، ومن ثم نعرض فى البداية لتعريف المقصود بالأعمال الطبية. ثم نتناول الأحكام التفصيلية لهذا العقد.

241- المقصود بالأعمال الطبية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 (المعدل) فى شأن مزاوله مهنة الطب على أنه:

"لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التى تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبى المعملى بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا... إلخ".

وهذا يعنى أن المادة لم تحدد الأعمال الطبية على سبيل الحصر، ويدل على ذلك عبارة "وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت" التى وردت بالمادة بعد ذكر الأمثلة السابقة. فكل عمل لازم لعلاج المريض أو تحسين صحته وشفائه يعتبر عملا من الأعمال الطبية وعلى أية حال فهذه مسألة تتصل اتصالا وثيقا بتقديم العلوم الطبية وإمكانياتها، وهو تقدم يتصل بكافة مجالات الأعمال الطبية، وهى تشمل الوقاية والمشورة والتشخيص والعلاج.

وببين من نصوص لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى التى اعتمدتها الجمعية العمومية السنوية العادية لنقابة الأطباء فى 13/4/1973 والصادرة بقرار وزير الصحة رقم 234 لسنة 1974 أنها لم تعرف العمل الطبى، غير أنها نصت فى مادتها الثامنة على أن: "لا يجوز للطبيب أن يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلان عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت فى المجالات العلمية كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أى كشف علمى"، ويستفاد من هذا النص أن مفهوم العمل الطبى لدى نقابة الأطباء يشمل التشخيص والعلاج دون أن يقدم مفهوما محددا للعمل الطبى، غير أن هذا النص يمكن أن يضع التجارب الطبية ضمن الأعمال الطبية، والتجارب الطبية تعد عملا

من الأعمال الطبية، لأنها تجارب علمية مشروعة، غير أنه لا يجوز للطبيب أن يعلن عنها بأى وسيلة من وسائل الإعلان قبل ثبوت صلاحيتها ونشرها فى المجالات العلمية. وسنرى أن المادة (60) من الدستور المعدل سنة 2014 تحظر إجراء التجارب الطبية أو العلمية على أى إنسان بغير رضاه الحر الموثق ووفقا للأسس المستقرة فى العلوم الطبية، على النحو الذى ينظمه القانون⁽¹⁾.

وقد عرف البعض الأعمال الطبية بأنها مجموعة المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج أو تخفيف الأمراض أو منعها وباستعادة الصحة وحفظها فى الجنس البشرى⁽²⁾.

وعرف البعض العمل الطبى بأنه ذلك النشاط الذى يتفق وظروف مباشرته مع القواعد المقررة فى علم الطب، ويتجه فى ذاته، أى وفق المجرى العادى للأمور إلى شفاء المريض، والأصل فى العمل الطبى أن يكون علاجيا أى يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض⁽³⁾.

كما عرفه البعض بأنه: ذلك العمل الذى يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض وذلك طبقا للأصول والمعارف الطبية المقررة فى علم الطب، والأصل فى العمل الطبى أن يكون علاجيا، أى يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه، وهو يعتبر فنا علميا أكثر من كونه علما بحتا لأنه يتقدم ويتطور بتقدم العلم، كما أن الظواهر العضوية التى يهتم بها تتميز بالصعوبة والتعقيد⁽⁴⁾.

وهذه التعريفات جميعا تشمل العمل الطبى فى معظم جوانبه، وبما يتفق مع الأصول العلمية المستقرة فى علم الطب.

242- الأفعال التى يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية :

(1) الدكتور علاء الدين خميس العبيدو المسؤولية الطبية عن فعل الغير سنة 1997 ص 11 وما بعدها.

(2) الدكتور فائق الجوهري المسؤولية الطبية فى قانون العقوبات 1951 ص 121.

(3) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة سنة 1977 ص 182.

(4) الدكتور حسام الأهوانى المشاكل القانونية التى تنثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة 1975 ص 235.

حق مباشرة الأعمال الطبية يبيح كل نشاط يعد عملا طبيا - بالمعنى الذى أورده سلفا - وبعض هذه الأعمال تكون فى الأصل من قبيل إعطاء المواد الضارة، أو إحداث جرح. فإعطاء الدواء هو إدخال مادة غريبة فى الجسم وقد تقضى فى النهاية إلى الضرر، وإجراء العملية الجراحية هو إحداث لجرح فى الجسم. وهذا الحق يبيح كل نشاط يرتبط بالأعمال الطبية كحيازة المواد المخدرة والإجهاض، وكذلك يبيح جميع الأفعال الضرورية أو الملائمة لاستعماله. وتحديد هذه الأفعال يرتبط بالنظريات الطبية السائدة فى وقت معين، ومن ثم كانت محاولة حصرها غير مجدية⁽¹⁾.

ولا يكون عمل الطبيب أو الجراح مشروعاً إلا إذا كان مقصوداً به علاج مريض، فعلاج المريض هو الغرض الذى يقوم عليه حق الأطباء فى التطبيب والجراحة واستهدافه يوفر شرط حسن النية، وعلى ذلك لا يكون الطبيب مستعملاً حقه إذا وجهه فنه إلى غير الغرض المذكور ولو كان برضاء المجنى عليه أو بإلحاحه⁽²⁾.

243- أساس مشروعية العمل الطبى :

ذهب رأى إلى أن العمل الطبى لا يستمد مشروعيته من الترخيص الذى يشترطه القانون لمزاولة مهنة الطب. وإنما مشروعية العمل الطبى تستمد من الإجازة العلمية التى على أساسها يمنح الطبيب الترخيص بمزاولة المهنة⁽³⁾. وقد أخذ بهذا رأى قضاء محكمة النقض.

إذ قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "الطبيب الجراح لا يعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً لأن قانون مهنته - اعتماداً على شهادته الدراسية - قد رخص له فى إجراء العمليات بأجسام المرضى، وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسئوليته الجنائية عن فعل الجرح".

(1) محمود نجيب حسنى ص 1982.

(2) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة 1955 ص 98.

(3) علاء الدين خميس ص 28- الدكتور محمد زكى أبو عامر وزير مجلس الشعب والشورى وعميد كلية حقوق الإسكندرية سابقاً فى محاضرة عن "المسئولية الجنائية للطبيب" ألقى بنادى القضاة بطنطا يوم الأحد الموافق 1996/3/24.

(طعن رقم 2387 لسنة 2ق جلسة 1932/10/24)

2- "... على أنه إذا كانت الرخصة القانونية لا تأثير لها فى قيام القصد الجنائى بل ولا فى وقوع الجريمة، فإنها باعتبارها من أسباب الإباحة المنصوص عليها فى القانون ترفع عن المرخص لهم المسئولية المترتبة على الجريمة التى وقعت".

(طعن رقم 1652 لسنة 9ق جلسة 1939/10/23)

3- "الأصل أن أى مساس بجسم المجنى عليه يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاوله مهنة الطب، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقاً للقواعد والأوضاع التى نظمها القوانين واللوائح - وهذه الإجازة هى أساس الترخيص الذى تتطلب القوانين الخاصة بالمهن الحصول عليه قبل مزاولتها فعلاً، وينبنى على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون - أن من لا يملك حق مزاوله مهنة الطب يسأل عما يحدثه الغير من الجروح وما إليها باعتباره معتدياً - أى على أساس العمد، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية، ومن ثم يكون سديداً فى القانون ما قرره الحكم من أنه لا تغنى شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلى بعملية الحقن عن الترخيص بمزاوله مهنة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجنى عليه جرحاً عمدياً مادام أنه كان فى مقدوره أن يمتنع عن حقن المجنى عليه مما تنتفى به حالة الضرورة".

(طعن رقم 1261 لسنة 30ق جلسة 1960/12/13)

بينما ذهب رأى آخر إلى أن أساس مشروعية العمل الطبى هو الترخيص للطبيب بمزاوله المهنة. وعلة ذلك أن الشارع لا يثق فى غير من رخص لهم بالعلاج، إذ هم - فى تقديره - الذين يستطيعون القيام بعمل طبى يطابق الأصول العلمية ويتجه فى ذاته إلى شفاء المريض⁽¹⁾.

وفى تقديرنا أنه يجب الأخذ بالرأى الثانى، خاصة أنه يساند هذا الرأى أنه بالرغم من أن طبيب الامتياز حاصل على الإجازة العلمية إلا أن المادة الثانية من القانون رقم 415 لسنة 1954 (المعدل بالقانون رقم 46 لسنة 1965) لا تعطيه الحق فى الحصول على

(1) الدكتور حمدى رجب عطية مقال عن "المسئولية الجنائية للطبيب" مجلة مصر المعاصرة السنة

93 العدد 465 - 466 يناير / أبريل 2002 ص 399 - محمود نجيب حسنى ص 185 - فائق

الجوهري ص 118.

ترخيص بمزاولة مهنة الطب.

والترخيص للطبيب بمزاولة مهنة الطب لا يكفى وحده لممارسة العمل الطبى، وإنما يشترط لذلك - كما سنرى - رضا المريض، فهو شرط من شروط إباحة العمل الطبى للطبيب.

كما أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العملية المقررة، فإذا فرط فى اتباع الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله".

(طعن رقم 1920 لسنة 37 ق جلسة 1968/1/8)

2- "من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة. فإذا فرط فى اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله وأياً كانت درجة جسامه الخطأ".

(طعن رقم 2152 لسنة 53 ق جلسة 1984/1/11)

244- الشروط اللازمة لمزاولة مهنة الطب :

ينظم مزاولة مهنة الطب فى مصر القانون رقم 415 لسنة 1954 المعدل بالقانونين رقمى 491 لسنة 1955، 29 لسنة 1965.

ويشترط هذا القانون فى الشخص لمزاولة مهنة الطب توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون مصرياً. أو يكون من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب. واشتراط النص الجنسية المصرية فيمن يمارس مهنة الطب بغيره خطورة العمل الطبى، إذ هو يعنى المساس بحسم الإنسان فضلاً عن أنه يسمح للطبيب بالوقوف على أسرار الحياة الخاصة.

وبيعل استثناء الأجانب، أن البلاد قد تحتاج إلى بعض التخصصات النادرة التى يمارسها الأجانب.

2- أن يكون حاصلًا على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات

المصرية. أو حصلا على درجة أو دبلوم أجنبي معادل لدرجة البكالوريوس التى تمنحها جامعات جمهورية مصر العربية، وأمضى بعد حصوله على هذا المؤهل تدريباً لمدة سنة معادلاً للتدريب الإلجبارى وبشرط أن يجتاز الامتحان المنصوص عليه فى المادة الثالثة من القانون.

ويصدر بهذه المعادلات قرار من لجنة مكونة من أربعة من الأطباء البشريين يعينهم وزير الصحة على أن يكون اثنان منهم على الأقل من عمداء كليات الطب. وقد أحاط الشارع الاستثناء الخاص بالأطباء الحاصلين على دبلومات أجنبية بعدة ضمانات نظراً لتعدد كليات الطب فى الخارج واختلاف قيمتها العلمية، ومنعاً لما حدث فى بعض الأحوال من استعمال الدبلومات المزورة أو الدبلومات الصحيحة التى تخص أشخاصاً غير أصحابها.

ولإيجاد ضمان كاف ضد عدم كفاية بعض حملة هذه الدبلومات الذين لا يحضرون إلى مصر عادة إلا بعد أن يكونوا قد قضوا عدة سنوات من تاريخ حصولهم على دبلوماتهم بدون ممارسة مهنتهم فى أثناء ذلك⁽¹⁾.

وأجازت المادة الرابعة من القانون لوزير الصحة أن يعفى من أداء الامتحان الأطباء من أبناء جمهورية مصر العربية الحاصلين على درجة أو دبلوم من إحدى الجامعات الأجنبية المعترف بها من حكومة جمهورية مصر العربية معادلة لدرجة بكالوريوس الطب والجراحة التى تمنحها جامعات جمهورية مصر إذا كانوا حاصلين على شهادة الدراسة الثانوية أو ما يعادلها وكانوا خلال مدة دراستهم الطبية حسنى السير والسلوك ومواظبين على تلقى دروسهم العلمية طبقاً لبرامج المعاهد التى تخرجوا فيها.

ويشترط أن يؤدى هؤلاء الأطباء التدريب الإلجبارى إذا لم يكونوا قد أدوا ما يعادلها فى الخارج.

3- أن يقيد بسجل الأطباء بوزارة الصحة وبجدول نقابة الأطباء البشريين. وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد (م1).

وقد أوردت المادة التاسعة من القانون استثناء من شرط الجنسية والقيود بسجل الأطباء بوزارة الصحة وبجدول نقابة الأطباء البشريين، فأجازت لوزير الصحة عند حدوث الأوبئة فى أحوال الأخطار العامة أن يسمح بصفة استثنائية وللمدة التى تتطلبها

(1) فائق الجوهري ص 126.

مكافحة هذه الأوبئة والأخطار لأطباء لا تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى بالقيام بالأعمال الطبية التي يؤذن لهم بمباشرتها.

كما أجازت له بعد أخذ رأى نقابة الأطباء البشريين أن يرخص لطبيب أخصائي في مزاوله مهنة الطب في جهة معينة بمصر لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر غير قابلة للتجديد وفقا للشروط المبينة في هذا الترخيص.

وأجازت له بعد أخذ رأى مجلس نقابة الأطباء البشريين أن يرخص لطبيب في مزاوله مهنة الطب في مصر للمدة اللازمة لتأدية ما تكلفه به الحكومة على ألا تتجاوز هذه المدة سنتين قابلتين للتجديد مرة واحدة إذا كان هذا الطبيب من المشهود لهم بالتفوق في فرع من فروع الطب وكانت خدماته لازمة لعدم توافر أمثاله في مصر.

وأجازت له أيضا أن يرخص للأطباء الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين في إحدى كليات الطب المصرية في مزاوله الطب مدة خدمتهم ولو لم تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى.

كما أجازت المادة 15 لوزير الصحة بعد أخذ رأى مجلس نقابة الأطباء البشريين أن يرخص للأطباء الفلسطينيين اللاجئين الذين أجبرتهم الظروف القهرية الدولية على مغادرة بلدهم والالتجاء إلى مصر والإقامة فيها والذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية في مزاوله المهنة بمصر مدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مع إعفائهم من تأدية الامتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة عند الاقتضاء.

245- هل يجوز الترخيص بمزاوله مهنة الطب لأطباء الامتياز؟

لا يجوز الترخيص بمزاوله مهنة الطب لأطباء الامتياز بالمستشفيات المختلفة أثناء فترة التدريب، والحكمة في ذلك أن الأصول العلمية لمهنة الطب لا تكتمل عند الحاصل على بكالوريوس الطب إلا بالتدريب العملى. وقبل انقضاء هذه السنة ينتسبون إلى طلاب كلية الطب، فإذا انقضت مدة السنة جاز لهم التقدم للجهات الإدارية المختصة للحصول على ترخيص بمزاوله المهنة.

وهذا واضح مما نصت عليه الفقرتان الأولى والثانية من المادة الثانية من القانون رقم 415/ 1954 (المعدل) في شأن مزاوله مهنة الطب من أنه: "يقيد بسجل وزارة الصحة من كان حاصلا على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات

المصرية وأمضى التدريب الإجبارى المقرر.

ويتم التدريب الإجبارى بأن يقضى الخريجون سنة شمسية فى مزاولة مهنة الطب بصفة مؤقتة فى المستشفيات الجامعية والمستشفيات والوحدات التدريبية التى تقررها الجامعات وذلك تحت إشراف هيئة التدريس بكليات الطب أو من تتدبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفى والوحدات المذكورة ويكون ذلك وفقا للنظم التى يصدر بها قرار من وزير التعليم العالى بالاتفاق مع وزير الصحة ⁽¹⁾.

246- مدى الترخيص الصادر بمزاولة مهنة الطب :

لم يضع القانون رقم 1954/415 (المعدل) حدودا لاختصاص الطبيب البشرى. فهو إذ يحرم على غير الأطباء ذوى المؤهلات سالفة الذكر المرخص لهم بمزاولة المهنة الصور التى حددها على سبيل التمثيل بالمادة الأولى، قد أباح لهؤلاء الأطباء أن يعالجوا جميع الأمراض التى يمكن أن يتعرض لها البشر، وبجميع الوسائل الطبية المعروفة من أدوية وغيرها.

وظاهر من نظام الدراسة فى كليات الطب أن الطبيب الذى يحصل على درجة البكالوريوس فى الطب والجراحة يتلقى دراسة تؤهله لذلك. فإن برنامج الدراسة يشمل جميع الأمراض من باطنة أو جلدية أو أمراض النساء والأطفال والأمراض العصبية والعقلية ... إلخ، فكل طبيب مهياً لأن يكون طبيباً عاماً، ولو أن بعض الأطباء يختارون فروعاً يتخصصون فيها. وقد دعت الحاجة لوجود الأخصائيين إلى تنظيم دراسات عليا يعطى عنها دبلومات خاصة، ولكن وجود هذه الدبلومات لا ينفى حق الطبيب الحاصل على درجة البكالوريوس فى الطب والجراحة فى مزاولة علاج ما يرى أن يعالجه أو ينصرف إلى علاجه من الأمراض أما من حيث طرائق العلاج فإن الطبيب البشرى يحوز له أن يعالج الأمراض، ليس فقط بوصف الأدوية أو العمليات الجراحية بل بجميع طرائق

(1) علاء الدين خميس ص 26 وما بعدها - ويلاحظ أن القانون رقم 143 لسنة 1962 نص فى مادته الأولى على أنه "استثناء من أحكام القانون رقم 415 لسنة 1954 المشار إليه يرخص لطلاب السنة التدريبية لكليات الطب بجامعات الجمهورية العربية المتحدة فى مزاولة مهنة الطب بصفة مؤقتة وذلك فى المستشفيات الجامعية ومستشفيات وزارة الصحة تحت إشراف هيئة التدريس بهذه الكليات أو من تتدبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفيات بوزارة الصحة".

العلاج الأخرى، من كهرباء وأشعة وغير ذلك مما يدخل فى دراسته ، بل مما يدخل أيضا فى عمل المهن الأخرى المعاونة أو التابعة أو المكملة كإجراء الختان أو الوسائل الطبيعية وحدها، دون أن يتعرض لأى مسئولية عن ذلك⁽¹⁾.

غير أنه قد يصدر الترخيص بمزاولة مهنة الطب خاصا بأعمال طبية معينة، كالحالة التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون رقم 1954/415، إذ أجازت هذه الفقرة لوزير الصحة عند حدوث الأوبئة فى أحوال الأخطار العامة أن يسمح بصفة استثنائية ولمدة التى تتطلبها مكافحة هذه الأوبئة والأخطار لأطباء لا تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة الأولى بالقيام بالأعمال الطبية التى يؤذن لهم بمباشرتها.

ويستثنى من ذلك أيضا المهن التى يشترط القانون لمزاولتها ترخيصا خاصا كمهنة العلاج النفسى إذ لا يكتفى القانون رقم 198 لسنة 1956 للتخصيص بمزاولتها الحصول على بكالوريوس الطب أو الجراحة، وإنما يشترط الحصول على دبلوم الأمراض العصبية والعقلية (بالإضافة إلى الترخيص لبعض الفئات الأخرى)، وكذلك مهنة العلاج الطبيعى إذ لا يجوز الترخيص بمزاولتها طبقا للقانون رقم 3 لسنة 1985 فى شأن تنظيم مزاولة مهنة العلاج الطبيعى للحصول على بكالوريوس الطب والجراحة.

وبالتالى تعد ممارسة الطبيب البشرى لهذه المهن ممارسة لها بدون ترخيص، ولا يخضع للإباحة المقررة للمرخص له.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل أن أى مساس بجسم المجنى عليه يجرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقا للقواعد والأوضاع التى نظمها القوانين واللوائح - وهذه الإجازة هى أساس الترخيص الذى تتطلب القوانين الخاصة بالمهن الحصول عليه قبل مزاولتها فعلا، وينبنى على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون - أن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه للغير من الجروح وما إليها باعتباره معتديا أى على أساس العمد، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية، ومن ثم يكون سديدا فى القانون ما قرره الحكم من أنه لاتغنى شهادة

(1) فائق الجوهري ص 127 وما بعدها.

الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلى بعملية الحقن عن الترخيص بمزاولة مهنة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجنى عليه جرحا عمديا مادام أنه كان فى مقدوره أن يتمتع عن حقن المجنى عليه مما تنتفى به حالة الضرورة".

(نقض جنائى طعن رقم 1261 لسنة 30 ق جلسة 1960/12/13)

2 - "من لايملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه للغير من جروح وما إليها باعتباره متعديا على أساس العمد، ولايعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية".

(نقض جنائى طعن رقم 1927 لسنة 37 ق جلسة 1968/2/20)⁽¹⁾

247- عقوبة جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص :

تعاقب المادة العاشرة من القانون رقم 415 لسنة 1954 (المعدل) فى شأن مزاولة مهنة الطب بالحبس مدة لاتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زاول الطب على وجه يخالف أحكام هذا القانون. وفى حالة العود يحكم بالعقوبتين معا.

وفى جميع الأحوال يأمر القاضى بإغلاق العيادة مع نزع اللوحات واللافتات ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة ويأمر كذلك بنشر الحكم مرة أو أكثر من مرة فى جريدتين يعينهما على نفقة المحكوم عليه.

ومع ذلك، يجوز بقرار من وزير الصحة، أن يغلق بالطريق الإدارى كل مكان تزاول فيه مهنة الطب بالمخالفة لأحكام هذا القانون.

248- اشتراط رضا المريض لممارسة العمل الطبى :

لا يكون العمل الطبى مباحا إلا إذا رضى به المريض، فالقانون يرخص للطبيب بعلاج المرضى إن دعوه لذلك، ولكن لا يخوله الحق فى إخضاعهم للعلاج رغما عنهم.

(1) وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - أيضا بأن:

"...فالجرح الذى يحدثه حلاق بحقن المجنى عليه بإجرائه له عملية إزالة الشعر غير المرخص له بإجرائها يكون جريمة الجرح العمد. ولا ينفى قيام القصد الجنائى رضا المجنى عليه بإجراء العملية أو ابتغاء المتهم شفاؤه، فإن ذلك متعلق بالبواعث التى لا تأثير لها فى القصد الجنائى الذى يتحقق بمجرد تعدد إحداث الجرح".

(طعن رقم 230 لسنة 7 ق جلسة 1937/1/4)

ورضاء المريض ليس سبب الإباحة، ولكنه مجرد شرط من شروطها، وعلة تطلبه رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة.

249- ممن يصدر الرضاء بالعمل الطبى؟

يجب أن يصدر الرضاء من المريض ذاته، إذا كان بالغاً سن الولاية على النفس، لأن الرضاء يتعلق بجسم المريض فهو من المسائل المتعلقة بالنفس⁽¹⁾.

وسن الولاية على النفس يتحقق بالبلوغ ويثبت البلوغ طبقاً لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى، بالنسبة للغلام بالاحتلام مع الإنزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب، وللبنات بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحمل.

والحد الأدبى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنات. أما إذا لم يتحقق ذلك، فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة، وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجرى⁽²⁾.

أما إذا لم يبلغ المريض هذه السن، أو كان المريض مجنوناً، فإن الرضاء يجب أن يصدر من ولى النفس، وإذا كان المريض معتوها فإن الرضاء يصدر منه فى فترات الإفاقة، ومن ولى النفس فى غيرها.

والعبرة برضاء الزوجة، إذا تعارضت مع زوجها. وإذا اختلف الطبيب والزوج حول إجراء عملية جراحية للزوجة، وهى فى حالة لا تمكنها من إبداء رأيها، فإذا كانت الزوجة تعالج فى منزلها فإن الطبيب عليه أن يجرى العملية بغير رضاء الزوج.

(1) فائق الجوهري ص 245 وما بعدها - قارن الدكتور حسن زكى الإبراشى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن - دار النشر للجامعات المصرية ص 314 فهو لا يشترط لرضاء المريض أن يكون بلغ سن الولاية على النفس ويذهب إلى أنه لما كان المشرع لم يحدد سناً معينة لذلك فإن المسئولية تبقى مسئولية موضوعية يقدرها الطبيب طبقاً لظروف الحال، فإذا ظهر له أن القاصر قادر على التعبير عن إرادة صحيحة فلا يجوز له أن يجرى علاجاً رغم إرادته ولو دعاه والده إلى إجرائه. وبالعكس إذا ظهر له أن المريض طفل لا يقدر خطورة حالته وأهمية العلاج بالنسبة له فلا تثريب عليه إن هو تجاوز عن رأيه، ولكن عليه أن يأخذ رضاء أهله الأقربين ممن يستطيعون تمثيله فى هذا الشأن.

(2) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد الثالث ص 73.

ولكن إذا كانت المريضة فى مستشفى فإن الطبيب يستطيع أن يجرى لها العملية بعد أخذ موافقة زملائه.

وإن كان يلزم لإنفاذ الزوجة الحامل التضحية بالجنين، فإن كان يجب النظر بعين الاعتبار إلى حقوق الزوج على ولده إلا أن العبرة فى النهاية تكون برغبة الزوجة نفسها لأن حقها الطبيعى أن تعيش وليس للزوج أن يفرض عليها أن تضحي بحياتها فى سبيل جنين لم ير بعد نور الحياة وقد لا يراه⁽¹⁾.

250- نطاق الرضاء :

الرضاء الصادر من المريض بخصوص علاج معين أو جراحة معينة، يجب أن يكون قاصرا على هذا العلاج أو العملية بعينها ولذلك درج الأطباء على أخذ موافقة المريض مقدما على إجراء أية عملية جراحية أخرى يتضح لزومها عند إجراء العملية المتفق عليها. كأن يشترط الطبيب على المريضة فى عملية استئصال أحد المبيضين أن يستأصل المبيض الثانى إذا وجد أن المسألة تدعو إلى ذلك.

غير أن من حق الطبيب أن يجرى فى أثناء العملية المتفق عليها - دون رضاء المريض - أية عملية يتضح لزومها لإنفاذ حياة المريض، وكانت بحيث لا يحتمل إجراؤها أى تأخير، أو يكون من شأن الانتظار حتى يفيق المريض من العملية الحاضرة لأخذ رضائه أن يقلل من نجاحها لعدم تحمل المريض تخديرين متلاحقين لأن صالح المريض فى هذه الحالة يغنى عن رضائه أو يساويه⁽²⁾.

ومما يدخل فى موضوع الرضاء أن يطلب المريض أن يعالج بعلاج معين، فإنه لا يصح للطبيب فى هذه الحالة أن يعالجه بعلاج آخر. غير أنه يجوز للطبيب أن يعالج المريض بعلاج آخر، إذا كان هذا العلاج الآخر أقل ألما أو خطرا من العلاج الذى اختاره المريض جهلا منه.

251- وجوب صدور الرضاء عن إرادة حرة :

يجب أن يصدر رضاء المريض بالعمل الطبى عن إرادة حرة وعلم صحيح. فيجب أن يعرف المريض حقيقة حالته وأهمية العلاج بالنسبة له، والخطر الذى

(1) فائق الجوهري ص 249 وما بعدها - حسن زكى الإبراشى ص 315.

(2) فائق الجوهري ص 250 وما بعدها.

يمكن أن ينجم عنه، كما هو الحال في العلاجات الجديدة الخطرة. غير أن هناك حالات كثيرة يكون من الملائم فيها أن يجهل المريض خطورة حالته، بل إن المريض يؤثر في نفسه أن يظل جاهلاً بهذه الخطورة. وقد يؤدي مواجهة المريض بخطورة حالته إلى الحط من حالته النفسية أو إصابته بصدمة عصبية تؤدي بحياته.

ومن ثم فإن الطبيب في هذه الحالات لا يكون ملزماً بإخبار المريض بحالته. ويكتفى بأن يطلع أهل المريض على هذه الحالة.

ولكن من الملائم أن يذكر الطبيب للمريض الأضرار التي يمكن أن تعود عليه من جراء إهمال العلاج حتى يحمله على قبوله دون الدخول في التفاصيل الطبية.

وإذا استدعى التوليد استعمال آلات جراحية قد تعرض الحامل لأخطار، فيجب عدم إبلاغها بالخطورة ونسبة الوفيات فيها، وإنما يمكن إفهامها أنها لا تستطيع أن تلد وحدها وأن الحالة تحتاج إلى مساعدة جراحية، وأن هذه هي الطريقة الوحيدة المناسبة، أو أن الطفل لا يستطيع الخروج عن طريق الجهاز التناسلي ولذلك فإنه سوف يخرج عن طريق البطن.

ويجب أن يظل رضاء المريض قائماً حتى وقت إجراء العمل الطبي. إذ له أن يعدل عن رضائه في أي وقت قبل ذلك⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 19 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري على أن: "يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم اطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفي هذه الحالة عليه أن ينهي إلى أهل المريض خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم اطلاع أحد على حالته أو عين أشخاصاً لاطلاعهم عليه.

252- شكل الرضاء:

الرضاء قد يكون صراحة أو ضمناً⁽²⁾.

وإذا كان الرضاء صريحاً فلا يشترط أن يكون كتابةً إذ لم يشترط القانون ذلك، كما

(1) فائق الجوهري ص 256 وما بعدها.

(1) علاء الدين خميس ص 46 - فائق الجوهري ص 258 - محمود نجيب حسنى ص 185 - حمدي رجب عطية المقال المشار إليه ص 400- وعكس ذلك محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثانية 1955 ص 99 فيشترط أن يكون الرضاء صريحاً.

أن اشتراط الكتابة لا يستطيع تحقيقه فى كل الأحوال بسبب حالة المريض الجسمية أو النفسية.

ويكون الرضاء الضمنى تطبيقاً للمادة 90 مدنى التى تقضى بأن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود".

ومثل الرضاء الضمنى أن يذهب المريض إلى غرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التى تقتضيها حالته، وذلك بعد إيضاح نوع الجراحة تفصيلاً.

ولكن لا يستفاد الرضاء الضمنى من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب إذ أن الأعمال الطبية متنوعة، وقد يرضى المريض ببعضها دون البعض، ولذلك كان متعيناً أن يعلم بما ينسب إليه الرضاء به⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض فى فرنسا (فى 1933/10/21) بأن رضاء المريض بأن يجرى له فحص خطر لأحد أعضائه يمكن أن يستنتج من طلبه بناء على نصيح أطباء آخرين تدخل الأخصائى الذى أجرى الفحص.

253- استثناءات من شرط الرضاء بالعمل بالطبى :

يستثنى من شرط توافر رضاء المريض بالعمل الطبى، الحالات التى يوجد فيها نص قانونى عام أو خاص بمثل هذا التجاوز لصالح المريض ذاته أو لصالح عام يدعو إليه كوقاية الجماعة البشرية أو الأجيال المقبلة من الأمراض أو الأخطار أو صيانة الحياة الاقتصادية أو الدفاع عن الدولة أو تحقيق العدالة.

ومثال ذلك ما يأتى :

1- حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة 61 من قانون العقوبات، التى تجرى على أن:

"لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى".

فإذا اعتقد الطبيب اعتقاداً له ما يبرره، بأن فى مباشرة العملية الجراحية التى رضى بها المريض ما يدعوه إلى إجراء عملية جراحية أخرى رأى ضرورة إجرائها حالاً، وكان فى إرجاء ذلك حتى يفيق المريض ويستحصل على رضائه بإجرائها خطر على حياته، فلا يكون الطبيب مسئولاً. ولا يمنع من توافر الضرورة أن تكون الحالة المرضية التى حدثت للمريض وعرضته للخطر هى ذاتها من فعل الطبيب فى أثناء علاجه، كأن يخطئ فى العلاج خطأ يعرض مريضه للخطر. فإن المتفق عليه أن الذى يمنع من تطبيق المادة إذا كان الخطأ من جانب الطبيب، هو الفعل العمد. أما إذا كان الخطر قد نجم عن إهمال الفاعل، فإن ذلك لا يمنع من تطبيق النص، وعلى الأخص حيث يكون الخطر قد نشأ عن فعل مشروع، وهو الحال عندما يزول العلاج ذو صفة فى إجرائه. وليس للمحاكم أن تتدخل فى صناعة الأطباء فتحكم بأن العملية الجراحية التى أجراها الجراح كانت لازمة أو غير لازمة، ولو ظهر فيما بعد أن هذه العملية لم تكن تقتضيها الضرورة⁽¹⁾.

وقد أخذت بذلك محكمة كويك فى 14/3/1930 فى قضية طبيب شق بطن امرأة لإزالة الزائدة الدودية فوجد مبيضها ملتهبين فاستأصلهما. ولكن يحسن ألا ينفرد الطبيب بالعمل وحده فى أحوال الضرورة ما أمكن ذلك.

غير أن توافر شروط حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة 61 عقوبات سالفة الذكر، وإن كانت تنفى المسئولية الجنائية عن المتهم وتؤدى إلى تبرئته، إلا أنها لا تنفى مسئوليته المدنية، فإذا اتضح للمحكمة أنه أخطأ فى سلوك الطريق الذى اختاره مع انطباق شروط المادة قضت عليه بالتعويض.

وعلى هذا نصت المادة 168 بقولها: "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو غيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً".

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل القانون المدنى القديم - بتاريخ 17/11/1941 فى القضية رقم 1907 لسنة 11 ق بأن:

"إذا كانت الواقعة حسبما أوردتها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يفيد أن الحادث كان - كما انتهت إليه المحكمة - نتيجة قوة قاهرة، أو أن إرادة المتهم وقت وقوعه منه

(1) فائق الجوهري ص 260 وما بعدها - حسن زكى الإبراشى ص 321 وما بعدها

كانت منعذمة متلاشية، بل تفيد أن المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريدا مختارا بعد أن وازن بين أمرين: القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة، فهذا الفعل أدنى إلى أن يوصف فى القانون بأنه من قبيل أفعال الضرورة التى تحدث عنها قانون العقوبات فى المادة 161 الواردة فيها الشروط الواجب توافرها فى حق من يصح له أن يتمسك بها. وهذه الشروط لتعلقها بالمساءلة الجنائية، لا تأثير لها فى المساءلة المدنية التى مناطها دائما الخطأ. فمتى ثبت وقوع الخطأ أو التقصير فقد حق على من ارتكبه ضمان الضرر الناشئ عنه ولو كانت فعلته من الوجهة الجنائية لا عقاب عليها.

وإذا كان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه، بل كان بالبداهة أقل منه شأنا وأجل خطر أو أكبر قيمة، فإن التعويض يكون واجبا إذا ما لحق الغير ضرر. وذلك على أساس توافر الخطأ فى الموازنة، وقت قيام حالة الضرورة، بين الضررين لارتكاب أخفهما".

2- المرضى من رجال الجيش فإنهم بانخراطهم فى سلك الجندية يفقدون مالهم من حقوق على أجسامهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التى توجب المحافظة على القيمة الاجتماعية لجنود الوطن⁽¹⁾.

3- ما تنص عليه القوانين والقرارات من علاج المصابين بأمراض معدية، وحجز المصابين بالأمراض العقلية.

254- مسؤولية الطبيب عن الخطأ الفنى والخطأ العادى:

يسأل الطبيب عن خطئه الفنى، وهو الخطأ الذى يقع من الطبيب إذا خالف الأصول الفنية التى توجبها عليه مهنة الطب، كما إذا ارتكب خطأ فى التشخيص أو العلاج أو فى إجراء عملية جراحية. كما يسأل عن خطئه العادى (المادى) وهو الذى يخرج بطبيعته عن مهنة الطب، ويقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من آحاد الناس، وذلك حين لا يلتزم بمقتضى الحرص المفروض على كافة الناس، ومن أمثلة هذا الخطأ أن يجرى الطبيب الجراحة فى العضو السليم بدلا من العضو المصاب، أو يترك المريض

يقع من فوق منضدة العمليات لأنه وضع فى غير الموضع الصحيح، أو إجراء عملية جراحية بيد مرتعشة أو وهو فى حالة سكر أو ترك قطعة من الشاش أو أداة فى بطن المريض، أو إخراج المريض من المستشفى قبل استكمال مدة علاجه⁽¹⁾.

وإن كان يراعى أن الأمر يدق أحيانا فى التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى، فمثلا عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب اعتبره البعض خطأ عاديا فى حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتما لتقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له من أخطار لو بقى خارج المستشفى. كذلك ترك قطعة شاش أو آلة فى جسم المريض أثناء العملية الجراحية فقد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ عادى غير أن السرعة التى تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ مهنيا⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مسئولية الطبيب لا تقوم - فى الأصل - على أنه يلتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه. ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدى إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن - طبيب قد أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر، وهى على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى

(1) السنهاورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول الطبعة الثانية 1964 ص 932- الدكتور حمدى عبد الرحمن معصومية الجسد بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس العدد الأول والثانى - السنة 22 يناير ويوليو سنة 1980 ص 74 وما بعدها - الدكتور محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها - الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية القسم الأول الأحكام العامة 1971 ص 381 - حسن زكى الإبراشى ص 133 وما بعدها.

(2) حسن زكى الإبراشى ص 136.

التعجيل بوفاتها، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحي إذ أن هذا الادعاء - بفرض صحته - لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون ."

(طعن رقم 381 لسنة 31 ق جلسة 1966/3/22)

2- "التزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليس التزاما بنتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته ."

(طعن رقم 464 لسنة 36 ق جلسة 1971/12/21)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات وبعد المداولة.
من حيث إن قرار مجلس التأديب المطعون فيه قد صدر بجلسة 1988/3/12 وأن تقرير الطعن المائل فيه قد أودع قلم كتاب المحكمة بتاريخ 1988/4/12 فمن ثم يكون الطعن قد أودع بمراعاة المواعيد القانونية المقررة بما يتعين معه الحكم بقبوله شكلا.
ومن حيث إنه بالنسبة للموضوع فإن وقائعه تخلص - حسبما يبين من الأوراق - في أنه بتاريخ 1983/9/21 حضرت السيدة.... إلى استقبال الولادة بمستشفى الدمرداش وتم إدخالها للمستشفى، وقام الطاعن بإجراء جراحة قيصرية لها لوجود الجنين في غير الحالة الطبيعية، وتمت الولادة بنجاح إلا أن المريضة ظلت تعاني ولمدة سبعة أيام بعد العملية من ارتفاع في درجة الحرارة غير معلوم السبب وأنه بعد خروجها من المستشفى - طوعا أو كرها - زادت حالتها سوءا مما اضطرها للجوء إلى طبيب خاص حيث تم عمل أشعة لها تبين منها وجود جسم غريب في البطن فتم إبلاغ النيابة العامة التي أجرت تحقيقا في الموضوع، وأحالت المريضة إلى مستشفى الزهراء الجامعى حيث تم عمل استكشاف في الجانب الأعلى والأيسر من البطن، وتم العثور على فوطة بطن من الشاش مما يستعمل

فى التشيف فى عمليات فتح البطن، وأن الفوطه وجدت ملتصقة تماماً بالأعضاء الدقيقة والقولون، وتم إخراج الفوطه وإجراء الجراحة اللازمة للأعضاء المتهتكه وجدار البطن، وقد انتهت النيابة العامة من تحقيقاتها إلى مسؤولية الطاعن الطبيب.. المدرس المساعد بكلية طب جامعة عين شمس الذى أجرى جراحة القيصرية للمريضة وكذا الممرضة المساعدة له فى العملية... وتمت إحالتهما إلى المحاكمة الجنائية حيث قضى ابتدائياً واستثنائياً بعقاب كل منهما بغرامة مائة من الجنيهات وإلزامهما بتعويض مؤقت مقداره مائة جنيه وواحد للمدعى بالحق المدنى.

وبعد إجراء تحقيق فى الواقعة بمعرفة الإدارة القانونية بالجامعة وورود تصرف النيابة العامة بشأنها تم عرض الأمر على رئيس الجامعة حيث أصدر قراره رقم 535 لسنة 1985 بإحالة الطاعن والممرضة... إلى مجلس تأديب العاملين بالجامعة من غير أعضاء هيئة التدريس، ثم صدر قرار رئيس الجامعة رقم 290 بتاريخ 1986/1/16 بتعديل الإحالة إلى مجلس تأديب المعيدين والمدرسين المساعدين بالجامعة.

وبجلسة 1988/3/12 صدر قرار مجلس تأديب المعيدين والمدرسين المساعدين بجامعة عين شمس بمجازاة الطاعن بتأجيل ترقيته عند استحقاقها لمدة سنة لما هو منسوب إليه، وأقام المجلس قضاءه على أساس أن الطبيب الطاعن هو المسئول الأول عن الجراحة التى يقوم بها وأنه هو الذى يستعمل الفوط وينبغى أن يكون عالماً بعدها ومواصفاتها وأن لا يرتكن فى ذلك إلى الممرضة.

ونعى تقرير الطعن على قرار مجلس التأديب المطعون فيه البطلان لمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفساد الاستدلال وقصور التسيب وإهدار حق الدفاع ذلك أن إدانة الطاعن جنائياً لا تعنى بالضرورة إدانته تأديبياً لاختلاف أساس المسئوليتين ومستهدفهما وأنه لا ينبغى الخلط بين مسئوليات الفريق الطبى القائم بالعملية الجراحية وأن لكل منهم مسئوليته المنفصلة وأنه من غير المتصور أن يكون الجراح مسئولاً عن أخطاء طبيب التخدير أو أخطاء الممرضة وأن ممرضة العمليات طبقاً للعرف والتعليمات هى المسئولة عن استلام الأدوات والمعدات الطبية معقمة وجاهزة للاستعمال وكذا حصرها نوعاً وعدداً قبل إجراء الجراحة وبعدها، وأنه متى كان الثابت أن الطاعن قد سأل الممرضة قبل قفل بطن المريضة عما إذا كانت الفوط والمعدات التى استلمتها كاملة فأجابته بالإيجاب، فمن ثم فلا تثريب عليه ولا خطأ، إذ هو لم يخطئ فنياً فى إجراء

الجراحة، كما لم يقصر فى متابعة المريضة بعد الجراحة. هذا فضلا عن أن مسئولية ممرضة العمليات عن الفوط وعددها قبل الجراحة وبعدها ليس عرفا غير ذى أصل وإنما هو نص التعليمات المستديمة لهيئة التمريض، وهى دستور عملهم المنظم لمسئولياتهم. هذا فضلا عن أن قرار مجلس التأديب لم يتضمن فى أسبابه ردا على دفاع الطاعن بشأن الأصول الطبية والأعراف الطبية المقررة فى هذا الشأن لا صراحة ولا ضمنا.

ومن حيث إن الثابت أن الطاعن لا ينازع فى صحة واقعة نسيان فوطة فى بطن مريضة أثناء عملية جراحية قام هو بها بصفته جراحا، وإنما تنصب منازعته على مدى مسئوليته عن تلك الواقعة وذلك فى ضوء ظروف إجراء الجراحات والتعليمات المنظمة لمهنة التمريض وما تجرى به الأعراف الطبية.

ومن حيث إنه ليس من شك فى أن الطبيب فى أدائه لرسالته ليس ملتزما بنتيجة، فإنه ليس من شك أيضا أنه ملتزم فى أداء هذه الرسالة ببذل عناية الرجل الحريص، وأن صور هذه العناية تدق وتنطق باليقين بالنسبة للطبيب الجراح.

ومن حيث إنه وأيا كان مبلغ قوة الأعراف المهنية الخاصة فإنه من غير المقبول أن تفرض هذه الأعراف على المجتمع عامة إذا تضمنت هذه الأعراف ما يستكرهه الفهم العام لهذا المجتمع وتأباه طبيعة الأمور.

ومن حيث إنه وأيا كانت وجهة منطق دفاع الطاعن فيما ذكره من توزيع مسئولية الفريق الطبى القائم بعملية جراحية، وكذا ما استشهد به من رأى بعض الخبراء من الأطباء إلا أن منطقا أكثر وجهة لا يمكن أن يستسيغ أن تعتبر ممرضة العملية الجراحية هى المسؤولة عن نسيان فوطة فى بطن مريض لمجرد أن تقضى التعليمات المنظمة لمهنة التمريض بمسئولية ممرضة العمليات عن عدد الفوط والأدوات قبل العملية الجراحية وبعدها، ذلك أن ما نيظ بالمرضة فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون من قبيل أعمال المعاونة للجراح فى عناية خاصة ببطن مفتوحة لكائن بشرى منوط بهذا الجراح وحده بالأقل مسئولية قفلها بحالتها فى حالة العجز عن علاجها.

ومن حيث إنه وأيا كان اختلاف أساس المسئولية الجنائية والتأديبية واختلاف مستهدفهما فإنه ليس من شك فى أنه إذا بلغ الخطأ فى الأداء المهنى للوظيفة العامة حد التجريم الجنائى فإنه من غير المقبول منطقا أن يقال أن ذلك لا يستوجب لزوما مسئوليته التأديبية إذ أن من شأن التسليم بهذا المنطق أن يصبح المقتضى مانعا.

ومن حيث إنه متى كان الثابت مما تقدم أن مسؤولية ممرضة حجرة العمليات لا تحول دون مسؤولية الطاعن عن نسيان فوطة في بطن المريضة..... أثناء إجراء جراحة قيصرية لها مساء يوم 1983/9/21 بمستشفى الدمرداش فضلا عن إدانته جنائيا بحكم نهائى عن هذه الواقعة فإن قرار مجلس التأديب المطعون فيه بمجازاة الطاعن استنادا إلى ثبوت هذه الواقعة ومسئوليته عنها يكون قد استند إلى سند صحيح فى الواقع والقانون، ويكون الطعن عليه قد استند إلى غير سند صحيح خلىق بالرفض".

(طعن رقم 1568 لسنة 34 ق جلسة 1992/2/12)

255- مسؤولية الطبيب عن الخطأ اليسير:

لا يشترط لانعقاد مسؤولية الطبيب عن خطئه أن يكون هذا الخطأ جسيما، وإنما يكفي لمسئولية الطبيب ارتكابه خطأ يسيرا⁽¹⁾.

(راجع نقض طعن رقم 464 لسنة 36 ق جلسة 1971/12/21 المنشور بالبلند السابق).

ولا مجال لما يقوله البعض بأنه ليس من سبيل إلى أن يستقر اليقين وتثبت الطمأنينة فى نفس الطبيب إلا إذا شعر بأنه غير مسئول عن الأخطاء اليسيرة التى يتعرض لها الأطباء لزاما أثناء مباشرتهم لمهنتهم، وأن الطب لازال فى سبيل التقدم فيجب أن تتسع للأطباء حرية العمل حتى تسهل عليهم مسايرة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها، وفى مؤاخذة الطبيب على الخطأ اليسير إرهاب له فيحل محل روح الابتكار الخوف الدائم من مسؤولية تكاد تكون محتومة إذ يكفى التافه من الأمور لى تتقرر، لأن ذلك مردود لأنه إن وجب إدخال الطمأنينة فى نفوس الأطباء حتى لا يقعدهم الخوف من المسؤولية عن الإقدام المفيد المنتج، فإن من الواجب أيضا حماية الجمهور حتى لا يعبت بسلامته استهتار الأطباء⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

(1) السنهاورى ص 932- محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها- سليمان مرقس فى المسؤولية المدنية ص 377 وما بعدها- حسن زكى الإبراشى ص 139 وما بعدها - حمدى عبد الرحمن ص 75 - حمدى رجب عطية ص 415.

(1) حسن زكى الإبراشى ص 139 وما بعدها - حمدى رجب عطية ص 415.

"من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله وأياً كانت درجة جسامته الخطأ".

(طعن رقم 2152 لسنة 53 ق جلسة 1984/1/11)

256- التزام الطبيب بالتزام ببذل عناية:

الأصل أن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل - كما ذكرنا سلفاً - عن خطئه العادى أياً كانت جسامته.

وبالترتيب على أن التزام الطبيب هو ببذل عناية، فإن الطبيب لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت في علاج المريض فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور ضد مصلحته وهو لا يلتزم بألا تسوء حالته، وهو لا يلتزم بألا تتخلف عنده عاهة بالغة ما بلغت من الشدة، وفي النهاية لا يلتزم بأن لا يموت، فحدوث كل هذه الآثار السيئة للمريض إن أمكن تصورها لا يعنى في ذاته أن الطبيب قد أحل بالتزاماته. فهو في أحسن الفروض لا يفعل أكثر من مساعدة الطبيعة لكي تقوى عوامل المقاومة في جسم المريض فكما قال أمبروازياريه متحدثاً عن نفسه "أنا أعالجه والله يشفيه".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسئولية عقدية. والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التى يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب. عن كل تقصير في مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول. وجراح التجميل وإن كان كغيره من

الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر .

(طعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/26)

(راجع أيضاً: طعن رقم 381 لسنة 31 ق جلسة 1966/3/22، 464)

لسنة 36 ق جلسة 1971/12/21).

فلتقدير سلوك الطبيب إذن على القاضي أن يتساءل عما كان يفعله طبيب يقظ في الزمان والمكان اللذين حصل فيهما العلاج مع مراعاة الأصول الفنية وحالة المريض، وهكذا فإن معيار الخطأ يحتفظ بالمرونة اللازمة لكي يلائم ملابس الحال ويتمشى مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمي⁽¹⁾.

فمن الظروف الخارجية التي تجب مراعاتها عند تقدير الخطأ المنسوب إلى الطبيب خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة وقد لا تكون محاطة بظروف ملائمة وكون العلاج تم بعيداً عن المستشفيات والأدوات العلاجية اللازمة أو معونة الزملاء والممرضين إذ أن هذه الظروف وما يماثلها تبيح للطبيب أعمالاً لا يستطيع إجراؤها في غيرها.

فمثلاً إغفال إجراء أشعة على العضو المصاب وهو ما قد يعتبر خطأ بالنسبة لطبيب المدن لا يمكن أن يؤاخذ عليه طبيب الريف الذي لا تتوفر له الوسائل لإجرائها. غير أنه لا عبرة في تقدير خطأ الطبيب بأحوال الطبيب الداخلية وهي اللاصقة بشخصه أو بخصائصه الطبيعية والأدبية، ويدخل فيها ما تعلق بتكوينه الجسماني وبحالته النفسية، وعاداته وصفاته. إذ ليس من العدل في شيء أن يرجع في تحقيق مسؤولية الطبيب إلى أحواله المتصلة بشخصه من حيث القوة أو الضعف أو اليقظة أو الغفلة أو النشاط أو الخمول حتى لا يتحمل المجموع الآثار السيئة للطبائع الناقصة والمعيبة.

وترتباً على ذلك، قضت محكمة دويه في 19 يناير سنة 1931 بأن عاهة الطبيب لا تصلح أن تكون عذراً له إذ من حق المريض وإن كان عالماً بهذه العاهة أن يفترض

(1) فائق الجوهري ص 355 وما بعدها - حسن الإبراشي ص 126 وما بعدها.

أن الطبيب وقد أقدم على إجراء العملية حاصل على كل المؤهلات لإجرائها وأن عاهته لا تؤثر في قدرته في هذه الناحية والحال يجب بالمثل بالنسبة للطبيب الذى يقدم على العلاج وهو فى حالة سكر فقد معها شعوره وسلامة تقديره إذ يجب ألا يغرب عن باله أن السكر عاهة خطيرة.

257- المستوى المهني للطبيب :

من الظروف الظاهرة التى يجب أن يقام لها وزن فى تحديد مسؤولية الطبيب، ما عرف عنه من علم أو خبرة أو تخصص فى ناحية معينة وهو ما يطلق عليه البعض المستوى المهني للطبيب. لأن هذا المستوى يكون معروفا للناس ظاهرا لهم بحيث يوحى إليهم ثقة مشروعة فى أن الطبيب سيبدل قدرا من العناية يتفق مع هذا المستوى. فتقاس واجبات الطبيب الناشئ مثلا بمسلك طبيب ناشئ مثله، وواجبات الطبيب غير المتخصص بمثله، وتحدد التزامات الأخصائى بمسلك من يكون فى مثل تخصصه والتزامات أستاذ الطب بمسلك أستاذ من طرازه.

وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى 2 يناير 1936⁽¹⁾ حيث قررت "إنه بالنسبة إلى الأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة فى تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال فى المعالجة".

وقضت محكمة مصر الابتدائية الوطنية فى 2 مايو سنة 1927⁽²⁾ بأن: "الطبيب المولد يكون مسؤولا عن استعمال العنف فى جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استنادا إلى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العنق، رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير أخصائى يعالج كل الأمراض".

ويتعين على القاضى أن ينظر فى تقصى مسلك الطبيب النموذجى الذى يتخذه معيارا يحدد بموجبه التزامات الطبيب المسئول إلى تقاليد المهنة وما جرت عليه عادة الأطباء فى مثل ظروف الطبيب المسئول، فلا يجوز أن يضع نفسه هو محل الأخير ويتصور كيف كان يتصرف. وكذلك إذا لجأ إلى خبير، تعين على الأخير أن يجرد نفسه

(1) المحاماة (16-713 - 334 المجموعة 37 - 260 - 193).

(2) المجموعة 92 - 20 - 11.

من آرائه الشخصية وأن يقتصر على بيان ما تقتضى به تقاليد المهنة وما يجرى عليه أكثر الأطباء الذين تماثل ظروفهم ظروف المدعى عليه⁽¹⁾.

258- تعهد الطبيب بشفاء المريض :

ذهب البعض إلى بطلان تعهد الطبيب بشفاء المريض لاستحالة محله. ولكن الراجح صحة هذا التعهد، لأن الشفاء ليس مستحيلا، وغاية الأمر أنه ليس محقق الوقوع. فيكون تعهد الطبيب به تعهدا بأمر احتمالى، ولا مانع من أن يضمن الطبيب تحقق أمر احتمالى، بحيث إذا تحقق هذا الأمر برئت ذمته، وإذا تخلف كان ضامنا. ولا فرق بين هذا التعهد وبين الاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث الفجائى أو القوة القاهرة والذى أجازته الفقرة الأولى من المادة 217 مدنى صراحة بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة"⁽²⁾.

259- اتباع الطبيب رأى طبي ما زال محل خلاف :

يسأل الطبيب عن خطئه فى العلاج إذا كان الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء.

أما إذا وجدت مسائل علمية خلافية يتجادل فيها الأطباء، ولم يستقر الرأى عليها، فلا لوم على الطبيب إذا اتبع هذه المسائل، ولو كانت مرجوحة طالما كان مؤمنا بها. وكذلك لا تثريب عليه إذا اتبع وسيلة علاج جديدة لم تسبق تجربتها إذا كان مقتنعا بجودها وكان هدفه منها شفاء المريض لا مجرد تجربتها. لأن من مصلحة المجتمع أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه.

فلا يكون الطبيب مسئولا إلا إذا ثبت أنه فى اختياره للعلاج قد أظهر جهلا فاضحا بأصول العلم أو الفن الطبى⁽³⁾.

(3) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص 384 وما بعدها.

(4) مرقس فى المسئولية المدنية ص 386 - حسن الإبراشى ص 227 وما بعدها.

(1) الدكتور محمود نجيب حسنى ص 188 وما بعدها - سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص 386- الدناصورى وعكاز ص 1390 وما بعدها - حمدى رجب عطية ص 402.

وقد قضت محكمة الجنج المستأنفة بمحكمة مصر بتاريخ 1927/5/2⁽¹⁾ بأنه:
"المبدأ الذى يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام (الأحكام الفرنسية) هو أنه ليس للمحاكم أن تبحث فى الآراء والنظريات الطبية، كما أن ليس لها أن تراقب أو تنتقد طريقة العلاج، وبناء على ذلك لا يصح أن يسأل الطبيب لغلطة فى تشخيص المرض أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة وقد كان يمكن لطبيب ماهر أن يباشرها بنجاح".

كما قضت محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 1944/10/3 بأن:

"إن اختيار الطبيب طريقة للعلاج دون أخرى لا يمكن أن يؤدى إلى مسئوليته عن طريقة العلاج التى اتبعها مادامت هذه الطريقة صحيحة علمية ومتبعة فعلا فى علاج المرض.

ومسئولية الطبيب عن خطأ العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذى يختاره لأن فى ذلك تدخلا فى تقدير النظريات والطرق العلمية وهو ما لا يجوز البحث فيه. ومن حق الطبيب أن يترك له قدر من الاستقلال فى التقدير فى العمل وممارسة مهنته طبقا لما يمليه عليه ضميره وذمته، إلا إذا ثبت أنه فى اختياره العلاج أظهر جهلا بأصول العلم والفن الطبى. فإذا أعطى الطبيب مريضه الجرعة القانونية من الدواء، فلا مسئولية عليه إذا نشأ من ذلك إصابة المريض بمضاعفات سببها استعداداه الشخصى الغير ممكن معرفته. والقول بأن من موجبات الحيلة أن ينقص الطبيب مقدار الجرعة القانونية لا يعنى أن الطبيب قد أخطأ خطأ يحاسب عليه متى كان قد أعطى المريض الجرعة التى تحددها أصول الصنعة والقول بغير ذلك يتنافى مع أبسط مبادئ المسئولية ويقحم عليها عناصر لا يمكن ضبطها ويفتح بابا جديدا فى محاسبة الأطباء يؤثر على طمأنينتهم فى عملهم ويعرضهم لنتائج تأبأها العدالة".

وقضت محكمة الجيزة الابتدائية بتاريخ 1935/1/16⁽²⁾ بأن:

"إن خطأ المهنة (الخطأ الفنى) لا يسلم به إلا فى حالات الجهل الفاضح وما إليها إذ الطبيب أحوج الناس لأن تتوفر فيه الثقة وأن يتمتع بالاستقلال فى عمله من جهة اختيار الطريقة الفنية التى يرى أنها أصلح من غيرها فى معالجة مريضه ويجب أن يؤمن الطبيب على أخطائه الناتجة من عدم استقرار النظريات الطبية فيما يجب عمله فى حالة معينة مادام

(2) المجموعة 29 - 20 - 11.

(1) المحاماة 15-2-471-216.

ما رآه ينطبق على نظرية قال بها بعض العلماء وإن لم يستقر الرأي عليها ".
غير أن مسؤولية الطبيب تتحقق إذا اتبع وسيلة مهجورة للعلاج، إذا نجم عنها ضرر للمريض.

260- التجارب الطبية :

تنص المادة (60) من الدستور المعدل سنة 2014 على أن: "لجسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون. ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون". فلا يجوز للطبيب إجراء أى تجربة إلا برضاء المريض الصريح الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية وعلى النحو الذي ينظمه القانون، فيجب أن يفصح الطبيب للمريض عن كافة ظروف التجربة وأخطارها بحيث يصدر عنه رضاه حر ومتبصر على نحو كامل. والرضاء المستتير، يبدو أكثر إلحاحاً في مجال التجارب عنها في مجال العلاج العادى.

غير أنه يجب أن يرمى الطبيب من التجربة إلى علاج المريض لا إلى مجرد التجربة فيه لإشباع شهوة علمية، ولو كان ذلك لخدمة الطب في ذاته أو الإنسانية جميعاً، لأن الطبيب في هذه الحالة يكون قد خرج عن الحدود التي رسمها الشارع لإباحة فعله.

ولا يجدى هنا قبول الشخص الذى أجريت عليه التجارب لأن سلامة جسم الإنسان لا يجوز أن تكون محلاً للتصرفات وحمائتها من النظام العام، ولا يباح مسها إلا لضرورة فائدة الإنسان ذاته⁽¹⁾.

وقد نصت المادة الثامنة من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أن:

"لا يجوز للطبيب أن يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلام عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت في المجالات الطبية كما لا يجوز له أيضاً أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أى

(1) فائق الجوهري ص 303 - حمدى عبد الرحمن ص 103 وما بعدها.

كشف علمي".

261- تكييف علاقة الطبيب بالمريض :

أولاً : حالة اختيار المريض أو نائبه للطبيب :

إذا كان المريض أو نائبه هو الذى اختار الطبيب، بأن تقدم المريض أو نائبه إلى الطبيب ليقوم بعلاج المريض مقابل أجر يدفع إليه- هو غالباً أجر الطبيب المعلن عنه- فإنه تكون قد نشأت علاقة عقدية بين المريض والطبيب. وبهذا قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة 1969/6/26 فى الطعن رقم 111 لسنة 35ق.

وإذا كان علاج الطبيب للمريض بدون أجر أى على سبيل المجاملة، فإن ذلك لا يغير من مسئولية الطبيب قبل مريضه، ويكون التزامه قبله التزاماً ببذل عناية كما لو كان العلاج بأجر⁽¹⁾.

ثانياً : حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض :

قد لا تسمح الأحوال للمريض باختيار طبيبه، كشخص يصاب من حادث فى الطريق أفقده وعيه، فتدخل أحد الأطباء المارين لإسعافه أو استدعاه أحد الحاضرين لذلك، فإنه لا يمكن القول فى هذه الحالة بوجود عقد علاج طبي بين الطبيب والمريض، وإنما تكون العلاقة بينهما فضالة، وتكون مسئولية الطبيب عن خطئه فى العلاج مسئولية تقصيرية⁽²⁾.

ثالثاً : حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو مشروع خاص :

قد يحدث أن يتعاقد طبيب مع مستشفى خاص أو إدارة شركة أو مصنع على علاج المرضى الذين يدخلون المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل. فيكون تكييف العلاقة فى هذه الحالة بأنها اشتراط لمصلحة الغير ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض

(2) حسن زكى الإبراشى ص 164.

(1) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص 371 - المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء 1988 ص 1386.

ما هي إلا نتيجة عقد إيجار أشخاص تم بين الطبيب وصاحب المستشفى الخاص أو صاحب المشروع الخاص. ولا يقدح في هذا الرأي أن الاشتراط حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد مادام أنهم قابلون للتعيين وقت التنفيذ. وتفرعاً على ذلك فإن للمستفيد دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية⁽¹⁾.

رابعاً: حالة الطبيب الذي يعمل بمستشفى عام:

من المقرر أن الطبيب الذي يعمل بمستشفى عام، يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي، وأنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين بالدولة، وفي هذه الحالة لا يمكن مساءلة الطبيب عن خطئه قبل المريض الذي يعالجه بالمستشفى إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.

262- رفض الطبيب علاج المريض:

الأصل أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة تعاقدية يلزم فيها رضا كل من الطرفين. ومن ثم فإنه يكون للطبيب كامل الحرية في قبول أو رفض الدعوة لعلاج المريض، وإذا رفض علاجه فإنه يستعمل حقاً مشروعاً له. غير أن ظهور الاتجاهات الحديثة والوظيفة الاجتماعية للحقوق قيد حرية الطبيب. فحرية الطبيب في مزاولته مهنته يجب أن تستعمل في حدود هذا الغرض الاجتماعي وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه.

فإذا كان المريض في حاجة عاجلة إلى الإسعاف تتطلب التدخل الفوري من الطبيب الحاضر أو الطبيب الذي يلجأ إليه المريض أو ذويه أو من شاهد إصابته، تعين على الطبيب الذي يلجأ إليه في ذلك أن يبادر إلى إسعافه وعلاجه إلى أن يزول عن المريض الخطر ويتيسر وجود طبيب آخر يتولى علاجه، وإلا كان امتناعه خطأً يوجب مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب المريض بسبب ذلك⁽²⁾.

كذلك يلتزم الطبيب قبول دعوة المريض للعلاج في الحالة التي يوجد فيها الطبيب

(2) الدناصورى والشواربى ص 1386 وما بعدها - حسن الإبراشى ص 73 وما بعدها.

(1) سليمان مرقس فى المسؤولية المدنية ص 386 وما بعدها - الدناصورى والشواربى ص 1389.

فى مركز المحتكر، بمعنى أنه لا يوجد فى الظروف القائمة سواء لإسعاف وعلاج المريض، كوجود المريض فى مكان ناء ولم يكن هناك سوى طبيب معين أو فى ساعة معينة من الزمان لا يوجد فيها غيره. كما يسأل أيضا فى حالة التأخير عن الحضور أو التدخل لإنقاذ المريض. ويقدر التأخير على ضوء ظروف الطبيب وارتباطاته ومشاغله ومسئوليته ومدى خطورة الحالة المعروضة أمامه وبصفة خاصة حسب مدى حسن أو سوء نيته⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (15) من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أنه: "يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أى مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة، أما فى الحالات المستعجلة فلا يجوز للممارس العام الاعتذار كما لا يجوز للطبيب الأخصائى رفض معالجة مريض إذا استدعاه لذلك الممارس العام ولم يتيسر وجود أخصائى غيره".

أما إذا كان الطبيب يعمل فى مصلحة حكومية أو مستشفى عام فليس له أن يرفض علاج المرضى الذين ينبغى عليه علاجهم، أى ممن يدخلون فى نطاق اختصاصه الوظيفى، وكذلك لا يجوز للطبيب أو المستشفى الخاص الذى يتعاقد مع رب عمل معين على علاج العاملين به رفض علاج هؤلاء العاملين، لأنه يكون فى هذه الحالة مسئولا مسئولية عقدية قبل رب العمل.

263- انقطاع الطبيب عن علاج المريض:

إذا قبل الطبيب دعوة المريض لعلاج، فإنه يلتزم بتنفيذ التزامه، وإلا كان مسئولا عن عدم تنفيذ العقد الذى أوجبه على نفسه، إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى، كما لو استحالت عليه زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات أو بسبب مرضه⁽²⁾.

وقررت محكمة مارسلية فى 15 ديسمبر سنة 1909 أن الطبيب الذى يشرع فى معالجة مريض، ثم يتركه يرتكب إهمالا يعرضه لفقد أتعابه إذا ترك مسكنه دون أن يترك عنوانه، أو يترك طبيبا آخر بدلا منه. لأنه طالما أنه شرع فى علاج المريض فهو

(2) فائق الجوهري ص 392 وما بعدها - قدرى الشهاوى ص 470.

(1) حسن الإبراشى ص 253 - الدناصورى وعكاز ص 1389.

قد تعهد بذلك تعهدا ضمنيا على أن يستمر فى هذا العلاج، طالما أن المريض فى حاجة إليه ولايصح أن ينقطع عن هذا العلاج فجأة.

غير أنه يجوز للطبيب أن يترك المريض إذا وجد مبررا لذلك، كأن يهمل المريض فى اتباع تعليماته أو يستعين بطبيب آخر خفية عنه، مما يعرض كرامته للأذى أو يمتنع عن دفع الأجر فى مواعيده. وفى مثل هذه الأحوال يجوز للطبيب أن يترك المريض، بشرط ألا يكون الترك فى ظرف غير لائق وإلا تحمل الطبيب مسئولية ما ينشأ عن ذلك من أضرار.

وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب من أن يهجر المريض كلما كان هناك بسبب يجعل فى هجر المريض خطرا حقيقيا يهدد المريض بالضرر، كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر فى العناية به⁽¹⁾.

وقد قررت محكمة السين فى 15 ديسمبر سنة 1910 أن للطبيب الحق فى أن يرفض توليد امرأة كان يعالجها مدة الحمل، إذا حدث أن أصرت أسرة الحامل على إحضار ممرضة لايعرفها، فلم تكن تستطيع أن تقدم الضمان من العدوى الذى تقدمه له الممرضة التى اختارها. وقد رأت المحكمة أن الطبيب تصرف بما تمليه عليه الأمانة. وقضت على الزوج بأن يدفع له الأتعاب المناسبة عن العلاج الذى قام به للوالدة فى مدة الحمل. كما قضت عليه بتعويض الطبيب عما أصابه من ضرر لسمعته الأدبية برفع مثل هذه الدعوى.

ويسأل الطبيب إذا تغيب عن عيادته فأساء اختيار من يحل محله فى علاج المرضى الذين يكون قد بدأ فى علاجهم، بخلاف المرضى الجدد الذين لا يكون قد تقيد إزاءهم بشئ. كما أنه لا يسأل حتى بالنسبة لمرضاه القدامى عن أخطاء الطبيب الذى يخلفه متى كان معروفا بالكفاءة⁽²⁾.

وقد نصت المادة (30) من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أنه: "لا يجوز للطبيب المعالج أن يرفض طلب المريض أو أهله دعوة طبيب آخر ينضم إليه على سبيل الاستشارة.

(2) فائق الجوهري ص 434 - حسن الإبراشي ص 91.

(1) فائق الجوهري ص 435.

إنما له أن لا يستجيب إذا أصر المريض أو أهله على استشارة طبيب معين لا يقبله بدون أسباب ذلك".

264- التزامات الطبيب فى توقيع الكشف وتشخيص المرض:

هذه المرحلة هى أهم وأدق المراحل التى تمر بين الطبيب والمريض، ففيها يحاول الطبيب تعرف ماهية المرض ودرجته من الخطورة وتاريخه وتطوره مع جميع ما يؤثر فيه من ظروف المريض من حيث حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه. فيجب على الطبيب أن يستمع إلى شكوى المريض ويأخذ منه ومن ذويه - إذا لزم الأمر - كافة المعلومات التى يحتاج إليها ثم يشرع بعد ذلك فى فحص المريض فحصا دقيقا متلمسا مواضع الألم متحسسا الداء وأعراض المرض، مستعملا جميع الوسائل التى يضعها العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بقدر الإمكان بعيدا عن الخطأ، وله أن يستعين بجميع الطرق العلمية للفحص كالتحاليل بأنواعها والأشعة والرنين المغناطيسى وما شابه ذلك كلما كان ذلك لازما للثبوت من الحالة وصحة التقدير، وكان فى متناول يد الطبيب. أو يمكن إحالة المريض لمن يقوم بهذه الفحوص.

فإذا أهمل الطبيب ذلك، وشرع فى تكوين رأيه فإنه يكون مسئولا عن جميع الأضرار التى تترتب على خطئه فى التشخيص.

وإذا وجد الطبيب نفسه إزاء حالة لا يسعفها فيها علمه وجب عليه أن يستعين بأحد زملائه المختصين، إلا أن تحول دون ذلك الظروف وإلا كان مهملًا⁽¹⁾.

وإذا استدعى الطبيب أخصائيا بسبب تحيره فى تشخيص المرض فإن التقاليد الطبية تفرض على الطبيب إذا خالف رأى هذا الأخصائى أن يخطر ذوى المريض لإجراء استشارة طبية أخرى، بعد أن يشرح لهم الأمر، فإذا أقروا رأى الأخصائى كان عليه أن ينسحب.

وقد جاء بالمادة 21 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 234 لسنة 1974 أنه: "على الطبيب عند الضرورة أن يقبل (أو يدعو إلى) استشارة طبيب غيره يوافق عليه المريض وأهله".

ولكن ذلك لا يعنى بطبيعة الحال أنه يجب فى كل حالة إجراء تحاليل وصور

(1) فائق الجوهري ص 395 - حكم محكمة منز فى 21 مايو 1867.

بالأشعة، وإنما يجب الانتجاء إلى هذه الوسائل من وسائل التحقيق الفنى متى ساور التشخيص أى شك يدعو الطبيب إلى وجوب التثبت من صحة رأيه بهذه الوسائل قبل الإقدام على العلاج.

فضلا عن أن الطبيب لا يلزم باللجوء إلى الفحص بالتحليل أو الأشعة أو غيرها فى الأحوال التى يضيق الوقت فيها دون ذلك، بأن كانت الحالة تحتاج إلى إجراء عملية جراحية على وجه الاستعجال إلى درجة أن المريض لا يستطيع الانتظار لحين إجراء الفحص⁽¹⁾.

وقد يحصل أحيانا أن تشتهب على الطبيب أعراض المرض وتعيّنه وسائل الفحص فى تشخيص الحالة فيجرى عليه عملية استكشافية يشق فيها بطن المريض ليرى موطن الداء من جسمه ويجرى له العملية المناسبة لإنقاذ حياته.

ولا يسأل الأخصائى عن عدم الكشف عن مرض لا يدخل فى دائرة تخصصه، فمثلا لا يلزم من تخصص فى أمراض المعدة بفحص الأعضاء التناسلية للمريضة، وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء. وإن كان هذا لا يعفيه من الاسترشاد برأى الأخصائى فى هذا المجال ليتمكن من تشخيص الحالة التى تدخل فى اختصاصه.

وعلى الطبيب أن يعترف بعجزه فيستعين بغيره إذا وجد أمامه حالة أشكل عليه تشخيصها أو اشتبهت عليه أعراضها وإلا كان مسئولا عن خطئه إن هو استبد برأيه.

غير أن الطبيب لا يسأل عن خطئه فى التشخيص، طالما تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف فى تشخيصه للمرض، متى كان هذا الخطأ من المحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية التى أحاطت به ووجد أمام نفس الحالة التى عرضت عليه. فمثل هذا الغلط أقرب إلى أن يكون غلطا من العلم لا من الطبيب لأنه يرجع إلى النقص فى العلوم الطبية. فهو خطأ يتعرض له كل طبيب أثناء مزاولته مهنته.

وقد كان الأستاذ برووارديل يقول لتلاميذه فى دروس الطب الشرعى "كثيرا ما وقعت فى الغلط ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أى لوم مادامنا قد توخينا الدقة فى كشفنا ففحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من

الاحتياط لعدم الوقوع فى الغلط، فليس لأحد أن يحاسبنا ويجب ألا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط .

وقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1953/6/30 فى الطعن رقم 72 لسنة 23 ق بأن:

"فمتى كان الحكم قد أثبت توافر عنصر الإهمال فى حق المتهم "مفتش صحة" بعدم اتباعه ما يقضى به منشور وزارة الداخلية رقم 23 لسنة 1927 الذى يقضى بإرسال المعقورين إلى مستشفى الكلب، ولوقوعه فى خطأ يتعين على كل طبيب أن يدركه ويراعيه بعض النظر عن تعليمات وزارة الصحة- فإن ما يثيره الطاعن من عدم العلم بهذا المنشور لصدوره قبل التحاقه بالخدمة لا يكون له أساس، ذلك أن الطبيب الذى يعمل مفتشاً للصحة يجب عليه أن يلم بكافة التعليمات الصادرة لأمثاله وينفذها سواء أكانت قد صدرت قبل تعيينه أم بعد ذلك".

265- التزامات الطبيب فى وصف العلاج:

متى خلص الطبيب من فحص المريض إلى تشخيص حالته، ودخل فى مرحلة وصف العلاج، فإن عليه أن يراعى فى ذلك بنية المريض وسنه ودرجة استهدافه وقوة احتماله وحالته النفسية ليختار له ما يناسبه من طرق العلاج. فالمرض الواحد ليس علاجه واحداً فى جميع الأحوال وما ينفع مريضاً قد يلحق أكبر الضرر بمريض آخر مصاب بنفس المرض حتى لقد قبل إنه ليست هناك أمراض بل مرضى.

وقد قررت محكمة سانت كاتان فى 16 أبريل سنة 1891 أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتماله للمواد السامة التى تقدم إليه.

وحتى يكون الطبيب مسئولاً يجب بداهة أن يكون فى استطاعته أن يكشف عن ضعف المريض الذى يحول دون استعمال علاج معين⁽¹⁾.

وعلى الطبيب تحديد جرعة الدواء التى لا تضر المريض، فإذا وصف الطبيب الدواء بجرعة تزيد على الجرعة اللازمة فأدى إلى تسمم المريض كان الطبيب مسئولاً عن خطئه، وكذلك إذا كان التسمم نتيجة وصف الدواء على مدد مقاربة على خلاف

الأصول الطبية.

أما إذا حدد الطبيب الدواء بجرعة أزيد قليلا من المعتاد حتى يكون تأثيره أقوى فإنه لا يرتكب خطأ طالما أن الزيادة فى الجرعة لم تخرج عن حد المعقول. ويجب أن يتأكد الطبيب من تحمل المريض للدواء وأن ينبه المريض إلى ما يمكن أن يترتب عليه من أخطار، ثم يراقب بعناية طوال مدة تعاطيه تأثيره عليه. ولكن الطبيب لا يسأل إذا لم يكن فى إمكانه أن يكشف عما يمكن أن يكون بالمريض من حساسية تحول بينه وبين استعمال الدواء.

وقد قضت محكمة ليون فى 7 ديسمبر سنة 1893 بأن الطبيب الذى يصف لمريض دواء عرضه لأن يسممه نتيجة زيادة فى الحساسية لدى المريض، يرتكب خطأ إذا لم يلفت إلى ذلك نظر مريضه أو نظر الذى يحيطون به، فإنه لا حاجة بالطبيب إلى أن يظل على مقربة من المريض من أجل ملاحظته. فإن من المبالغة أن يفرض على الطبيب مقل هذا الإجراء، الذى يكون من شأنه ولاشك أن يعطل مزاوله المهنة الطبية، ويضر بمصالح سائر المرضى على وجه العموم.

وعلى العموم يجب أن يوازن الطبيب بين أخطار العلاج وأخطار المرض، ولا بد أن تكون أخطار العلاج أقل بكثير من أخطار المرض إذ لا يتصور أن تكون أخطار العلاج أكثر من أخطار المرض إلا فى حالة استثنائية فقط وهى حالة ما إذا كانت وسيلة العلاج يرى الطبيب فيها الإنقاذ الأخير لحياة المريض وكانت حالته المرضية ميئوسا منها، نفى هذه الحالة يكون للطبيب الحرية الواسعة فى اختيار هذه الطريقة ولو كانت أخطارها أكثر من أخطار المرض ففى هذه الحالة لا يسأل الطبيب عنها، لأنها ليست من الأمور الهينة، لما تتطوى عليه من عناصر هى على قدر كبير من الدقة فى التقدير لمدى فاعلية العلاج من ناحية ومدى قابلية جسم المريض للعلاج من ناحية أخرى⁽¹⁾.

وعلى الطبيب دائما أن يراعى فى علاجه للمريض المعطيات العلمية المكتسبة، بمعنى أن العلاج الذى يقع عليه اختيار الطبيب يجب أن يكون مقبولا فى مجال العلوم الطبية ومتفقا مع الأصول العلمية المستقرة فى علم الطب⁽²⁾ ومن ثم يجب على عاتق

(1) حسن الإبراشى ص 275.

(2) علاء الدين خميس ص 167.

الطبيب متابعة التطورات العلمية التى تضيف أصولا جديدة إلى الأصول المستقرة فى علم الطب حتى يقف دائما على ما استجد من وسائل العلاج ليطبقها على مرضاه، فلا يجهل العلامات والأعراض الجديدة المكتسبة للاستدلال على الأمراض وأنواع العلاج التى يوصى بها لتحقيق الشفاء.

ومن قضاء محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- مزج الطبيب الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذى كان يتعين مزجه، يوفر ركن الخطأ الذى أدى إلى موت المرضى أو إصابتهم، ولو كان الخطأ مشتركا بينه وبين الممرض.

إذ جرى قضاؤها على أن :

"متى كان الحكم وقد انتهى إلى تبرئة المطعون ضده من جريمتى القتل والإصابة الخطأ والتماس العذر له وإسقاط الخطأ عنه نظرا لزحمة العمل، ولأنه لا يوجد بالوحدة الطبية سوى إناء واحد يقطر فيه الماء أو يحضر فيه الطرطير مما أوقعه فى الغلط، وإلى أن من مات من الأطفال كان فى حالة مرضية متقدمة تكفى وحدها للوفاة إلا أن الحقن عجل بوفاتهم مما يقطع رابطة السببية بين الخطأ بفرض ثبوته فى حقه وبين الموت الذى حدث، وما ذكره الحكم من ذلك سواء فى نفيه الخطأ أو فى القول بانقطاع رابطة السببية خطأ فى القانون، ذلك بأنه مادام أن المطعون ضده وهو طبيب مزج الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذى كان يتعين مزجه فلقد أخطأ سواء كان قد وقع فى هذا الخطأ وحده أو اشترك معه الممرض فيه وبالتالي وجبت مساءلته فى الحالين لأن الخطأ المشترك لايجب مسئولية أى من المشاركين فيه ولأن استيثاق الطبيب من كنه الدواء الذى يناوله المريض أو فى ما يطلب منه فى مقام بذل العناية فى شفاؤه، وبالتالي فإن التقاعس عن تحريره والتحرز فيه والاحتياط له إهمال يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يتحمل وزره. كما أن التعجيل بالموت مرادف لإحداثه فى توافر علاقة السببية واستيجاب المسئولية، ولا يصلح ما استندت إليه المحكمة من إرهاب الطبيب بكثرة العمل مبررا لإعفائه من العقوبة، وإن صلح ظرفا لتخفيفها. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يستوجب نقضه."

2- إهدار محكمة الموضوع ما جاء بتقرير الطبيب الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث ولو كان قد تكرر الحقن بها لفترات طويلة سابقة، دون الاستناد إلى أسباب فنية تحمله ليس من شأنه إهدار هذا التقرير يعد قصورا .

إذ قُضت بأن :

"متى كان يبين من الاطلاع على مدونات الحكم الابتدائى الذى اعتنق الحكم المطعون فيه أسبابه أنه حصل واقعة الدعوى بما مجمله أن المجنى عليه قد توفى على أثر تعاطيه حقنة تحتوى على مادة البنسلين كان الطاعن - وهو طبيب الإدارة الصحية للشركة التى يعمل بها المجنى عليه - قد قرر علاجه بها، وبعد أن أورد الحكم مضمون الأدلة التى أقام عليها قضاءه ودفاع الطاعن خلص إلى عدة تقارير تساند إليها فى إدانته للطاعن من بينها قوله "إن ما ذهب إليه الطبيب المتهم وأبدته فيه الممرضة التى تعمل تحت رئاسته من أن الحقنة التى توفى المجنى عليه من أجلها وعلى أثرها هى الحقنة الثانية من بين الحقن الثلاث التى وصفها له لا يقبل عقلا ولا يمكن التسليم به لأنه طالما كان من المقطوع به ببساطة أن المجنى عليه المذكور مصاب بحساسية ضد مثل هذا العقار فإنه لا يتصور تعاطيه له لأول مرة دون أن يتعرض من جراء ذلك لأية مضاعفات على نحو ما ادعاه الطبيب المتهم ثم ملاقاته الموت فور تعاطيه له للمرة الثانية أو بعد ذلك بفترة وجيزة أقصاها عشر دقائق رغم كل محاولات إسعافه -" لما كان ذلك، وكان ما أورده الحكم فى هذا الشأن يتعارض مع ما نقله عن تقرير الطبيب الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث ولو كان قد تكرر الحقن بها لفترات طويلة سابقة، وأنه وإن كان الأصل أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المعروضة على بساط البحث وهى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها إلا أنه من المقرر أنه متى تعرضت المحكمة لرأى الخبير فى مسألة فنية بحتة فإنه يتعين عليها أن تستند فى تغييره إلى أسباب فنية تحمله وهى لا تستطيع فى ذلك أن تحل محل الخبير فيها، لما كان ذلك، فإن ما قال به الحكم على خلاف ما ورد بتقرير الطبيب الشرعى مجردا من سنده فى ذلك لا يكفى بذاته لإهدار هذا التقرير وما حواه من أسانيد فنية وكان خليقا بالمحكمة وقد داخلها الشك فى صحة هذا الرأى أن تستجلى الأمر عن طريق المختص فنيا أما وهى لم تفعل فإن حكمها - فضلا عن فساده فى الاستدلال - يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 604 لسنة 47 ق جلسة 1977/10/30)

3- يتعين على محكمة الموضوع تحقيق ما دفع به الطبيب من احتمال فساد الحقنة التى أعطيت للمجنى عليه وأدت إلى وفاته، لعيب فى تصنيعها أو لسوء فى حفظها أو الرد عليه على هذا الدفاع من واقع دليل فنى.

إذ قضت بأن:

"إغفال الحكم تحقيق ما دفع به الطاعن من احتمال فساد الحقنة التى أعطيت للمجنى عليه لعيب فى تصنيعها أو لسوء فى حفظها أو الرد على هذا الدفاع من واقع دليل فنى يعيبه لأنه - فى خصوص الدعوى المطروحة - دفاع جوهرى من شأنه - لو صح أن يتغير به وجه الرأى فيها. ولا يغنى عن ذلك كله ما ذكره الحكم من أدلة أخرى، إذ الأدلة فى المواد الجنائية متساندة يشد بعضها بعضا ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضى بحيث إذا سقط أحدها أو استبعد تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان لهذا الدليل الباطل فى الرأى الذى انتهت إليه المحكمة".

(طعن رقم 604 لسنة 47 ق جلسة 1977/10/30)

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى 1974/11/28 بإدانة طبيب عن قتل خطأ نتيجة إهماله وعدم تحرزه.

وتتلخص وقائع هذه الدعوى فى أن طبيب أسنان قام بحقن مريض بأمبول البنسلين الذى قد يحدث حساسية لدى بعض الأفراد تودى بحياته وترتب على حقنه بهذا العقار وفاة المريض نتيجة الحساسية من البنسلين. وفى هذه القضية لم يلتزم الطبيب باتباع الأصول الطبية التى تقتضى إجراء بعض أنواع التحاليل ضد الحساسية لبعض أنواع الأدوية ومنها البنسلين، ولذلك فإن الطبيب يعتبر مسئولا فى هذه الحالة وفى كل حالة يثبت منها عدم التزامه باتباع الأصول العلمية الثابتة⁽¹⁾.

266- الحقن بمصل التيتانوس:

لا شك أن الحقن بمصل التيتانوس فى حالة الجروح الخطيرة من شأنه أن يجنب الجرحى خطر الإصابة بمرض التيتانوس، ولكن استعمال هذا المصل فى جميع الأحوال يعرض المريض أحيانا لأخطار شديدة، لاسيما إذا كان له استهداف ذاتى لمضاعفات

(1) علاء الدين خميس ص 170 وما بعدها.

المصل أو كان قد سبق حقنه به.

ولذلك فإن المبادئ الأساسية التى نادى بها أساطين الطب (ما اقترحته إحدى اللجان فى مؤتمر الطب الشرعى فى فرنسا دور 12 أكتوبر سنة 1936)، والتى تأثرت بها المحاكم فى قضائها فوجب التفرقة بين فرضين:

1- إذا كان الجرح غائراً أو غير منتظم وكان قد اتسخ بحيث يصعب تعقيمه كان على الطبيب أن يحقن المصاب بمصل التيتانوس وإلا عرض نفسه للمسئولية ولا يعفيه من هذا الواجب أن يكون المكان الذى حصلت فيه الإصابة مما تتدر فيه حالات التيتانوس.

2- إذا كان الجرح سطحياً أو كانت ظروف الحال تدعو إلى الشك فى احتمال الإصابة بمرض التيتانوس فللطبيب وحده أن يقدر حالة المصاب وما قد يتعرض له من أخطار إن هو حقنه بالمصل. ولا يسأل الطبيب عن المضاعفات الناشئة عن استعمال المصل ولا عن امتناعه عن استعماله طالما أن رأيه قد استوفى فيه التعاليم الطبية الحديثة وبناء على تقدير دقيق لملازمات الحالة من حيث المكان الذى حصلت فيه الإصابة وسببها وطبيعتها وحالة المريض النفسية وتكوينه الجسمانى⁽¹⁾.

غير أنه يجب التأكد بالتجربة من أن هذا المصل لا يؤدى إلى حساسية تودى بحياة المريض.

267- مسئولية طبيب التوليد:

تبدأ مسئولية طبيب التوليد من ساعة حدوث الحمل، فيسأل عن كل علاج غير مناسب للحالة. وعن إدخال المجس الرحمى بما يمكن أن يؤدى إلى الإجهاض. وفى الأحوال التى يحدث فيها الإجهاض نتيجة دواء يعطيه الطبيب لعلاج مريض لا علاقة له بالحمل، فإنه يجب على المحكمة أن تبحث فيما إذا كان الطبيب قد أطاع داعى ضرورة علاجية. أو أنه أعطى الدواء برعونة وغير احتياط فى استخدام دواء يعرف هو نفسه خطره على المرأة فى حالة الحمل.

ويسأل طبيب التوليد عن الإصابات التى تحدث أثناء التوليد، كتمزق الرحم وخرقه

(1) حسن الإبراشى ص 275 وما بعدها.

بواسطة جفت الولادة، أو ثاقب الرأس⁽¹⁾ أو انتزاع الأمعاء أو بتر بعض أعضاء الطفل كالذراعين لغير ضرورة، أو كسر جمجمة الطفل، أو إصابته في عينه، أو في عصب الوجه بالجفت كما يسأل الطبيب عن إجراء العملية القيصرية بدون حاجة تدعو إلى ذلك، أو على طريقة مخالفة للأصول، أو سوء ربط الحبل السرى، أو ثقب رأس الجنين بغير داع، أو إهمال العلاجات اللازمة للأم أو للطفل الحديث الولادة، طالما ثبت الخطأ.

وقضى بأن المولد الذى يغفل ربط الحبل السرى للطفل ويتركه بغير عناية بعد مولده فيترتب على ذلك موته يرتكب جريمة القتل الخطأ⁽²⁾.

ويجب أن يكون الخطأ - كما ذكرنا سلفاً - واضحاً ومميزاً وبعيداً عن المناقشات العلمية.

وقد عبرت عن ذلك بوضوح محكمة دويه بتاريخ 1897/4/15 فى قضية انتدبت خبراء فيها، فذكرت لهم صراحة فى حكمها التمهيدى أنها لا تطلب منهم أن يبنوا رأيهم على النظريات العلمية الجدلية، بل على القواعد المسلم بها بين الأطباء عامة، وقد قررت فى حكمها أن مسئولية الأطباء عن الأخطاء الجسيمة التى يرتكبونها فى مزاوله مهنة التوليد إنما تجرى على أساس القواعد العامة لحسن التصرف والاحتياط الذى يخضع له مهنة الطب.

وبتاريخ 4 مارس سنة 1898 أصدرت محكمة باريز حكماً قضت فيه بإلغاء حكم محكمة الجنح بإدانة طبيب أجرى عملية الولادة فى وسط الليل بواسطة إبرة من إبر التجديد، وخرق الرحم بذلك، وتسبب فى وفاة الوالدة وقد قرر هذا الحكم أنه لا مسئولية جنائية على الطبيب عن الجرح الذى يحدث منه خلال عملية ثقب رأس الجنين، إذا كان قد اضطر إلى إجراء هذه العملية لأول مرة، وبآلات ارتجالية لم يجد تحت يده غيرها، وفى ظروف تدعو إلى الاستعجال، وكانت العملية فيها هى الأمل الوحيد لإنقاذ الأم، ولو أن الخبراء قرروا أنه لم يجرها بدرجة المهارة الواجبة.

ونعرض لحكم تفصيلي لدائرة الجنح المستأنفة بمحكمة مصر صادر بتاريخ مايو

(2) ثاقب الرأس هو الأداة التى تستخدم فى ثقب رأس الجنين بقصد تفريغ مخه لتصغير الرأس وتسهيل خروجها بذلك.

(3) سانت أمزيك فى 18 يولية سنة 1933 - نقض فرنسى فى 12 ديسمبر سنة 1946.

سنة 1927 (المجموعة الرسمية س 28 ص 20 رقم 11)⁽¹⁾ فى قضية طبيب نسب إليه أنه لم يتخذ الإجراءات التى يوجبها الفن فى قضية توليد انتهت بوفاة الوالدة. وكانت محكمة الجنح قد قضت ببراءة الطبيب، فألغت المحكمة الاستئنافية الحكم، وقضت بتغريم الطبيب عن تهمة القتل الخطأ.

واستندت المحكمة فى إدانة الطبيب إلى أنه ارتكب عدة غلطات كانت سببا فى حصول نزيف تسبب عنه الوفاة وهى:

أولاً: عدم اتخاذ أى حيلة لمنع الخطر فى بادئ الأمر مع ما شاهده من حالة المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم بعشرة أيام من وضع الجنين فى البطن وضيق الحوض. وكان يجب عليه أن يتوقع تعسر الولادة، وأن يفهم آل المتوفاة حقيقة الأمر ويشير عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى أو عمل ترتيب آخر إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل. لا أن يذهب وحده طمعا فى الأجر الذى اتفق عليه، وبدون أن يتخذ أى حيلة، حتى أنه أهمل فى أخذ العدد الكافية التى يمكن أن يحتاج إليها فى مثل هذه الحالة غير الاعتيادية.

ثانياً: أنه عندما باشر الولادة فعلا ووجد أن الحالة صعبة كما تقدم، لم يبادر بإرسال الوالدة إلى المستشفى، أو يطلب طبيبا آخر لمعاونته فى الوقت المناسب، قبل أن يستفحل الخطر. مع أن آل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرفض. ولم يطلب استدعاء طبيب إلا بعد أن ساءت الحالة وحصل نزف شديد وأغمى على المتوفاة.

ثالثاً: الاستمرار فى جذب الجنين مدة من الزمن، واستعمال العنف فى الجذب. مع ما تبين من كبر حجم رأس الجنين، ومن علم المتهم بوجود ضيق فى الحوض، خصوصا بعد أن جرب أن طريقة الجذب لم تقده فى إنزال الرأس لوجود عائق ميكانيكى يمنع من مرور الرأس من الحوض، فلم يكن هناك معنى لاستمرار الجذب مع وجود العائق. ومع علم المتهم أن كل دقيقة تمر تؤثر على الوالدة وتقربها من الخطر شيئا فشيئا. ومع أن المسموح أن يستعمل الطبيب طريقة الجذب لحد محدود يقدره الفنيون بمدة لا يصح أن تزيد على خمس دقائق. ويقولون إنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت. وفى هذه الأحوال تكون السرعة جد واجبة. ويجب على كل حال أن يكون الجذب فنيا بحيث يجذب الجنين فى اتجاه معين، مع اتخاذ الحيلة لجعل الرأس تدخل فى الحوض

(1) مشار إليه فى فائق الجوهري ص 428 وما بعدها.

بأقصر أقطارها. فإذا ما اتخذ الطبيب هذه الإجراءات مدة، ومع علمه بأن الحوض ضيق، والرأس كبير، فكان يجب عليه أن يوقف هذه الإجراءات ويتخذ غيرها. وهى ثقب الرأس بثاقب الرأس ليصغر حجمها ويسهل نزولها.

رابعاً: طلب المتهم معاونة آل المتوفاة له فى جذب الجنين، مع أن الجذب يجب أن يكون فنياً، وما كان يصح له أن يستعين بمثلهم فى مثل هذا العمل الفنى الخطير. وهم لا يدرون فيه شيئاً. ولا يقبل القول بإلقاء مسئولية فصل الرأس عن الجسم على آل المتوفاة، لأن المتهم هو الذى طلب هذه المعاونة، فهو المسئول عن ذلك. وما كان فى استطاعتهم فى هذا الوقت الحرج عدم معاونته فيما يطلب. وكان الواجب يقضى عليه فى هذه الحالة بسرعة طلب طبيب أخصائى لمعاونته، أو يأمر فوراً بإرسال الوالدة إلى المستشفى، كما أشار الطبيب الذى استدعى أخيراً عندما رأى الحالة سيئة.

268- مسئولية الجراح:

(أ) - قبل إجراء الجراحة:

يتعين على الطبيب أن يفحص حالة المريض قبل إجراء الجراحة بدقة وعناية ليتبين ما إذا كانت العملية الجراحية المزمع إجراؤها لازمة له من عدمه.

ولا يجوز له الاعتماد على رأى الطبيب المعالج فى لزوم العملية للمريض، لأن ذلك لا يتفق مع استقلال الجراح، فإذا أجرى العملية الجراحية التى أشار بها الطبيب المعالج دون أن يتأكد من فحصه للمريض أن العملية لازمة له، ثم تبين بعد ذلك أن هذه العملية كانت غير ضرورية، فإن الجراح يكون مسئولاً عما أصاب المريض من ضرر⁽¹⁾.

فإذا تبين للجراح من فحصه للمريض أنه فى حاجة إلى إجراء العملية الجراحية، كان عليه أن يتأكد من مدى احتمالها للعملية المراد إجراؤها، وهو مسئول عن القرار الذى يتخذه نتيجة لهذا الفحص ويلتزم الجراح أيضاً باستشارة الطبيب المعالج قبل إجراء الجراحة حتى يستتير برأيه فى احتمالها للعملية. وعلى الأخص حين تكون العملية خطيرة، ولو أنه ليس من حق الطبيب المعالج أن يفرض على الجراح طريقة أداء عمله، فلا تجوز مساءلة هذا الأخصائى إلا إذا ثبت أنه وقع منه خطأ فيما هو واقع فى دائرة

(1) الدناصورى والشواربى ص 1419.

اختصاصه. كما أنه لا يخلى الجراح من المسؤولية أن يكون الطبيب هو الذى أشار عليه بإجراء العملية. فلا يقبل منه الاحتجاج بأنه إنما نفذ رأى الطبيب المعالج. لأن ذلك لا يتفق مع استقلال الجراح وحرية فى مزولة المهنة، وواجبه فى فحص المريض قبل أن يجرى عليه الجراحة ليرى ما إذا كانت تقتضيها حالته.

وقد اعتبرت محكمة النقض من قبيل الخطأ ما يأتى:

1- تصدى الجراح لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق جراحيا فى عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما سحب الحالة من غرغرينا بالأأمعاء الدقيقة والخصية رغم علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود الغرغرينا أمر متوقع، مما أدى إلى وفاة المريض.

إذ ذهب إلى أن:

"ومن حيث إنه يبين من الحكم الابتدائى - الذى أخذ بأسبابه الحكم المطعون فيه فى خصوص بيان واقعة الدعوى- أنه حصلها بما موجهه أن المجنى عليه (مورث المدعية بالحقوق المدنية) توجه بصحبة شقيقه ... إلى الطاعن بعيادته يوم 1975/6/3 يشكو من حالة فتق إربى فاتفق معهما الطاعن على إجراء جراحة للمجنى عليه بعيادته وبعد أن قام بإجراء الشق الجراحى وجد غرغرينا بالأأمعاء فأغلق الجرح ونقل المجنى عليه إلى المستشفى الأميرى حيث أجريت له عملية جراحية إلا أن المجنى عليه توفى فى اليوم التالى وقد عول الحكم المطعون فيه فى ثبوت خطأ الطاعن على ما أورده من تقرير الطبيب الشرعى من أن تصدى الطاعن لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق لدى المجنى عليه بالعلاج الجراحى فى عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما سحب الحالة من غرغرينا بالأأمعاء الدقيقة والخصية اليمنى سواء لقصور خبرته أو لعدم توافر الآلات الجراحية اللازمة للاستمرار فى التداخل الجراحى مع علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود الغرغرينا بالأأمعاء والخصية أمر وارد، يعتبر خطأ مهنيا من جانبه يسأل عنه وعن نتائجه السيئة التى انتهت بوفاة المريض. لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا - وقد قررت أن الطاعن قد أخطأ بتصديده لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق جراحيا فى عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما سحب الحالة من غرغرينا بالأأمعاء الدقيقة والخصية رغم علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود

الغريغرينا أمر متوقع، الأمر الذى انتهى إلى وفاة المريض، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائياً ومدنياً ذلك أنه من المقرر إن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله وأياً كانت درجة جسامته الخطأ، ولما كان الحكم قد أخذ بالتقرير الطبى الشرعى وعول عليه في إثبات خطأ الطاعن وأن هذا الخطأ قد أدى إلى وفاة المجنى عليه، وكان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة في الدعوى والفصل فيما يوجه إلى هذه التقارير من اعتراضات والمفاضلة بينها والأخذ بما ترتاح إليه وإطراح ما عداه لتعلق هذا الأمر بسلطتها في تقدير الدليل، فإن ما يثيره الطاعن في شأن تعويل الحكم على التقرير الطبى الاستشارى وأقوال طبيبى المستشفى الأميرى ينحل إلى جدل في تقدير الدليل لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض. لما كان ذلك، وكان من المقرر أن الخطأ المباشر وغير المباشر سواء في ترتيب مسئولية مرتكبه عن القتل الخطأ، وكان الحكم - قد دلل على أن وفاة المجنى عليه كانت نتيجة خطأ الطاعن وذلك بما نقله عن التقرير الطبى الشرعى - على السياق المتقدم. فإن ما يثيره بشأن مرض المجنى عليه وفرصته الضئيلة في النجاة منه بالتدخل الجراحى السليم يكون غير سديد لما كان ما تقدم، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعاً وإلزام الطاعن المصاريف المدنية."

(طعن رقم 2152 لسنة 53 ق جلسة 1984/1/11)

2- أن الجراح يعد مخطئاً بإجراء جراحة لمريض في العينين معاً وفي وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الإسراع في إجراء الجراحة وفي ظل الظروف والملابسات المشار إليها في التقارير الفنية - وهو أخصائى - دون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة لتأمين نتيجتها والتزام الحيطة الواجبة.

إذ قضت بأن:

(أ) - "إذا كانت محكمة الموضوع - بما لها من سلطة في تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً - قد قدرت أن الطاعن قد أخطأ بقيامه بإجراء الجراحة في العينين معاً وفي وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الإسراع في إجراء الجراحة وفي ظل

الظروف والملايسات المشار إليها فى التقارير الفنية- وهو أخصائى - ودون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة لتأمين نتيجتها والتزام الحيطه الواجبه التى تتناسب وطبيعة الأسلوب الذى اختاره فعرض المريض بذلك لحدوث المضاعفات السيئة فى العينين معا فى وقت واحد الأمر الذى انتهى إلى فقد إبصارهما بصفة كلية، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائيا ومدنيا".

(طعن رقم 1566 لسنة 42 ق جلسة 1973/2/11)

(ب)- "لما كان الحكم الابتدائى - فى حدود ما هو مقرر لمحكمة الموضوع من حق فى وزن عناصر الدعوى وأدلتها- قد استظهر رابطة السببية بين الضرر الثابت من خطأ الطاعن وبين ما انتهت إليه حال المجنى عليه من إصابته بالعاهة المستديمة بما أورده من أنه "لو أجرى الفحوص الطبية قبل إجراء الجراحة وتبين منها أن المريض مصاب ببؤرة قبيحية لامتنع عن إجراء الجراحة ولو أنه أجرى الجراحة فى عين واحدة- لتمكن من تلافى أى مضاعفات قد تحدث له ولما تسبب فى إفقاده إبصار كلتا عينيه ". كما رد على دفاع الطاعن فى شأن انتفاء رابطة السببية بقوله: "وحيث إن المحكمة لا تطمئن إلى دفاع المتهم من أن ما حدث للمدعى بالحق المدنى إنما جاء نتيجة حساسية أصابته فى عينيه، وهو أمر يخرج عن إرادة الطبيب المعالج ذلك أنه حتى على فرض أن المريض قد فاجأته الحساسية بعد الجراحة - فإن ذلك يكون ناشئا من عدم التأكد من خلو جسده من البؤر الفاسدة قبل إجراء العملية ولو كانت العملية أجريت على عين واحدة لتبين الطبيب ما يمكن تلافيه من حساسية أو مضاعفات حدثت فى العين الأولى "، كما أن الحكم المطعون فيه أورد من تقرير الطبيب الشرعى الأخير أن خطأ الطاعن على نحو ما سلف بيانه نقلا عن هذا التقرير - قد عرض مورث المطعون ضدهم للمضاعفات السيئة فى العينين معا فى وقت واحد وأن الطاعن يحمل مسئولية النتيجة التى انتهت إليها حالة المريض- وكان الطاعن لا ينازع فى صحة ما نقل الحكم المطعون فيه من ذلك التقرير - فإن مؤدى ما أثبتته الحكم من ذلك أنه قد استظهر خطأ الطاعن ورابطة السببية بينه وبين النتيجة التى حدثت بمورث المطعون ضدهم من واقع التقارير الفنية بما مفاده أن الحالة المرضية لهذا الأخير لم تكن تستدعى الإسراع فى إجراء الجراحة وأن الطاعن- وهو أستاذ فى فنه - بما له من مكانة علمية وطول خبرة فنية كان يتعين عليه أن يتوقع حدوث المضاعفات بعينى المريض عقب الجراحة التى أجراها له وقد كان من

مقتضى حسن التبصر والتحرز ألا يغيب هذا عنه خاصة فى ظل الظروف والملايسات التى أجريت فيها الجراحة، وهو ما يكفى ويسوغ به تدليل الحكم على توافر رابطة بين الخطأ والضرر، ومن ثم فلا محل لتعيب الحكم بالقصور فى هذا الصدد".
(طعن رقم 1566 لسنة 42 قى جلسة 1973/2/11)

(ب) - أثناء إجراء الجراحة:

يلتزم الجراح بأن يؤدى عمله الجراحى بالمهارة التى تقتضيها مهنته وبالمستوى الذى ينتظره منه المريض، فهو مسئول عن كل خطأ يصدر منه ولو كان يسيرا.
فيسأل الجراح عن تجاهل القواعد الرئيسية للمهنة، كأن يهمل فى تنظيف الجرح وغسله وسبر غوره، أو ترك بقايا من الشاش أو القطن أو آلة جراحية ببطن المريض.
ولكن الجراح يخلى من المسؤولية فى العمليات التى تكون على درجة من الخطورة بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة، وحيث تكون لكل دقيقة قيمتها، ومن ثم فإن نسيان قطعة من القطن أو الشاش فى جسم المريض لايعتبر خطأ، بل مجرد حادث جراحى لا يسأل عنه الجراح. ولكن يجب لإخلاء مسئوليته أن يقوم الدليل على أن تركه هذه الضمادة كان نتيجة ضرورة علاجية أو قوة قاهرة⁽¹⁾.

ولكن الجراح لا يسأل إذا وجدت حالة شاذة لم يكن فى إمكانه أن يعرفها أو يتوقعها كأن يقطع الشريان السباتى فى عملية جراحية فى البلعوم ويتضح أن سبب القطع راجع إلى أن هذا الوريد لم يكن فى موضعه الطبيعى ولم يمكن للطبيب أن يتنبأ بذلك. أو يهمل ربط الشريان فى الفخذ أعلى ورم أنيو رزمى، خاله وربما بسيطا حيث لا يوجد فى الحالة ما يدعو إلى الشك فى أنه ليس كذلك ولا يلزم الجراح فى مثل هذه الأحوال بأن يستشير جراحا آخر أو يستعين بأحد زملائه⁽²⁾.

ولا يسأل الجراح عن إجراء العملية بطريقة دون طريقة أخرى طالما أن الطريقتين مسلم بهما علميا.

كما أنه لا مسئولية على الجراح إذا اتبع قواعد فنه ولم يحصل منه خطأ ما، ولو لم يحصل من العملية على النتائج التى كان يمكن أن يحصل عليها منها طبيب أكثر مهارة.

(1) فائق الجوهري ص 422.

(2) فائق الجوهري ص 419.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 1947/7/21 بأن الطبيب يسأل عن بتر ساق المريض إذا هو أخطأ فأمر مساعده برفع بعض أجزاء منضدة العمليات، دون أن ينتبه إلى ربط الساق بها، فترتب على ذلك حدوث كسر بها انتهى إلى بترها.

وقضت محكمة دويه في 1931/1/19 بخطأ طبيب أجرى كحتاً لمريضة وبده مصابة بعجز يمنعها من الحركة. وقد أخذ عليه الخبراء أنه بعد أن خدر المريضة حاول أن يوسع عنق الرحم بالأدوات المعتادة، ثم أدخل إصبعه لإجراء كحت إصبعي، فلقى مقاومة حاول التغلب عليها فخرق الرحم، ونقلت المرأة إلى المستشفى في حالة سيئة. واستلزم الحال لإنقاذ حياتها بتر رحمها وعمل شرح صناعي لها.

وقد قرر الخبراء أنه كان يجب على الطبيب إزاء الضيق البادي في عنق الرحم وعدم انفتاحه بما فيه الكفاية، عدم إجراء العملية التي لم تكن هناك حاجة عاجلة إلى إجرائها. ولكنه بدلاً من ذلك حاول إدخال إصبعه في رحم لم يتمدد عنقه فأدى بذلك إلى تمزقه، وقد ساعد على ذلك عجز يده اليمنى بسبب إصابته في الحرب واضطراره إلى الاعتماد على يده اليسرى وحدها .

ويلتزم الجراح في بعض الأحوال بحقن المريض بالمصل المضاد للثيتانوس.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1971/12/21 في الطعن رقم 464 لسنة 36 ق

بأن:

"وحيث إن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن بصفته على قوله إن كبير الأطباء الشرعيين ذكر في تقريره أنه وإن كان التداخل الجراحي الذي أجرى للمستأنف ضده (المطعون ضده) قد أجرى وفق الأصول الفنية الصحيحة، وأنه ليس ثمة ما يمكن نسبته إلى المستشفى من خطأ أو إهمال في هذا الصدد، إلا أنه من ناحية أخرى فإن هذا التداخل الجراحي قد أجرى متأخراً بعد أن كان قد انقضى على بدء العلاج بالمستشفى حوالى الشهرين رغم ما هو ثابت بالأوراق الطبية من حصول نقص واضح في الإبصار بالعين اليمنى من 6/9 إلى 6/60 وبالعين اليسرى من 6/36 إلى 6/60 وبالرغم من أن توتر العينين لم يستقر على وضع ثابت، وكان الأجدر التذكير بالعلاج الجراحي مادامت حالة العينين لا تستجيب للعلاج الدوائي، فضلاً عن أن العين اليمنى لم توضع بعد العملية تحت الملاحظة الكافية لقياس قوة إبصارها وتوترها وميدان النظر في فترات متضاربة، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار

شكوى المريض من الصداع بحيث ازدادت التغيرات الضمورية بالعصب البصرى حتى فقدت العين إبصارها دون اتخاذ إجراء آخر لعلاج التوتر الغير مستقر فى هبوطه وأنه يؤخذ على المستشفى أنها وقد تبين لها عدم استجابة عين المريض للعلاج الطبى فإنه يكون من الضرورى أن تبادر بإجراء الجراحة بعين المصاب بمجرد أن تبين عدم استجابتها للعلاج الدوائى، وأن العين اليمنى لو لوحظت بعد الجراحة للتعرف على مدى احتياجها لعلاج آخر أو جراحة ثانية تجرى فى الوقت المناسب لكان من المحتمل أن يسفر العلاج عن نتيجة أفضل مما انتهت إليه حالة المريض وهذا الذى ذهب إليه كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره واضح الدلالة على قيام الخطأ فى العلاج الذى أسفر عن الأضرار الجسيمة التى حاقت بالمستأنف ضده "المطعون ضده" طالب التعويض. وأما قول المستأنف "الطاعن" إنه استعان بطبيبين أخصائيين فإنه لا يدرأ عنه شبهة الخطأ، ذلك أن أولهما لم يستدع إلا بعد دخول المريض بحوالى شهر، وإذا كان هذا الاخصائى قد أشار بعلاج دوائى فإن هذا لا يعفى المستأنف "الطاعن" من المسؤولية لقاء الثابت من تقرير كبير الأطباء الشرعيين من أن حالة مثل هذا المريض كانت تستدعى التداخل الجراحى فور اكتشاف حقيقة المرض، وخطأ هذا الأخصائى فى العلاج لا يعفى المستأنف "الطاعن" من المسؤولية، وأما الأخصائى الآخر وهو الدكتور محمود عبد الحميد عطية فإنه لم يستدع إلا بعد إجراء الجراحة بوقت طويل ولا يشفع ما أشار به من علاج دوائى بعد الجراحة فى نفي المسؤولية عن الطاعن فى التداخل الجراحى الذى كان يجب المبادرة به فور اكتشاف طبيعة المرض "ومفاد هذا الذى قرره الحكم أنه اعتبر التراخى فى إجراء التداخل الجراحى بعينى المطعون ضده مدة تقرب من الشهرين على الرغم من أن حالته كانت تستلزم ضرورة المبادرة باتخاذ هذا الإجراء على أثر ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى - اعتبر الحكم ذلك خطأ من جانب أطباء المستشفى العسكرى العام لا يبرره تذرعهم بأنهم استعانوا فى علاج المطعون ضده بطبيبين إخصائيين، وأنه إلى جانب هذا الخطأ يقوم خطأ آخر وقع فيه أطباء المستشفى العسكرى العام هو أنهم لم يبذلوا العناية الكافية للعين اليمنى بعد إجراء الجراحة فيها، وقد أدى ذلك إلى فقد أبصار هذه العين، وأن هذين الخطأين يوجبان مساءلة الطاعن بصفته. ولما كان التزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى

علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد سجل في حدود سلطته التقديرية أخذاً بما أثبتته كبير الأطباء الشرعيين في تقريره وعلى ما سلف البيان أن أطباء المستشفى العسكري العام لم يبذلوا العناية الواجبة في رعاية العين اليمنى بعد إجراء الجراحة فيها إذ لم توضع هذه العين بعد العملية الجراحية تحت الملاحظة الكافية، وذلك بقياس قوة إبصارها وتوترها وميدان النظر في فترات متقاربة، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار شكوى المطعون ضده من الصداع بحيث ازدادت التغيرات الضمورية بالعصب البصري حتى فقدت العين إبصارها دون اتخاذ إجراء آخر لعلاج التوتر الغير مستقر، واعتبر الحكم ذلك خطأً موجبا لمساءلتهم عن الضرر، وهو استخلاص من الحكم سائغ، وكان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في وصفها للفعل أو الترك بأنه خطأ مما يستوجب المسؤولية المدنية، وكان ما وصفه الحكم المطعون فيه بأنه خطأ وقع من الطاعن بصفته يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانوني، وإذ كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استخلاص محكمة الموضوع لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما يدخل في تقديرها متى كان سائغاً، وكان ما استخلصه الحكم في هذا الشأن وعلى ما سلف البيان هو استخلاص سائغ، وأنه لا يكفي لانتفاء هذه العلاقة ما أورده كبير الأطباء الشرعيين في تقريره من أن إصابة صغار السن بالأجلوكوما الابتدائية كثيرا ما تنتهي إلى ذات النتيجة التي وصل إليها المطعون ضده، ذلك أنه يجب لاستبعاد خطأ الطاعن كسبب للضرر أن يتوافر السبب المشار إليه في خصوصية هذه الدعوى، وأن يثبت أنه السبب المنتج في إحداث الضرر وكان التقرير قد اكتفى بإيراد رأى علمي مجرد على النحو السالف ذكره دون أن يثبت توافر هذا العامل الخلقى في خصوصية حالة المطعون ضده وأنه السبب المنتج في إحداث الضرر، فلا على الحكم إن هو لم يعتد به في نفي علاقة السببية.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى توافر عناصر المسؤولية في هذا الخصوص في حق أطباء المستشفى العسكري أخذاً بالرأى الفني الذى أثبتته كبير الأطباء الشرعيين في تقريره، فإن في ذلك الرد على ما أثاره الطاعن في شأن عدم

الاعتداد بالتقرير فى هذا الخصوص. لما كان ما تقدم جميعه فإن ما ذهب إليه الحكم من أن ما وقع من الطاعن بصفته على النحو السالف بيانه يعد خطأ يستوجب مسئوليته، وعلى هذا الأساس أدخل فى عناصر التعويض الذى قضى به ما أصاب المطعون ضده من ضرر عن فقد إبصار عينه اليمنى نتيجة الإهمال فى علاجها وملاحظتها ورعايتها بعد إجراء الجراحة فيها فإنه لا يكون مخطئاً فى القانون أو مشوباً بالقصور فى التسبب ومن ثم فإن جميع ما يعيبه الطاعن على الحكم فى هذا الخصوص يكون غير سديد، إلا أنه لما كان الحكم لم يستند فى قضائه بمسئولية الطاعن بصفته إلى هذا الخطأ الثابت فى جانبه فحسب، وإنما استند أيضاً إلى تراخى أطباء المستشفى العسكرى العام فى إجراء التداخل الجراحى مدة تقرب من الشهرين، مع أن حالة المطعون ضده كانت تستلزم المبادرة باتخاذ هذا الإجراء فور ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى الذى استمر عليه طوال تلك المدة، دون أن يتحقق الحكم من أن العلاج الدوائى الذى اتبعه الأطباء مع المطعون ضده على النحو الذى أورده كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره الذى اعتمد عليه الحكم فى قضائه، كان لا يتفق مع ما تقضى به الأصول المستقرة فى علم الطب وهو ما يجب توافره لمساءلة الطبيب عن خطئه الفنى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون فى هذا الخصوص قد شابه القصور فى التسبب بما يستوجب نقضه لذلك، طالما أنه قضى بتعويض إجمالى عن الأضرار التى حاقت بالمضرور ومن بينها الضرر الناجم عن خطأ الطاعن فى التراخى فى إجراء التداخل الجراحى والذى قصر الحكم فى استظهار الشرط اللازم توافره لثبوته فى حق أطباء المستشفى العسكرى العام على النحو السالف بيانه".

(ج) - بعد إجراء الجراحة :

يظل الجراح مسئولاً عن المريض خلال الفترة التى تعقب العملية الجراحية. ويقع الالتزام بمراقبة المريض بعد العملية فى المقام الأول على الجراح ولو كان قد استعان بطبيب للتخدير، وهذا لا ينفى مسئولية طبيب التخدير المختص بالإنعاش فيما يختص بتخصصه.

وهذا الالتزام يقتضى من الجراح انتقاله لرؤية حالة الجرح، فلا ينبغى أن يكتفى بالتفسيرات أو الإيضاحات التليفونية، وأن يراقب الجبس بعد الكسر وأن يفك الجبس فى

حالة الألم أو ظهور أى علامة للشك. وهو يعتبر مسئولا عن الغرغرينة التى تحدث نتيجة عدم المراقبة، ويعتبر مسئولا أيضا إذا لم يوجه المريض إلى طبيب متخصص إذا ظهرت عليه أعراض تستدعى ذلك⁽¹⁾.

269- جراحة التجميل:

ينقسم الطب الجراحى إلى نوعين: الجراحة العلاجية وهى التى تعنى بعلاج الأمراض، فيكون قصد الشفاء ملحوظا فيها، ثم جراحة التجميل أو جراحة الشكل، وهى التى لا يكون الغرض منها علاج مرض، بل إزالة تشويه بالجسم. وقد عرفها الدكتور دارتيج بأنها: "مجموعة العمليات التى تتعلق بالشكل، والتى يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة فى ظاهر الجسم البشرى، تؤثر فى القيمة الشخصية، أو الاجتماعية للفرد"⁽²⁾.

وجراح التجميل - كغيره من الأطباء - لا يضمن نجاح العملية التى يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1969/6/26 فى الطعن رقم 111 لسنة 35 ق

بأن:

1- "وحيث إن مما تتعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والخطأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك نقول إنها أثبتت أمام محكمة الموضوع أن الرقعة الجلدية التى وضعها المطعون ضده بذراعها الأيمن والتى نتج عنها تشويه ظاهر بجسمها لم تكن تستلزمها عملية التجميل التى اتفقت معه على أن يجريها لها، وأنه لذلك يكون الخطأ ثابتا فى جانبه، وقد برر المطعون ضده عمل هذه الرقعة بأنه فوجئ أثناء إجرائه للعملية بوجود ورم بهذا الذراع اشتبه فى أن يكون سرطانيا فاضطر لتوسيع الجرح حتى يتمكن من استئصال هذا الورم وكان لابد بعد ذلك من عمل الترقيع، ومؤدى هذا

(1) علاء الدين خميس ص 308.

(1) راجع فائق الجوهري ص 319.

الدفاع أنه كان فى حالة ضرورة من شأنها أن تدرأ عنه المسؤولية فيما أجراه من توسيع فى الجرح ومن ترقيع له وإذ كانت الطاعنة قد أنكرت وجود الورم الذى ادعى المطعون ضده أنه وجده بذراعها واستأصله، وذكرت أنه يستحيل طبقاً للأصول العلمية الثابتة فى المجال الطبى وجود ورم يمكن أن يشتبه فيه فى الوضع الذى أجريت فيه العملية، واستندت فى ذلك إلى مراجع علمية وإلى رأى الدكتور يحيى شريف الذى قدمت تقريراً استشارياً منه، فإنه كان يجب على محكمة الموضوع أن تطلب من المطعون ضده إثبات حالة الضرورة التى يستند إليها فى تبرير النتيجة السيئة التى انتهت إليها العملية أى إثبات وجود الورم، لكن المحكمة لم تفعل واكتفت فى الرد على دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بقولها فى حكمها المطعون فيه، إنه يكفى أن يشتبه المطعون ضده فى نوع الورم حتى يكون من واجبه أن يستأصله هو وما حوله من الأنسجة، وهذا الرد لا يواجه دفاع الطاعنة المتضمن إنكارها وجود ورم من أى نوع إذ أنه مع التسليم بصحة ما قرره المطعون ضده وسأيره فيه الحكم المطعون فيه من أن الشك فى أمر الورم يبيح له ما فعل، فإنه لا بد من ثبوت وجود الورم أياً كان نوعه ووصفه، وعبء هذا الإثبات يقع على عاتق المطعون ضده. وإذ كان لم يقدم دليلاً على وجود الورم ولم يثبت فى أوراق المستشفى التى أجريت فيها العملية ولم يقدم نتيجة تحليل عينة الورم الذى ادعى أنه أجراه فى معامل مستشفى القصر العينى، كما أن الطبيبين اللذين استند الحكم المطعون فيه إلى تقريريهما فى نفي الخطأ عن المطعون ضده ذكراً أنه لا يمكنهما الجزم بوجود الورم، وأقاما رأييهما بنفي الخطأ على أساس التسليم بصحة قول المطعون ضده بوجود هذا الورم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتحقق من وجود الورم، ولم يقم الدليل على ذلك يكون قاصر البيان، كما أن ما قرره من أن ما حدث بذراعى الطاعنة من آثار الالتئام بسبب طبيعة جلدها هو الذى استدعى عمل الرقعة الجلدية لفقل الجرح يدل على أن المحكمة لم تدرك وقائع الدعوى ولم تفهم ما ورد فى تقريرى الخبيرين المعينين فيها على وجهه الصحيح، فقد ظنت أن عمل الرقعة الجلدية يرجع إلى طبيعة جلد الطاعنة التى قال عنها الدكتور عبد الله على إنها "كلوبدية" أى أن لديها استعداداً طبيعياً للتليف والبروز فى مكان التئام الجروح مع أنه لا علاقة لطبيعة الجلد بواقعة الترقيع فلا المطعون ضده ولا الدكتور عبد الله على قد ادعى أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى

استدعت عمل الرقعة الجلدية، بل هما استندا إلى هذا الأمر فى تبرير وجود البروز فى مكان النّثام الجروح لا فى تبرير عمل الرقعة الجلدية، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها بنفى مسؤولية المطعون ضده عن إجراء الترقيع الذى أحدث تشويها ظاهرا بجسم الطاعنة على فهم خاطئ لعناصر الدعوى ومخالف لما ورد فى تقريرى الخبيرين اللذين أخذت بهما المحكمة. وتضيف الطاعنة فى السبب الأخير من أسباب الطعن ما مفاده أن مسؤولية الطبيب الجراح هى مسؤولية تعاقدية وأن هذه المسؤولية تختلف باختلاف مستوى الطبيب العادى فمسؤولية الطبيب الاخصائى أشد من مسؤولية الطبيب العادى، وأن التزام الطبيب فى جراحة التجميل هو التزام بنتيجة فإذا لم تؤد العملية إلى تجميل بل أدت إلى تشويه فإن الطبيب يكون قد أخل بالتزامه التعاقدى وحقت عليه المسؤولية وتنتهى الطاعنة إلى أن الحكم المطعون فيه إذ لم يطبق هذه القواعد القانونية يكون مخالفا للقانون علاوة على ما شابه من قصور على النحو السالف بيانه.

وحيث إن مسؤولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هى مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التى يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق - فى غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة فى علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التى يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر. ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه له جراح التجميل فى موضع الجرح والذى نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة

قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكى يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت إجراء الترقيع والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال. لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتها أن المطعون ضده أخطأ خطأ جسيماً لوضعه رقعة جلدية بذراعها الأيمن نتج عنها تشويه ظاهر بهذا الذراع، ودلت على هذا الخطأ بأن عملية التجميل التى اتفقت مع المطعون ضده على أن يجريها لها لم تكن تستلزم بحسب سيرها الطبيعى عمل الرقعة الجلدية، وإنما برر المطعون ضده إجراء الترقيع بأنه فوجئ بعد شق جلد الذراع الأيمن بوجود ورم اشتبه فى أن يكون خبيثاً فاضطر لتوسيع الجرح ليتمكن من استئصال هذا الورم، وكان لابد بعد ذلك من عمل الرقعة لتغطية الجزء الذى نزع منه الجلد، وكانت الطاعنة قد أنكرت وجود الورم الذى ادعى المطعون ضده أنه استأصله وطالبته بتقديم الدليل على وجوده، وقد رد الحكم المطعون فيه على دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بقوله "إن هذا الذى تقوله المستأنفة (الطاعنة) لا يفيدها بشيء فقد اتفق خبيرا الدعوى - وهما الدكتور جمال البحيرى والدكتور عبد الله على - على أنه إذا اشتبه الطبيب الجراح فى نوع الورم فيجب عليه استئصاله كاملاً على أوسع نطاق سواء ظهر بعد ذلك أن الأورام كانت خبيثة أو حميدة وعلى هذا الأساس فإنه يكفى أن يشتبه المستأنف عليه فى نوع الورم بذراعى المستأنفة حتى يكون من واجبه أن يستأصل هذا الورم وما حوله من أنسجة سليمة، وهذا ما فعله المستأنف عليه وأقره عليه خبيرا الدعوى... وحيث إنه استبان مما تقدم ومن تقريرى خيرى الدعوى أن المستأنف عليه لم يرتكب خطأ فى عملية التجميل التى أجراها للمستأنفة وأنه راعى فى إجراءات القواعد الفنية الصحيحة وأصول المهنة، فإن ما حدث بذراعى المستأنفة من آثار الالتئام كان بسبب طبيعة الجلد مما استدعى عمل رقعة جلدية لفصل الجرح وهذا لا يمكن للطبيب معرفته قبل إجراء العملية". وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه بنفى الخطأ عن المطعون ضده بالنسبة لعمل الرقعة بالذراع الأيمن للطاعنة، ينطوى على قصور فى التسبيب وخطأ فى الإسناد ومخالفة للثابت فى الأوراق، ذلك بأنه وقد قام دفاع الطاعنة على أنه لم يكن بذراعها الأيمن أى ورم وطالبت المطعون ضده بتقديم الدليل على ما ادعاه من وجود هذا الورم، فإن ما قاله

الحكم من أنه يكفى أن يشتبه المطعون ضده فى نوع الورم فى ذراع الطاعنة حتى يكون من واجبه أن يستأصله هو وما حوله من أنسجة، لا يواجه دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بما يقتضيه، لأنه يجب لاستقامة قول الحكم أن يثبت أولاً وجود ورم من أى نوع حتى يصح أن يقوم الاشتباه فى أمره، وإذ خلا الحكم من إيراد الدليل على ذلك وكان ما أسنده إلى تقريرى الخبيرين الدكتور جمال البحيرى والدكتور عبد الله على من أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى استدعت عمل الرقعة الجلدية، لا أصل له فى هذين التقريرين ولا فى أوراق الدعوى الأخرى، ذلك أنه لا أحداً من الخبيرين ولا المطعون ضده نفسه ذكر أن طبيعة جلد الطاعنة كان لها دخل فى عمل الرقعة، وإنما استند المطعون ضده والدكتور عبد الله على إلى هذا الأمر فى تبرير حصول البروز والاتساع فى أثر الالتئام بالذراعين لا فى تبرير عمل الرقعة أما هذه الرقعة فقد ذكر المطعون ضده والخبيران فى تقريرها أن استئصال الورم استلزم توسيع الجرح بالذراع الأيمن وأن اتساع الجرح هو الذى اقتضى عمل الترقيع لتغطية الجزء الكبير الذى نزع منه الجلد حتى يلتئم الجرح. ولما كان ذلك وكان تقرير الخبيرين اللذين اعتمد عليهما الحكم المطعون فيه فى نفي الخطأ عن المطعون ضده لا ينتفى بهما خطؤه عن عمل الرقعة الجلدية بالذراع الأيمن للطاعنة إلا إذا ثبت وجود الورم الذى ادعى وجوده وكان الدكتور البحيرى وإن ضمن تقريره أنه لا يمكن الجزم بصحة أو عدم صحة ادعاء المطعون ضده بوجود الورم، وأنه لو كان المطعون ضده قد قدم التقرير الخاص بنتيجة تحليل الورم لكان فى ذلك الدليل القاطع على صحة قوله، لكنه لم يقدم هذا التقرير إلا أن الدكتور البحيرى مع ذلك قد نفى عن المطعون ضده الخطأ بالنسبة لعمل الرقعة الجلدية على أساس مجرد افتراض بأنه قد اتبع فى إجراء العملية ما تقضى به الأصول الفنية من قياس للجرح بعد تشريح الشحم من الأنسجة وقبل أن يقطع الشحم والجلد لإزالته، وهذا الافتراض لا يصلح أساساً لنفى المسؤولية مادامت الطاعنة تتكرر على المطعون ضده اتباعه تلك الأصول الفنية، وطالما أن الحكم المطعون فيه لم يقيم الدليل على صحة هذا الافتراض أو على وجود الورم الذى بدونه لا يكون إجراء الترقيع مبرراً من الوجهة الطبية حسبما جاء بتقريرى الخبيرين اللذين أخذ بهما الحكم المطعون فيه. لما كان ذلك وكان خطأ محكمة الاستئناف فى فهم السبب الحقيقى لعمل الرقعة الجلدية حسبما ورد بأقوال المطعون ضده وفى تقريرى

الخبيرين المعينين فى الدعوى، قد حجب المحكمة عن التحقق من قيام حالة الضرورة التى يستند إليها المطعون ضده والخبيران فى تبرير عمل الرقعة الجلدية، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور، بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

ويجب على جراح التجميل قبل إجراء الجراحة مراعاة الملاءمة بين درجة العيب الذى يشكوه المعيب، والخطر الذى يتعرض له من الجراحة. ويجب أن يدخل فى تقدير درجة العيب الآثار النفسية والاجتماعية والعقلية. فجراحة التجميل هى جراحة جائزة لأن عنصر الشفاء يتوافر فيها، إن لم يكن من الناحية الجسدية فمن الناحية النفسية.

فإذا أقدم الجراح على الجراحة دون وجود ملاءمة بين الحالة التى يشكو منها المعيب والخطر الذى يتعرض له كان الجراح مسئولاً عما يحدث من أضرار للمريض.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة ليون فى 1937/3/17 بأن الطبيب الذى يجرى إزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة العلاج الكهربائى متى لم يقع منه تقصير فى العلاج، لا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة مادام هناك تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج الكهربائى.

ولما كان التزام الجراح فى الأحوال العادية بإحاطة المريض بتفصيلات حالته يتقيد بما تفرضه الضرورة أو ما توجب مصلحة المريض من عدم إحاطته بهذه التفصيلات، حتى لا تهبط روحه المعنوية ويضيع بذلك عنصراً من أهم العناصر لنجاح العلاج. فإنه فى جراحة التجميل ليس ثمة ما يقيد هذا الالتزام إذ المفروض أن تدخل الجراح لا تدعو إليه أية ضرورة عاجلة، لذلك تشددت المحاكم فى فرنسا فى وجوب تنبيه المريض إلى النتائج المحتملة لتدخله الجراحى حتى يكون على بينة من المخاطر التى يتعرض لها وهو فى معرض الموازنة بين مخاطر العملية والفائدة التى يرجوها من ورائها⁽¹⁾.

270- مسؤولية طبيب التخدير:

أصبح من المتفق عليه الآن هو ضرورة وجود طبيب للتخدير أثناء الجراحة، ولا يجوز للجراح في غير حالة الضرورة تخدير المريض بمفرده ويلتزم طبيب التخدير مبدئياً بفحص المريض ليتمكن من تحديد حالته وما يجب أن يوصف لها من وسائل التخدير، وتحديد جرعة المخدر المناسبة للمريض من ناحية حالته الصحية بصفة عامة، وحالة قلبه وجهازه العصبي بصفة خاصة. فلا يكفي إذن مجرد سؤال طبيب التخدير عن المريض صباح يوم الجراحة دون إجراء أى فحص مكتفياً بالملاحظة الظاهرية وإسناده إلى الممرضة إجراء اللازم.

وعليه أن يتأكد من خلو المعدة من أى طعام، فطبيب التخدير لا ينبغي أن يقوم بالتخدير إذا لم يكن متأكداً من أن المريض صائم، وإذا كانت سيدة يتأكد من أنها غير حامل. ولا خطأ على الطبيب إذا استعمل نوعاً من البنج لا تزال الآراء الطبية مختلفة في شأنه طالما أنه لم يقع منه خطأ في استعماله وأن هذا النوع تخطى مرحلة التجربة وأصبح شائعاً في الأوساط الطبية. كما أنه يعتبر مسئولاً إذا لجأ إلى طريقة أكثر خطورة من طريقة أخرى.

ويجب على طبيب التخدير فحص النظام الوريدي للمريض قبل استخدام الحقنة، وذلك لاحتمال اختيار نظام آخر يكون أكثر ملاءمة لظروف المريض. ويجب أن يتأكد من ثبوت الإبرة في الوريد. وعليه التوقف عن الحقن إذا ظهرت بالمريض آلام غير عادية نتيجة لعدم ثبوت الإبرة في موضعها. ويتعين عليه الاحتياط بجهاز إنعاش قبل إجراء العملية. ويجب أن يراقب ظهور أية حساسية للمريض من المخدر، وأن يوقف التخدير وأن يسارع باتخاذ الإجراءات الواجبة في هذا الشأن.

ويعتبر طبيب التخدير مسئولاً أيضاً عن إحداث نخذ (موت موضعي) في ذراع المريض نتيجة تغلغل السائل المخدر في الأنسجة تحت الجلد⁽¹⁾.

وتستمر مسؤولية طبيب التخدير أثناء إجراء الجراحة، فيجب عليه ملاحظة حالة المريض بدقة من حيث التنفس والقلب واستقرار الأعضاء في وضعها السليم وثبيت المريض فوق منضدة الجراحة حتى يكون في مأمن من خطر الوقوع.

(1) علاء الدين خميس ص 329 وما بعدها.

وقد قضت محكمة استئناف باريس فى 4 يولية سنة 1932 باعتبار الطبيب مسئولاً عما يصيب المريض من حروق بسبب حافظات الماء الساخن التى وضعت بالقرب منه وقبل أن يفيق من تأثير البنج.

ويقع على عاتق طبيب التخدير مراقبة المريض بعد إجراء الجراحة من وقت مغادرته غرفة العمليات حتى يفيق من التخدير ويستدل الأطباء على الإفاقة الكاملة بعودة أعضاء جسم المريض لاستئناف وظائفها الحيوية ولاسيما المعدة والأمعاء ويجب على الطبيب التأكد من خمس علامات هى:

1- حركة عضلات البلعوم بحيث تعود إلى حالتها الطبيعية.

2- حركة أعضاء الجسم.

3- رد فعل الجسم إزاء وخز الجلد بآلة شائكة.

4- استجابة المريض لنداء وحركات الآخرين على نحو واضح.

5- عودة الجهاز التنفسى لحالته الطبيعية.

ويكون طبيب التخدير مسئولاً عن أخطاء مساعديه كالممرضات (1).

وقد جرت التقاليد والعادات المهنية بأن يترك طبيب التخدير للممرضات مهنة الإشراف على المريض حتى يفيق من المخدر، وهذه التقاليد والعادات المهنية ليست إلا الحد الأدنى لما يجب أن يبذله رب المهنة من احتياطات وهو حد قد يثبت أنه دون ما تتطلبه المصلحة العامة، فليس اعتياد الأطباء ترك المرضى لعناية الممرضات سبباً لإعفائهم من المسؤولية متى ثبت أن سلوكهم هذا كان ينطوى على الإهمال بالنظر إلى حالة المريض وما تتطلبه من عناية فنية خاصة (2).

271- مسؤولية الجراح عن أخطاء مساعديه :

(أ) - إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تعاقدية :

إذا كانت علاقة الجراح بالمريض علاقة تعاقدية -على النحو الذى أوضحناه سلفاً- فالمقرر أن المدين فى الالتزام التعاقدى يكون مسئولاً عن عمل الغير إذا كان قد استخدمه فى تنفيذ التزامه التعاقدى.

(1) علاء الدين خميس ص 333 وما بعدها.

(2) حسن الإبراشى ص 336.

وبالترتيب على ذلك فإن الجراح يكون مسئولاً عن أخطاء مساعديه، سواء من الأطباء. أو الممرضات، ويدخل في هؤلاء المساعدين طبيب التخدير وكل من يتدخل في الفريق الجراحى دون أن يمنعه الجراح من ذلك مع كونه قادراً على منعه⁽¹⁾.

فإذا وقع خطأ من أحد هؤلاء كان الجراح مسئولاً عنه قبل المريض، وقد رأينا سلفاً أن الجراح يسأل عن الخطأ الذى ترتكبه الممرضة بنسيان آلة طبية أو قطعة من الشاش أو نحوها فى بطن المريض.

فالجراح هو رئيس الفريق الطبى وسيد العملية الجراحية، ويصور الفقه الجراح وهو فى غرفة العمليات بأنه مثل قبطان السفينة له كل السلطة على طاقمها، أما طبيب التخدير فيكون مثل الضابط الميكانيكى على السفينة، له أهمية ولكن ليست له القيادة.

فيرجع إلى الجراح تنظيم وتسيير العمل الجراحى كله من أوله حتى آخره، وذلك طبقاً للأصول العلمية المستقرة فى علم الطب، لأن حالات العمل الجراحى دائماً حرجية وقد تطرأ عليها ظروف جديدة، تحتاج إلى قرار فورى وسريع، وهذا القرار يجب اتخاذه فوراً ليتناسب مع أى تغيير يطرأ على حالة المريض، ولا يجب التروى فيه أو مناقشته أو أخذ أغلبية الأصوات فى الفريق الطبى⁽²⁾.

غير أنه إذا كان المريض هو الذى تعاقّد مع طبيب التخدير، فإن الجراح لا يسأل عن أخطائه لأنه يكون أجنبياً عن العلاقة التعاقدية التى تمت بين المريض وطبيب التخدير⁽³⁾.

(1) حسن الإبراشى ص 360.

(2) راجع فى هذا الشأن علاء الدين خميس ص 299 وما بعدها - فائق الجوهري ص 375 وما بعدها.

(3) ولا نقر ما يذهب إليه البعض مؤيداً بقضاء محكمة النقض الفرنسية من أنه يتساوى مع تعاقّد المريض مع طبيب التخدير، اتجاه إرادة المريض إلى مباشرة طبيب التخدير لتخديره كأن تتصرف إرادة المريض - ضمناً - إلى قبول عمل طبيب التخدير، تأسيساً على أنه إذا قام هذا الأخير بفحص المريض قبل إجراء الجراحة، وناقش معه الأسلوب الذى سيتبعه فى حدود إمام المريض فى هذا الشأن فيمكن القول بأن إرادة المريض قد انصرفت ضمناً إلى أن يتم التخدير بواسطة هذا الطبيب، ومن ثم تقوم بينهما علاقة تعاقدية مباشرة حتى لو كان الجراح هو الذى اختار هذا الطبيب فى الأصل (الدكتور حسن أبو النجا المسئولية العقدية عن فعل الغير أساسها وشروطها 1989 ص 90 - نقض فرنسى فى 1983/10/24) - ذلك أن اختيار الجراح =

وهذا ما قضت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة 1969/7/3 فى الطعن رقم 417 لسنة 34 ق (الحكم منشور فى هذا البند كما سيجىء).

ولكن لا يسأل الجراح عن كميات الدم التى تنقل إلى المريض لأنه لا يجرى تحليل الدم بنفسه للوقوف على صلاحيته الطبية من عدمه، وإنما يحصل على الدم من أحد بنوك الدم المتخصصة، ويقع على عاتقها مسئولية اختلاف الدم عن فصيلة المريض أو وجود جراثيم به. ومع ذلك يرجع المريض على الجراح لأنه تعهد بمقتضى العقد معه، على تقديم الدم السليم الذى يتفق فى الفصيلة مع دمه، فىكون التزامه مع مريضه فى هذا الشأن هو ذات التزام بنك الدم قبله التزاماً بنتيجة، ولعدم وجود علاقة تعاقدية بين المريض ومركز الدم لا يستطيع الرجوع عليه إلا بموجب المسئولية التقصيرية.

وبعض الفقه فى مصر أجاز للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم بالدعوى العقدية على تقدير قيام اشتراط لمصلحته، فى العقد الذى أبرمه طبيبه مع ذلك المركز⁽¹⁾.

(ب) - إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى :

إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى، فإن علاقته بالدولة تكون علاقة تنظيمية لائحية. وبالتالي لا يمكن إسناد ثمة مسئولية إليه إذا وقع خطأ من أعضاء الفريق الطبى الموجودين معه، ولو كان الخطأ من طبيب التخدير، لأنه بحكم كونه طبيباً بالمستشفى ما كان يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير، أو يمنع المساعدين الآخرين من مباشرة عملهم، أو يختار غيرهم ولا يستطيع المريض الرجوع عليه على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه المقررة فى المادة 174 مدنى لأنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فى رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح فى مستشفى حكومى على الطبيب الذى عينته

= لطبيب التخدير لا يمكن أن يستفاد منه اتجاه إرادة المريض إلى قبول التعاقد مع طبيب تخدير قد فرض عليه، ولا يمكن القول بأن سكوت المريض على مباشرة طبيب التخدير لمهام تخديره رضاء منه على أن يقوم بتخديره، لأن المريض فى هذه الظروف مغلوب على أمره وليس له حرية كاملة - وهو بين يدي الجراح - أن يبدى اعتراضه على طبيب التخدير (علاء الدين خميس ص 344 وما بعدها).

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول 1978 ص 378 وما بعدها.

إدارة المستشفى لإجراء التخدير أو على غيره من المساعدين.
غير أنه يجوز للمريض الرجوع على من صدر منه الخطأ على أساس المسؤولية
التقصيرية والرجوع على الحكومة أيضا باعتبارها مسئولة عن خطأ تابعها عملا بالمادة
174 سالفه الذكر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الحكم قد خلص إلى أن وفاة مورث المطعون ضدهم الثلاثة الأول قد
حدثت نتيجة خطأ فى عملية التخدير التى باشرها المطعون ضده السادس ولم يساهم فيها
الطاعن، ولم يسند الحكم إلى الطاعن أى خطأ فى الجراحة التى أجراها للمورث، فإنه لا
يمكن إسناد أى خطأ تقصيرى لشخص الطاعن لأنه بحكم كونه طبيبا بالمستشفى ما كان
يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير - فى الفترة التى
أجريت فيها الجراحة - من مباشرة عملية تخدير المورث أو أن يختار غير هذا الطبيب
للقيام بهذه العملية ، ولا عبرة بما قرره الحكم من أن طبيبا آخر متخصصا كان قد أشار
قبل إجراء العملية للمورث ببضعة أيام بإعطائه بنجا موضوعيا مادام الثابت أن هذا الطبيب
المتخصص كان فى إجازة فى اليوم الذى أجريت فيه العملية للمورث، وأن إدارة المستشفى
عهدت إلى المطعون ضده السادس بالقيام بعمله مدة تغيبه، ولم يكن بالمستشفى فى اليوم
الذى أجريت فيه العملية للمورث طبيب آخر متخصص فى التخدير كان يمكن للطاعن أن
يستعين به فى تخدير المورث".

2- "إنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضى أن يكون المتبوع حرا فى اختيار
تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقيبته
وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح فى مستشفى عام على الطبيب الذى
عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يعتبر تابعا للطاعن
فى حكم المادة 174 من القانون المدنى".

3- "متى انتفى وقوع خطأ شخصى من جانب الطاعن، وكان لا يجوز مساءلته عن
خطأ المطعون ضده السادس على أساس أن الأخير تابع له، وكان أيضا لا يمكن
مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول فى هذه الحالة
بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود
عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة

الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسئولية الطاعن في دائرة المسئولية التعاقدية، ولو أن الأمر لا يتغير في هذه الحالة لأن المدين بالتزام تعاقدى لا يسأل عن عمل الغير إلا إذا كان قد استخدمه في تنفيذ التزامه التعاقدى، مما يقتضى ألا يسأل الجراح عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء يصيب المريض بضرر، إلا إذا كان قد اختار هو هذا المساعد لمعاونته في العملية أو تركه يتدخل فيها مع استطاعته منعه من هذا التدخل وهو ما لا يتوافر في حالة الطاعن".

(طعن رقم 417 لسنة 34 ق جلسة 1969/7/3)

(ج) - إذا كان الجراح يعمل بمركز طبي أو مستشفى خاص :

إذا كان الطبيب يعمل بمركز طبي أو مستشفى خاص وكان مساعده معنيين من قبل المستشفى ولا سلطان له عليهم ولا يملك استبدال غيرهم بهم، فإنه لا يكون للجراح سلطة فعلية في رقابتهم وتوجيههم، ومن ثم لا يعتبرون تابعين له، ولا يسأل عن أخطائهم على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع بالتطبيق لحكم 174 من القانون المدني.

(راجع نقض طعن رقم 417 لسنة 34 ق جلسة 1969/7/3 "منشور سلفا في هذا

البند (ب) ")

272- مسئولية المستشفى الحكومي :

المستشفيات الحكومية هي مصالح عمومية يجرى العمل فيها طبقا للقوانين واللوائح التي تنطبق ليس فقط على القائمين بأمرها بل على المرضى الذين يعالجون فيها فهؤلاء جميعا في مركز قانوني تحدده قوانين المصلحة.

وإذا لم يكن هناك شك في أن علاقة الموظفين بالدولة هي علاقة قانونية فالحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للمستفيدين من المرافق العامة فهم أيضا في مركز لائحي بعيد عن أن يكون تعاقديا.

ذلك أن حقوق المستفيدين والتزاماتهم ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية تتم بينهم وبين الدولة بل هي مستمدة مباشرة من قواعد قانونية عامة التطبيق أوجدتها القوانين واللوائح المنظمة للمصلحة.

حقاً إن المستفيد من المرفق العام يعرب عن إرادته في الاستفادة من هذا المرفق ولكن عمله هذا لا يمكن وصفه بأنه من قبيل التعاقد.

وينبنى على ذلك أن تكون مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها أطباء المستشفى وسائر العاملين فيها قبل المريض، مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾.

وبالتالي يجوز للمريض الرجوع على الطبيب أو غيره من العاملين بالمستشفى الذي صدر منه الخطأ، طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، كما أنه له الرجوع على المستشفى والطبيب الذي يعمل بالمستشفى أو غيره من العاملين بها معاً متضامين وتكون مسؤولية المستشفى على سند من المادة 174 مدني التي تقرر مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. وإذا كانت المستشفى تابعة لشخص معنوي عام رفعت الدعوى على هذا الشخص المعنوي، وإلا رفعت على وزير الصحة باعتباره الممثل لوزارته، إذا لم تكن تابعة لوزارة أخرى.

وإن كان الأصل - كما أوضحنا سلفاً - ألا يسأل الطبيب عن شفاء المريض، فإنه يحصل أحياناً أن يكون الطبيب ملزماً بالتزام محدد بسلامة المريض لا من عواقب المرض بل من خطر الحوادث أو العدوى، وهي غالباً الأحوال التي يقترب فيها العقد الطبي بعقد إيواء بمستشفى، ففي هذه الحالة، لا يكتفى المريض بأن يأويه الطبيب في المستشفى ويقدم له الغذاء المناسب بل يتطلب منه سلامة جسمه بحيث يظل الطبيب مسئولاً عن الأضرار التي تلحقه مدة إقامته في المستشفى ذلك أن المريض وهو راقد في فراشه يعهد بنفسه مجبراً إلى مدير المستشفى، وينتظر منه الحماية من الأخطار التي تهدده. فتلتزم المستشفى بتدقئة المريض بعد العملية الجراحية أو أثناء إقامته بالمستشفى وتقديم الأدوية اللازمة به وإجراء التحاليل اللازمة، ومنع انتقال العدوى إليه.

وتسأل المستشفى عن إصابة المريض في حريق شب في المستشفى، ما لم تثبت المستشفى حدوثه نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي.

غير أن محكمة النقض الفرنسية قضت في 4 أغسطس 1945 بعدم مسؤولية المستشفى عن مريض ألقى بنفسه من النافذة قبيل إجراء العملية الجراحية، مادام لم يثبت خطأ في جانبها.

غير أن مدير المستشفى يعتبر مسئولاً عن إصابة مريض ألقى بنفسه من النافذة،

بعد إجراء العملية الجراحية، على أثر أزمة عصبية لخطأ صدر من الممرضة⁽¹⁾. وهذا النظر لا يحتمل الجدل إذا كان المريض فاقدًا لقواه العقلية، فالغرض الأساس من دخول المستشفى هو ضمان سلامة المريض من سوء تصرفه.

وقضت محكمة كولمار في 1935/12/17 بأن مدير المستشفى يسأل عن العدوى التي تلحق المريض أثناء معالجته بالمستشفى. ولكن يجب على القاضي ألا يسرف في استعمال هذا الحق، ومن ثم يبقى التزام الطبيب في الأصل التزامًا ببذل عناية⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة، ومسئوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية التعاقدية، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه".

(ب) - "إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب".

(طعن رقم 24 لسنة 66 جلسة 1936/6/22)

2- "وحيث إن هذا النعى في غير محله، ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن على ما أورده من "الطبيب الشرعى قرر فى أقواله فى تحقيق النيابة عن بيان سبب الوفاة أنه نتيجة تسمم دموى عفن فى قرح الفراش التى حدثت بالإلتهين، وإذ كان عندها هبوط فى القلب ونبضها سريع فإن فى ذلك علامة على وشك الوفاة من التسمم الدموى وأنه فى تكرار نقلها ما عجل فى إحداث الوفاة وأن التعجيل فى نقلها هو من جانب المستأنف عليه الأول- الطاعن- عمل خاطئ لا يبرره الادعاء بعدم وجود ما يستدعى التدخل الجراحى وبالتالى عدم وجود المبرر لبقائها فى المستشفى" هذا فضلا عن عدم استجلاء المحكمة الظروف التى أوجدت المريضة فى قسم المسالك البولية الذى يعمل به المستأنف عليه- الطاعن - ولم تكشف الأوراق السبب المبرر لتصدى المستأنف عليه الأول لفحص هذه المريضة وعدم إحالتها إلى القسم المختص لفحصها وتقرير ما يجب اتخاذه بشأنها أو على الأقل إبقائها إلى اليوم التالى وإحالتها إلى القسم المختص لفحصها وأن هذه الظروف مجتمعة تقنع المحكمة بخطأ التصرف الذى صدر

(1) محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسؤولية المدنية ص 398 وما بعدها.

(2) راجع حسن الإبراشى ص 228.

من المستأنف عليه الأول الطاعن" وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه لا مخالفة فيه للقانون- ذلك أن مسؤولية الطبيب، وإن كانت لا تقوم فى الأصل-على أنه ملتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض، إلا أنه يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفاؤه. ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العملية الثابتة- وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، وكان انحراف الطبيب عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه المحدد على النحو المتقدم يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدى إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب- لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه آخذ الطاعن- من الواقع الذى حصله- بالخطأ فى استعجال نقل المريضة من المستشفى الجامعى التى يعمل بها لإعادتها إلى مستشفى الحميات وهى على وشك الوفاة، وبأنه أصدر الأمر بنقلها قبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها، وبأنه أخرجها من المستشفى فى ذات اليوم الذى قدمت فيه دون إبقائها إلى اليوم التالى لفحصها بالقسم المختص، واعتبر الحكم هذا التصرف من الطاعن خطأ لا يبرره إدعائه بعدم ضرورة التدخل الجراحى- إذ أن هذا الادعاء - بفرض صحته - لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص بالمستشفى الجامعى لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية، لما كان ما تقدم، فإن الحكم فى وصفه أمر النقل بأنه خطأ من الطاعن يكون قد التزم صحيح القانون. وما يقوله الطاعن من أنه اضطر محافظة على مرضى المستشفى إلى إخراج هذه المريضة منه استنادا إلى لائحة الأطباء المقيمين لعدم وجود قسم للعزل بها، هذا القول مردود بما أورده الحكم فى صدد تأييد قيام الخطأ فى تصرف الطاعن من أن الجهة الإدارية المختصة قد لفتت نظره إلى عدم العودة لمثل هذا التصرف. وفى ذلك ما يحمل الرد على دفاع الطاعن فى هذا الشأن، ومن ثم يكون النعى فى هذا الشق غير سديد. والنعى فى شقه الثانى مردود بأنه لما كان الحكم قد أسس قضاءه بمسؤولية الطاعن على ما قرره الطبيب الشرعى من أن تكرار نقل المريضة عجل فى إحداث الوفاة وأن الطاعن أخطأ إذ أمر بنقلها فى وقت غير ملائم قبل فحصها وتقرير العلاج لها، فإن الحكم يكون قد تناول بالبحث توافر عنصر الضرر ورابطة السببية بينه وبين الخطأ، مادامت تقارير الحكم

واضحة الدلالة فى أن خطأ الطاعن فى استعجال النقل حال دون اتخاذ العلاج الملائم فى حينه وجعل المريضة أكثر استهدافا لمضاعفات المرض مما أدى إلى إحداث الوفاة. لما كان ذلك، وكان الضرر الأدبى الذى حاق بالزوج والأقارب هو ضرر شخصى مباشر، قصر الشارع - بنص المادة 2/222 مدنى - الحق فى التعويض عنه على الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية لما يصيبهم من جراء موت المصاب، وكان الحكم قد قضى بالتعويض عن هذا القدر للمطعون عليه الأول زوج المتوفاة ولأولادها منه، لما كان ما تقدم، فإن الحكم لا يكون قد أغفل بيان عناصر المسؤولية أو أخطأ فى تطبيق القانون.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه القصور فى الأسباب والخطأ فى الإسناد، ذلك أنه اكتفى بمجرد القول بأن أمر الطاعن بنقل المريضة عمل خاطئ دون أن يوضح الأسباب التى تضى على هذا الإجراء وصف الخطأ أو يرد على الأسباب التى ساقها الطاعن تبريرا لذلك النقل وخلا من بيان ركن الضرر ورابطة السببية وأغفل الرد على أوجه دفاع الطاعن وما أورده الحكم الابتدائى فى أسبابه من أن أركان المسؤولية التقصيرية غير متوافرة، هذا إلى أن الحكم قد أسند إلى الطاعن أنه اعترف فى مذكرة دفاعه بمجازاته بلفت نظره إلى عدم العودة لمثل ذلك فى حين أنه قرر فى هذه المذكرة أن ما صدر من إدارة الجامعة هو مجرد قرار بلفت نظره إلى عدم العودة لمثل ذلك.

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسؤولية الطاعن على الواقع الذى حصله من أنه أخطأ فى استعجال نقل المريضة مما أدى إلى التعجيل فى إحداث وفاتها، وساق الأدلة على قيام عناصر المسؤولية من ظروف الدعوى وملابساتها على ما سبق بيانه. ولما كان ما أورده الحكم يكفى لحمل قضائه بترتيب مسؤولية الطاعن، ويتضمن الرد على أقواله فلا على محكمة الاستئناف إن هى لم تتبع أقوال الطاعن أو أسباب الحكم الابتدائى بشأنه وترد على كل منها استقلالا - لما كان ذلك، فإن النعى على الحكم بالقصور على النحو الذى يثيره الطاعن يكون على غير أساس - وإذ لم يقدم الطاعن صورة المذكرة التى يستند إليها للتدليل على ما ينسبه إلى الحكم من خطأ فى الإسناد، فإن النعى فى هذا الخصوص يكون عار عن الدليل.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن".

(راجع أيضا طعن رقم 417 لسنة 34 ق جلسة 1969/7/3)

273- مسؤولية المستشفى الخاص :

عندما يذهب المريض إلى المستشفى الخاص لإجراء عملية جراحية، أو للعلاج من مرض معين، سواء بالعيادة الخارجية أو بالإقامة بالقسم الداخلى، فإنه يتم الاتفاق بينه وبين المستشفى على إجراء اللازم مقابل أجر يدفعه، ومن ثم فإن العلاقة بين المريض والمستشفى الخاص تكون علاقة عقدية تلتزم المستشفى بإجراء الجراحة المتفق عليها أو تقديم العلاج المطلوب للمريض، وبذل ما يستلزمه هذا الالتزام من عناية ورعاية.

والأطباء الذين ينامط بهم إجراء الجراحة أو العلاج هم تابعون للمستشفى تستعين بهم فى تنفيذ التزامها التعاقدى قبل المريض، ومن ثم فإنها تكون مسئولة عما يقع من خطأ من هؤلاء الأطباء، طالما أنها تستعين بهم فى تنفيذ التزامها التعاقدى، وتكون مسئوليتها عن خطئهم على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه. فضلا عن مسئولية هؤلاء الأطباء عن خطئهم الشخصى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن :

"وحيث إنه يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه عرض للدفع المبدى من الطاعنة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة ورد عليه بقوله: "وحيث إن الثابت من الأوراق ومن شهادة أطباء شركة مصر للبتروك أن الطبيب المتهم- كانت الشركة المذكورة، قد تعاقدت معه بصفته إخصائيا فى أمراض العيون على أن يتولى توقيع الكشف الطبى على العاملين فيها وإجراء ما يراه بشأنهم من علاج- والثابت أن المدعى بالحق المدنى (مورث المطعون ضدهم) قد أحيل إلى الدكتور... بناء على أمر من طبيب الشركة المقيم- كما أن الدكتور... قدم أوراقا تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وشركة مصر للبتروك - وقدمت الشركة نفسها من بين أوراق الملف الطبى الخاص بالمدعى بالحق المدنى لديها ما يفيد ذلك - وحيث إنه متى كان ذلك فإن الطبيب..... يعتبر فى كل حالة تعرضها عليه الشركة تابعا لها حتى فيما يعتبر من صميم فنه إذ لا ضير فى أن تلحق صفة التبعية أشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع ففقتصر بذلك رقابته على مجرد التوجيه العام... وحيث إنه لا يغير من

(1) حسن الإبراشى ص 382 وما بعدها - الدناصورى والشواربى ص 1402.

هذا الوضع القانونى كون الطبيب المتهم لا يعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبترول لأن علاقة التبعية وإن كانت تقوم فى كثير من الحالات على عقد الخدمة ولكنها لا تقتضى حتما وجود ذلك العقد بل هى لا تقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم أو أن يكون مأجورا على الإطلاق... فعلاقة التبعية تقوم على سلطة فعلية وليس من الضرورى أن تكون السلطة شرعية بل يكفى أن تكون فعلية ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه وقد تكون هذه التبعية والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع. وليس من الضرورى كون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه.. فإنه متى كان ذلك وكانت شركة مصر للبترول لها سلطة فعلية على الطبيب المتهم منصبة على رقابته وتوجيهه إذ أنها هى التى تحيل إليه المرضى ومنهم المدعى بالحق المدنى وتتقد له أجر علاجه وبمكنتها إنهاء ذلك العلاج فإنها تكون متبوعة للطبيب المتهم فى شأن حالة المدعى بالحق المدنى ويكون الدفع الذى أبداه وكيلها فى غير محله من القانون متعين الرفض". وما أورده الحكم من ذلك صحيح فى القانون، ذلك بأن الشارع إذ نص فى المادة 174 من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته وبسببها إنما أقام المسؤولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع يرجع إلى سوء اختياره تابعه وتقصيره فى رقابته، ولا يشترط فى ذلك أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه، كما أن علاقة التبعية لا تقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم، وبحسب المضرور أن يكون حين تعامل مع التابع معتقدا صحة الظاهر من أن التابع يعمل لحساب متبوعه. ولما كان الحكم قد أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة عن الضرر الذى أصاب مورث المطعون ضدهم بالتضامن مع الطبيب (الطاعن الآخر) على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا لحقيقة العلاقة بينهما بما تتحقق معه تبعيته لها، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ولا لحقه قصور مما يتعين معه رفض الطعن مع مصادرة الكفالة وإلزام الطاعنة بالمصروفات المدنية".

(طعن رقم 1566 لسنة 42 ق جلسة 1973/2/11)

وتكون المستشفى مسئولة عن العناية والرعاية الواجبة للمريض طوال مدة إقامته بالمستشفى.

وقد قضت محكمة استئناف برودو فى 1929/3/14 بأن المستشفى بقبوله الطفل قد عقد على نفسه ضمنا الالتزام بالحلول محل أمه فى كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحية والجسمانية وأن طبيعة المرض الذى أصيب به الطفل تنم عن الإخلال بهذا الواجب ومن ثم عن حصول خطأ تعاقدى لا يمكن أن تعفى من المسؤولية عنه إلا إذا ثبت الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أو فعل الغير الذى يسأل عنه.

274- القتل بسبب الشفقة على المجنى عليه :

قد يكون الشخص مريضا فى بعض الأحوال بمرض لا شفاء منه ويعانى من مرضه ألما مبرحة قاسية لا يطيقها، فيثير شفقة الطبيب عليه فيقتله رحمة به بإعطائه مادة سامة مثلا، وقد يكون ذلك بناء على طلب المريض نفسه، ويعبر عن ذلك بالقتل للشفقة. وهذا القتل - فى التشريع المصرى - لا يباح للطبيب - أو غيره - وإذا فعله الطبيب فإنه يكون قد خرج عن حدود الإباحة المقررة له مرتكبا لجناية قتل عمد أو جناية قتل عمد بالسم، أو جناية قتل عمد مع سبق الإصرار. ذلك أن القصد الجنائى فى جناية القتل يتوافر بمجرد اتجاه إرادة الجانى إلى الاعتداء على إنسان حى وإزهاق روحه، مع علمه بذلك. ولا أهمية بعد ذلك للبائع على القتل، حتى لو كان البائع شريفا، فالبائع ليس ركنا فى الجريمة ولا عنصرا فى ركنها المعنوى. والتعجيل بالموت مرادف لإحداثه فى توافر علاقة السببية واستيجاب المسؤولية⁽¹⁾.

قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

"... كما أن التعجيل بالموت مرادف لإحداثه فى توافر علاقة السببية واستيجاب المسؤولية".

(طعن رقم 331 لسنة 40 ق جلسة 1970/4/20)

275- إثبات مسؤولية الطبيب :

سواء كانت مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية، فمادامت التزاماته ليست إلا التزامات بوسيلة أو بذل عناية، فيكون على المريض الذى يدعى خطأ الطبيب أن يقوم هو بإثبات الاحتياط المعين الذى كان على الطبيب أن يتخذه فلم يفعل.

(1) الدكتور أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص طبعة 1980 ص 530 وما بعدها - محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها.

والأصل أن إثبات الخطأ بوجه عام متروك لتقدير المحاكم ويجوز الالتجاء فيه إلى البينة، غير أنه فيما يتعلق بإثبات الخطأ الطبى لا يستساغ التعويل كثيرا على شهادة الشهود لجهلهم بالمسائل الفنية التى يدور البحث حولها، كما أن القضاة كثيرا ما لا يطمئنون فى ذلك إلى تقديرهم الشخصى ويرون الاستعانة بالخبراء، مع علمهم بأن الخبير وهو فى الغالب زميل للمدعى عليه فى مهنته قد يميل إلى التسامح بعض الشيء فى تقدير مسلك زميله فيحتاطون للأمر ولا يسلمون بتقرير الخبير إلا بعد أن يستوثقوا من بعده عن المجاملة والتسامح.

على أن وقوع عبء الإثبات على عاتق المريض، لا ينفى أن للمحاكم فى جميع الأحوال سلطة الأخذ بالقرائن القضائية. فإذا ثبت أن مثل الضرر الذى حاق بالمريض ما كان ليحصل لو اتبعت أصول الفن، جاز وضع قرينة بمسئولية الطبيب. أما إن ثبت من استقراء الحوادث أن مثل الضرر الذى أصيب به المريض لا يمكن تلافيه فى جميع الأحوال فلا يعفى المريض من عبء إثبات الخطأ. فإذا كان مسلما فى الطب مثلا أن اتخاذ احتياطات معينة فى إجراء جراحة يمنع تلوث الجرح كان للمحاكم أن تتخذ من حصول التلوث فعلا قرينة على وقوع الإهمال فى اتخاذ تلك الاحتياطات⁽¹⁾.

ولكن لا يصح أن يعتبر مجرد نزول الطبيب عن أتعابه فى جراحة فشلت اعترافا منه بخطئه، ما لم يكن ذلك مقترنا بوقائع أخرى يستدل منها على الاعتراف أو على وقوع الخطأ.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه له جراح التجميل فى موضع الجرح والذى نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكى يدرأ المسئولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت إجراء الترقيع والتى من شأنها أن تتفى عنه وصف الإهمال".

(1) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص 390 ص حسن الإبراشى ص 357.

(طعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/26)

276- دفع مسؤولية الطبيب :

يجوز للطبيب المدعى عليه بالمسئولية أن يدفع وفقا للمادة 165 مدنى مسئوليته بإثبات السبب الأجنبى وبخاصة خطأ المريض نفسه وتطبيقا لذلك قضت محكمة مصر الابتدائية فى 13 أكتوبر سنة 1944 بأنه كما يلتزم الطبيب بأن يبذل أقصى الجهد فى معالجة المريض فإنه يجب كذلك على المريض أن يلتزم من جانبه اتباع ما يشير به الطبيب وما يأمر به. وكما يتطلب المريض من الطبيب ألا يقصر فى حقه يتعين أيضا على المريض أن لا يقصر فى حق نفسه.

فإذا طلب الطبيب من المريض أن يعرض نفسه عليه فى أوقات محددة وخالف المريض ذلك وترتب على ذلك أن أحدث الدواء مضاعفات لم تكن لتحدث لو عرض نفسه على الطبيب فى المواعيد التى حددها فلا مسئولية على الطبيب⁽¹⁾.

277- الالتزام بالسلامة :

لئن كان التزام الطبيب بالعمل الطبى، سواء كان تشخيصا أو علاجيا بالدواء أو غيره أو استئصالا للعلة بالجراحة، التزاما ببذل عناية، وليس التزاما بنتيجة، إلا أنه خارج هذا النطاق تقع على الطبيب التزامات محددة فى بعض الأعمال، كعمليات نقل الدم أو التحاليل المختلفة أو فى الأدوية والأجهزة المستخدمة، إذ يقع فيها على الطبيب التزام بالسلامة، لأن العمل فى هذه الحالة فضلا عن كونه بعيدا عن مهمة الطبيب فى معناها الدقيق، فإن نتيجة تنفيذ الالتزام لا مجال فيها لفكرة الاحتمال التى تهيمن على نتيجة مهمته التى تتدخل فيها عوامل جديدة، لا تخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله يشفى. وهو ما يبرر قصر التزام الطبيب على مجرد العناية⁽²⁾.

ومن ثم كان واجبا التشديد فى مسئولية الطبيب فى نطاق الأعمال المذكورة حماية لمرضاة.

ونعرض لذلك بشيء من التفصيل فيما يلى.

(1) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص 391.

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول سنة 1978 ص 370 وما بعدها.

278- العلاج بالأشعة:

يلتزم طبيب الأشعة بتحقيق نتيجة هى تقديم صورة أشعة للمريض واضحة ظاهرة تبين خفايا ودقائق الجزء من الجسم الذى طلب الطبيب المعالج أخذ الصورة له مبينا به علامات وأمارات المرض الذى يعانيه المريض ومرفقا بها تقرير مكتوب بحالة المريض وتقوم مسؤوليته بمجرد ثبوت خطأ فيها إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبى.

أما الأمراض التى لم يتوصل العلم إلى ظهورها فى الأشعة بالأجهزة العلمية المتاحة أو الصورة التى يختلف التفسير فى قراءتها فإن مسؤولية الطبيب فى هذه الحالة تكون بذل عناية.

وترتبيا على ذلك إذا أخطأ طبيب الأشعة بأن قدم للمريض صورة أشعة غير دقيقة ترتب عليها إصابته بأضرار كان مسئولا عن تعويض هذا الضرر كما إذا كان المريض مصابا بمرض السل فى مرحلته الأولى إلا أن صورة الأشعة لم تظهره، وترتب على عدم المبادرة بعلاج المريض نتيجة لذلك أن استشرى الداء فى رئتيه، وكلفه علاجه نفقات كثيرة ووقتا طويلا فى حين أنه لو أظهرت الأشعة هذا المرض فى بدايته لكان علاجه أمرا سهلا ونسبة نجاحه أكبر، فيسأل الطبيب عن جميع هذه الأضرار من مادية وأدبية⁽¹⁾.

والخطأ فى قراءة الأشعة لا يمكن إلا أن يحمل على أمرين كلاهما موجب للمسئولية الطبية فإما نتيجة إهمال من الطبيب فى تحرى وجه الدقة فى قراءة الصورة وإما أنه يفتقد إلى الخبرة الفنية المطلوبة فى الأخصائى⁽²⁾.

ولما كان الخطر دائما كامنا فى الأشعة واحتمال حدوثه قائم لأقل هفوة تقع فى أى وقت من الأوقات، فإنه يجب على طبيب الأشعة قبل إجراء الأشعة التأكد من سلامة الآلات التى يستعملها، وألا يسلط على المريض من الأشعة إلا القدر الذى يتناسب مع درجة احتماله للتيارات الكهربائية، وهو ما يقتضيه فحص دقيق لحالته، لا يعفيه من المسؤولية عنه أنه لم يتجاوز فى تحديد الجرعة ما تقضى به الأصول العلمية⁽³⁾.

وقد قضت محكمة باريز فى 1933/2/17 بأن طبيب الأشعة يسأل إذا كان الطبيب

(2) الدناصورى والشواربى ص 1404 وما بعدها.

(1) محمد علاء الدين خميس ص 161.

(2) حسن الإبراشى ص 331.

المعالج قد طلب إليه أن يجرى على المريض فحصاً واحداً فأجرى عليه ثلاثة فحوص ترتب عليها إصابته بحروق.

ويتحتم على الطبيب أن يراقب تأثير الأشعة على جسم المريض بمنتهى اليقظة حتى إذا ظهر له أى أثر لحرق أو لعلامات غير طبيعية فعليه أن يوقف العلاج - إذا كانت الأشعة علاجية - فوراً أو يباعد على الأقل بين الجلسات ويخفض من الوحدات المسلطة على المريض.

ويسأل الطبيب عن كل إهمال أو عدم احتياط مهما يكن نوعه. وقد قضت محكمة جرينول فى 2 يناير سنة 1928 بمسئولية طبيب فى قضية سيدة تقدمت إليه تشكو خراجاً فى الثدي فعالجها بالأشعة عدة مرات ظهر بعدها أعراض حروق شديدة فى وجهها ناشئة عن الأشعة ولم يثبت أن الطبيب قد أخطأ فى العلاج من حيث وجوبه أو نوع الأشعة أو مقدارها أو صلاحية الجهاز المستعمل. ولكن ثبت أنه غير وضع رأس السيدة عند الرقاد للعلاج كطلبها، ووضع لها وسادة لإ راحتها فتعرض بذلك الوجه لجانب من الأشعة الصادرة من الجهاز. ولا تقتصر مسئولية الطبيب فى ذلك على المريض بل إنها تتناول غير المرضى مما يعرضهم الطبيب بإهماله للضرر من أجهزة الأشعة كالمرضة التى تعمل مع طبيب الأشعة.

غير أن الطبيب لا يسأل عن الضرر الناجم عن العلاج بالأشعة إذا كان راجعاً إلى حساسية خاصة لدى المريض طالما أنه لا يمكن للطب أن يتنبأ بها.

ونظر لخطورة العلاج بالأشعة فقد ذهبت المحاكم فى فرنسا إلى وجوب استعانة الطبيب بأحد زملائه فى مباشرة العلاج منعاً لما قد ينشأ من عدم إحكام الأجهزة من مخاطر (1).

ويجب فى جميع الأحوال متى كانت الأشعة تنطوى على خطر على حياة المريض أن يحاط علماً بذلك وأن يؤخذ رضاه قبل الالتجاء إليها.

279- نقل الدم:

قد يحتاج المريض فى بعض الظروف إلى نقل دم إليه، ومن ثم يكون التزام الطبيب بنقل الدم إلى المريض التزاماً بنتيجة، بموجبه يتعهد الطبيب بنقل دم إلى المريض متفقاً

(1) حسن الإبراشى ص 333 والأحكام المشار إليها بالهامش.

فى الفصيلة مع دمه سليما خاليا من الأمراض وإلا انتقلت إليه العدوى ممن نقل منه الدم. فيكون مخلا بالتزامه إذا كان الدم الذى نقله إلى المريض غير مناسب له أو ملوثا بجراثومة، وتقوم مسئوليته العقدية عن الضرر الذى يلحقه أو المرض الذى يصيبه، إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبى غير منسوب إليه. وإذا كان الطبيب المعالج هو الذى نقل الدم بنفسه، فإن عليه التأكد من سلامة معطى الدم حتى لا تنتقل العدوى إلى المريض ولا يعفيه من ذلك ادعاءه بأن العادة جرت على عدم القيام بفحص دم المعطى إلا فى فترات متباعدة. لأن العادة لا ترفع حرية التقدير فى المحاكم التى تستطيع دائما أن ترفض اعتمادها إذا رأتها غير كافية أو مخالفة لقواعد الحيطة⁽¹⁾.

والغالب الآن أن الطبيب المعالج يعهد إلى طبيب متخصص أو مركز تحاليل (بنك الدم) ليقوم بمهمة فحص دم المريض للوقوف على فصيلته بمقتضى عقد مع هذا الطبيب أو المركز يتعهد فيه الأخير بتقديم نتيجة التحليل صحيحة، وتقديم دم للمريض من ذات فصيلته خاليا من الجراثيم.

وفى هذه الحالة إذا أخطأ طبيب التحليل أو المركز المتخصص فى نتیجته ونجم عن ذلك ضرر للمريض، كان أمام المريض للمطالبة بالتعويض طريقتان.

الأول: أن يرجع بالتعويض على طبيبه المعالج ذلك أن هذا الطبيب هو الذى يرتبط به بعلاقة تعاقدية تفرض عليه التزاما بأن ينقل إليه دما يتفق مع فصيلته، وخاليا من التلوث.

الثانى: أن يرجع المريض بالتعويض على طبيب التحاليل أو المركز المتخصص، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات حيث لا تتوافر علاقة تعاقدية بين المريض وبين طبيب التحاليل أو المركز المتخصص.

غير أن محكمة النقض الفرنسية - أخذا برأى فى الفقه - أجازت للمريض فى حكمها الصادر بتاريخ 1954/12/17 الرجوع على طبيب التحاليل أو مركز الدم مباشرة بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، وذلك على اعتبار أن العقد المبرم بين الطبيب المعالج وبين مركز الدم يتضمن اشتراطا لمصلحة المريض يترتب على ذلك أن المريض

(2) محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية ص 380 ونقض فرنسى 1945/4/25 الذى أشار إليه بالهامش.

يستطيع أن يرفع دعوى المسؤولية على طبيب التحاليل أو مركز الدم دون حاجة إلى إثبات خطئه. فالطبيب أو المركز يلتزم - في صدد ما يقدمه من دماء - بتحقيق نتيجة - وهي سلامة المريض⁽¹⁾.

(انظر في التفرة بين نوعين من التحاليل: البند التالي).

280- التحاليل الطبية :

التزام طبيب التحاليل الطبية التزام بنتيجة إذ في جميع الحالات التي ينحصر نشاطه في أعمال معملية لا تتضمن حسب الأصول العلمية السليمة أى احتمال، فإنه يلزم بتحقيق النتيجة أى بتقديم تقرير صحيح مطابق للحقيقة⁽²⁾. ومن ثم يسأل عن خطئه إلا إذا أقام الدليل على أن إخلاله يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

وفى الحقيقة لا يوجد ما يبرر اعتبار التزام الطبيب فى التحاليل المختلفة محل بذل عناية لأن هذه التحاليل لا تعتبر عملا طبيا فى معناه الدقيق ولا حتى عملا علميا، إذ تنحصر مهمة القائم به فى مزج مساحيق أو محاليل كيميائية بطريقة ثابتة. أما التحاليل ذات الطابع العلمى المتعمق والتي يجوز أن تختلف فيها الآراء العملية، فيجوز فى صدها أن تكون النتائج محل شك، فيكون التزام الطبيب بشأنها التزاما ببذل عناية، فإن أوفى به - والفرض أنه كذلك إلى أن يقوم بها الدليل على العكس - فلا مسؤولية عليه فيما يتوصل إليه من نتائج غير حقيقية، تلحق بالمريض ضررا معينا. وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 يناير سنة 1974 بعدم مسؤولية الطبيب الذى انتهى فى تحليله على خلاف الحقيقة إلى وجود أورام سرطانية، مما استدعى علاج المريض بأشعة الكوبالت، والذى لم يكن له ضرورة⁽³⁾.

281- مسؤولية الطبيب عن الأجهزة :

(1) محمود جمال الدين زكى فى المسؤولية المدنية ص 378 وما بعدها - حمدى عبد الرحمن فى بحثه عن معصومية الجسد ص 72 وما بعدها.

(2) الدناصورى والشواربى ص 1404.

(1) محمود جمال الدين زكى فى المسؤولية المدنية ص 381 وما بعدها - حمدى عبد الرحمن فى بحثه "معصومية الجسد" ص 73 وما بعدها.

ذهب فريق من الفقهاء إلى إخضاع مسؤولية الطبيب عن الإصابات التي تحدثها أجهزته بمرضاه، لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية، وبالبناء على ذلك يتعين على المريض أن يثبت في دعوى المطالبة بالتعويض خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر.

ويستبعد هذا الرأي تبعاً لذلك تطبيق المادة 178 مدني الخاصة بمسؤولية حارس الأشياء على الطبيب في استعماله تلك الأجهزة والأدوات ليس فقط من نطاق العقد الطبي حيث يتعين استبعادها نتيجة لإخراج المسؤولية التقصيرية عن نطاق العقود، بل وكذلك حين لا تقوم علاقة عقدية بين الطبيب ومريضه، على أن القضاء الفرنسي يؤسس استبعاد المادة 1/1384 مدني المقابلة للمادة 178 مدني مصرى على ما ذهب إليه من عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ولهذا يؤخذ الطبيب بقرينة المسؤولية الواردة بها متى كانت دعوى التعويض ضده لا تتأسس على المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

غير أن القضاء الحديث والفقه أيضاً يسلم بأن الطبيب يتعهد - فضلاً عن بذل عناية يقظة في علاج المريض وفقاً للأصول العلمية - بالتزام محدد بسلامة المريض عن الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله، وعلى غير صلة به. ومحل التزامه هذا تحقيق نتيجة، وينطبق على الخصوص على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات أو الأجهزة الطبية التي تنقطع صلتها بالأعمال الطبية التي يظل محل الالتزام بتأديتها بذل عناية وترجع هذه الأضرار - في العادة - إلى عيوب في الأجهزة أو الأدوات، المستعملة في العلاج أو الجراحة، ولا يستطيع الطبيب أن يتخلص من المسؤولية عنها إلا إذا أقام الدليل على رجوعها إلى سبب أجنبي عنه.

وعلى ذلك إذا لحقت المريض إصابة نتيجة استعمال جهاز أو آلة سليمة كان التزام الطبيب بشأنها بذل عناية، أما إذا لحقته إصابة نتيجة عيب في الجهاز أوفى الآلة ولو كان يرجع إلى عيب في صنعها لا يستطاع كشفه، كان الطبيب مخلاً بالتزامه بتحقيق نتيجة، هي استخدام أجهزة أو أدوات سليمة لا تحدث أية أضرار بمرضاه. وترتباً على ذلك قضى بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض، في أثناء الجراحة

(2) محمود جمال الدين زكى في المسؤولية المدنية ونقض فرنسي 1947/12/29 الذي أشار إليه.

نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشراره خرجت منه⁽¹⁾. وعن إصابة المريض بحروق نتيجة لهب خرج من المشروط الكهربائي فى أثناء علاجه رغم عدم ثبوت نقصيره⁽²⁾.

على أن محاكم الموضوع، فى إلقاءها الالتزام المحدد بالسلامة على عاتق الطبيب، تجاوزت حدود العيوب التى تعتبر الأدوات أو الأجهزة التى يستعملها فى الجراحة أو فى العلاج، ومدت نطاقه إلى الإصابات التى تحدث فى أثناء استعمال هذه الأجهزة أو تلك الأدوات تنفيذا للعمل الطبى ذاته، رغم تأكيدها فى أسباب حكمها بأن محل الالتزام بأدائه مجرد بذل عناية ويقظة، متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج، وذات جسامه استثنائية لم يتوقعها المريض منه، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض، بعد انتهاء فترة وجوده "سليما معافى" من كل ضرر غير ذلك الذى يحتمل حدوثه نتيجة تدخله أو فشل العلاج أو تطور العلة ولا يبرأ - حال الإصابة - من المسئولية عن إخلاله به، إلا بإثبات خطأ المريض أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائى، وقضت - وفقا لهذه القواعد - بمسئولية طبيب الأسنان عن خرق لسان المريض وتمزيق أغشية فمه لانقلاب الآلة فى أثناء استعمالها فى علاجه⁽³⁾. لأن هذه الإصابات ولو كانت ترجع - فى الحقيقة - إلى الأعمال الطبية إلا أنها نظرا لجسامتها تخرج عن نطاق حوادث العلاج ويلتزم الطبيب إزاءها بسلامة مريضه. كما قضت بمسئولية الطبيب عن إصابة المريض بعجز عضوى نتيجة الوضع الذى أرقده عليه فى أثناء العملية الجراحية، رغم عدم مخالفته لقواعد الفن الطبى وندرة الضرر الذى ينجم عنه لأنه يخرج عن الاحتمال الذى يحيط بالجراحة التى أجريت له⁽⁴⁾.

ويؤيد جانب كبير من الفقه، ذلك الاتجاه فى القضاء لاتفاقه مع القواعد العامة فى المسئولية العقدية عن الأشياء، التى يستخدمها المدين فى تنفيذ التزامه، فالمدين فى الالتزام التعاقدى يسأل عن الأشياء، التى يستخدمها فى تنفيذه، سواء كان التزامه محددا أو كان التزاما عاما باليقظة والانتباه. هذا بالإضافة إلى الاعتبارات العملية والإنسانية

(1) السنين الابتدائية 3 مارس 1965 مشار إليه فى محمود جمال الدين زكى ص 387 هامش (62).

(2) مرسيليا الابتدائية فى 3 مارس 1959 مشار إليه فى المرجع السابق هامش (63).

(1) مصر الابتدائية 1961/12/13 مشار إليه بالمرجع السابق ص 389 هامش (75).

(2) محمود جمال الدين زكى ص 389 وما بعدها - الناصورى الشواربى ص 1398 وما بعدها.

التي تقوم على توفير الحماية للمريض وتجنبه الدخول فى صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب وبصفة خاصة أمام التعقيدات للأجهزة المستعملة⁽¹⁾.

282- التركيبات الصناعية:

التركيبات الصناعية هى أعضاء صناعية يستعيز بها المريض عما فقدته من بعض أعضاء جسمه، ومثل ذلك الأطراف الصناعية والأسنان الصناعية. ومسئولية الطبيب بصدد التركيبات الصناعية على نوعين:

النوع الأول:

مسئوليته عن جدوى وفاعلية العضو الصناعى، أى بيان ما إذا كان سيؤدى فائدة للمريض أم لا.

والطبيب فى هذا النوع من المسؤولية شأنه شأن باقى الأطباء، فيكون التزامه فى ذلك التزاما ببذل عناية، ولا يسأل الطبيب إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه.

النوع الثانى:

مسئوليته عن سلامة العضو الصناعى ودقته والمادة المصنوع منها ومدى تحمله بعد استعماله.

والطبيب فى هذا النوع من المسؤولية ملتزما بتحقيق نتيجة، فيكون الطبيب مسئولا إذا ثبت عدم سلامة العضو الصناعى أو رداءة المادة المصنوع منها أو أنه لا يتفق مع المقياس الصحيح للجسم.

283- مسؤولية طبيب الأسنان:

مسئولية طبيب الأسنان فى الكشف على المريض وتشخيص المرض وتقرير العلاج، وإجراء الجراحة، شأنها شأن مسؤولية الطبيب والجراح البشرى، فهو ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. ويلزم بتعويض الأضرار التى يتسبب فيها بخطئه.

كما يسأل عن الآلات والأجهزة التى يستخدمها فى العلاج إذا ما ترتب عليها أضرار بالمريض، على النحو الذى فصلناه سلفا.

(3) الدناصورى والشواربى ص 1399 - محمود جمال الدين زكى ص 391 - حمدى عبد الرحمن ص 71.

وقد حظر القانون رقم 66 لسنة 2010 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 537 لسنة 1954 على غير أطباء الأسنان الحاصلين على شهادة الماجستير مع خبرة لا تقل عن ثلاث سنوات أو شهادة الدكتوراه فى جراحة الفم والوجه والفكين من الجامعات المصرية أو الشهادات المعادلة القيام بجراحة الأورام وتشوهات الفم والوجه والفكين وكسور الفكين وأمراض مفصل الفك والعلاج التعويضى من داخل أو خارج الفم بالطريقة العلمية السليمة، على أن يكون مقيدا بسجل خاص لمزاولة تخصص جراحة الفم والوجه والفكين فى نقابة أطباء الأسنان (المادة الأولى من القانون).

وقد نصت المادة العاشرة من القانون (66 لسنة 2010) على أن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زاول مهنة طب وجراحة الفم والأسنان على وجه يخالف أحكام هذا القانون وفى حالة العود يجوز الحكم بالعقوبتين معا.

وفى جميع الأحوال يأمر القاضى بإغلاق المنشأة مع نزع اللوحات واللافتات ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة، ويأمر كذلك بنشر الحكم فى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار على نفقة المحكوم عليه. ومن ثم يترتب على مخالفة الحكم السابق معاقبة الطبيب بالعقوبة المذكورة كما أن مخالفة هذا الحكم يشكل ركن الخطأ المستوجب للمسئولية عما يحدث من ضرر للمريض من جراء فعله.

ويوجد تفصيل فى مسئولية طبيب الأسنان عما يقع منه من خطأ فى تركيب الأسنان الصناعية والذى يتم باتفاق بين طبيب الأسنان والمريض، ذلك أن عمل طبيب الأسنان فى هذا الصدد ينقسم إلى قسمين:

الأول: تقدير ملائمة تركيب الأسنان الصناعية للمريض وتهيئة الفم لها، والتزامه فى هذا كغيره من الأطباء البشريين التزاما ببذل عناية. فهو لا يسأل عن الضرر الذى يلحق بالمريض إلا إذا ثبت وقوع خطأ من جانبه.

والثانى: اختيار النوع المناسب من الأسنان الصناعية واتفاقه مع الفم فى حجمه ومقاسه، وتأديته الوظائف المرجوة منه، ثم صناعة الأسنان ذاتها ولو عهد بذلك إلى غيره من المرخص لهم بصناعتها. فهو عمل فنى والتزام بتحقيق نتيجة. وتحقق مسئولية طبيب الأسنان إذا أحضر طقما رديئا أو طقما غير مناسب فى حجمه ومقاسه لفم المريض، أو إذا أحدث تركيب الأسنان أضرارا بالجسم.

ولكن طبيب الأسنان لا يضمن متانة الأسنان الصناعية لمدة غير محدودة على الخصوص إذا لم يمكنه العمل من ملاحظاتها فى الفترة التالية لتركيبها واستعمالها⁽¹⁾. وقد حظرت المادة الأولى من القانون رقم 537 لسنة 1954 (المعدل) فى شأن مهنة طب وجراحة الأسنان على غير أطباء الأسنان المقيدين بسجل أطباء الأسنان بوزارة الصحة أن يقوموا بالاستعاضة الصناعية الخاصة بالأسنان.

كما نصت المادة الثامنة من القانون رقم 65 لسنة 1957 (المعدل) بتنظيم مزاوله مهنة صانعى الأسنان ومحال صنعها على أنه لا يجوز لصانع الأسنان المقيد اسمه بالسجل أخذ مقياس أسنان أو تعديل مقياس ورد له من طبيب أسنان مرخص له.

وفى رأينا أن ذلك لا يحول دون أخذ صانع الأسنان المقياس فى حضور الطبيب وتحت إشرافه، شأنه فى ذلك شأن الطبيب البشرى فيما يعهد به إلى الممرض أو المدلك أو عامل الكهرباء أو الأشعة بما يحوز أن يعهد به إلى مثلهم⁽²⁾.

284- العلاج النفسى :

ينظم مهنة العلاج النفسى القانون رقم 198 لسنة 1956 (المعدل) بتنظيم مهنة العلاج النفسى.

وطبقا لهذا القانون، لا يجوز لأى شخص أن يزاول مهنة العلاج النفسى إلا إذا كان مرخصا له فى ذلك من وزارة الصحة العمومية.

ويشترط للحصول على هذا الترخيص الشروط الآتية :

- أولاً: أن يكون طالب الترخيص من إحدى الفئات الآتية:
- (أ) الحاصلين على دبلوم الأمراض العصبية والعقلية من إحدى الجامعات المصرية.
- (ب) الحاصلين على دبلوم من الخارج تعادل الدبلوم المنصوص عليها فى البند السابق فإن كان أجنبيا وجب عليه أداء الامتحان أمام اللجنة المشار إليها فى المادة الثانية من القانون.
- (ج) الحاصلين على مؤهل جامعى من الجمهورية المصرية أو من الخارج وعلى

(1) محمود جمال الدين زكى ص 395 والهامش - قدرى الشهاوى ص 493.

(2) فائق الجوهري ص 178.

شهادة تخصص في العلاج النفسي من أحد معاهد العلاج النفسي المعترف بها والتي تقرها اللجنة المذكورة.

(د) أن يكون عضوا عاملا أو منتسبا بإحدى جمعيات العلاج النفسي أو هيئاته المعترف بها في مصر أو في الخارج والتي تقرها اللجنة المذكورة ويكون قد اجتاز امتحانا أمام هذه اللجنة.

(هـ) الحاصلين على مؤهل عال في علم النفس من إحدى الجامعات أو المعاهد في مصر أو في الخارج وأعدوا أنفسهم للتخصص في العلاج النفسي لمدة سنتين على الأقل بأحد معاهد العلاج النفسي أو بمؤسساته التي تعترف بها اللجنة المذكورة أو يكون تحت إشرافها وبعد اجتيازه امتحانا أمام اللجنة.

ثانياً: ألا يكون قد حكم بإدانته في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو ماسة بالكرامة أو لجنة مزاوله مهنة الطب أو إحدى المهن المرتبطة بها بدون ترخيص - وفي هذه الحالة لايجوز أن يتقدم بطلب الترخيص قبل مضي خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة.

ثالثاً: أن يكون حسن السمعة ومحمود السيرة وتقدر اللجنة المذكورة حالة الطلب من هذه الناحية ولها إذا أرادت أن تطلب إيضاحات منه أو من أية جهة أخرى ويكون قرارها في ذلك نهائياً. (م 1 من القانون).

ويجوز استثناء من أحكام الفقرة أولاً من المادة الأولى - للأشخاص المشتغلين بالعلاج النفسي وقت صدور القانون ممن تتوافر لديهم هذه المؤهلات ويكونون قد أمضوا في ممارسة هذه المهنة خمس سنوات على الأقل أن يتقدموا إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة الثانية خلال سنة من تاريخ صدور هذا القانون لتتظر في الترخيص لهم في الاستمرار في مزاوله العلاج النفسي بعد التثبت من خلوهم من الموانع المنصوص عليها في الفقرتين ثانياً وثالثاً من المادة المذكورة ومن صلاحيتهم فنيا لهذا النوع من العلاج (م 11 من القانون).

واستثناء من أحكام المادة (11) الخاصة بامتحان الطالب أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون يجوز لوزير الصحة العمومية أن يعفى من هذا الامتحان أساتذة علم النفس بالجامعات أو المعاهد المصرية.

كما يجوز له أن يعفى من هذا الامتحان أساتذة علم النفس السابقين بالجامعات أو

بالمعاهد المصرية أو الأجنبية. (م 12 من القانون).

ولا يجوز لمن يمنح ترخيص فى مزاوله العلاج النفسى وكان من غير الأطباء أن يتولى علاج أية حالة نفسية مصحوبة بأعراض بدنية أو عقلية أو يشتبه فى أنها كذلك إلا بعد عرض المريض على طبيب يقوم بفحصه للتثبت من أن الأعراض التى يشكو منها ليست نتيجة علة فى الجسم أو مرض فى العقل وعلى الطبيب أن يبعث للمعالج النفسى بتقرير بنتيجة فحصه وعلى المعالج أن يحتفظ بالتقرير إذا ظهر أن الحالة نفسية أو تحتاج لعلاج نفسى كجزء متمم للعلاج البدنى أو العقلى وتولى علاجها على هذا الاعتبار وفى هذه الحالة الأخيرة يتعين أن يكون على اتصال دائم بالطبيب وأن يبادلله الرأى فيما يختص باستقرار العلاج النفسى أو قطعه أو إرجائه (م6 من القانون).

وإذا كانت الحالة نفسية وطرأت على المريض أعراض جديدة غير التى أثبتتها الفحص من قبل بمعرفة الطبيب فعلى المعالج النفسى أن يشير على المريض بعرض نفسه على الطبيب للتثبت من حقيقة الأعراض وسببها وليس له أن يستمر فى العلاج النفسى إلا بمشورة الطبيب كما لو كانت الحالة مستجدة.

وكذلك إذا تبين للمعالج النفسى أن الحالة المعروضة عليه عقلية أو يشتبه فى أنها عقلية يجب عليه أن يتصل بأهل المريض على الفور لعرضه على طبيب أخصائى فى الأمراض العقلية، ولا يجوز له أن يستمر فى علاج المريض نفسياً إلا تحت إشراف الطبيب العقلى وبالتعاون معه (مادة 7 من القانون).

وإذا كان المعالج النفسى غير طبيب فلا يجوز له بحال من الأحوال أن يتصدى لتشخيص العلل والآفات الجسمية أو علاجها أو مباشرة أى علاج عضوى مما لا يجوز لغير الطبيب أن يزاوله ومحظور عليه الكشف على جسم المريض أو النصيح إليه بأية وصفات طبية أو دوائية (م8 من القانون).

ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يزاول مهنة العلاج النفسى دون أن يكون اسمه مقيداً فى جدول المعالجين النفسيين بوزارة الصحة العمومية وفى حالة العود يحكم بالعقوبتين معا (م9 من القانون).

وإذا أخل المعالج النفسى بواجبه عرض أمره على اللجنة المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون لمحاكمته تأديبياً ولها بعد تحقيق ما نسب إليه وسماع أقواله أن توقع عليه أحد الجزاءات التأديبية الآتية: الإنذار أو التوبيخ أو الوقف مدة أقصاها ثلاث سنوات أو

سحب الترخيص نهائيا ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا فى هذه الحالة الأخيرة إلا بحضور سبعة من أعضائها على الأقل (م 10 من القانون).

وعلاقة المريض النفسى بطبيبه النفسى هى علاقة تعاقدية إذا توجه إليه ليتولى علاجه واتفق معه على ذلك، ويكون التزامه كالطبيب البشرى التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

غير أنه إذا باشر الطبيب النفسى بالمريض علاجاً عضوياً، كان مرتكباً لجريمة مزاوله مهنة الطب بدون ترخيص، وإذا أحدث به ثمة جروح كان مرتكباً للجنة المنصوص عليها بالمادتين 241، 242 عقوبات بحسب الأحوال، وإن نشأ عن الجرح عاهة مستديمة عوقب بعقوبة الجنائية المنصوص عليها بالمادة 240 عقوبات.

285- مهنة العلاج الطبيعى :

ينظم مزاوله مهنة العلاج الطبيعى القانون رقم 3 لسنة 1985 فى شأن تنظيم مزاوله مهنة العلاج الطبيعى.

وتقتضى أحكام هذا القانون بما يلى :

1- مع مراعاة أحكام قانون مزاوله مهنة الطب، لا يجوز مزاوله مهنة العلاج الطبيعى إلا بترخيص من وزارة الصحة طبقاً للإجراءات والأوضاع المقررة فى القانون (م 1 من القانون).

2- يشترط للحصول على ترخيص مزاوله مهنة العلاج الطبيعى ما يأتى:

1- أن يكون طالب الترخيص مصرى الجنسية أو من رعايا الدول التى تعامل المصريين بالمثل.

2- أن يكون حاصلاً على أحد المؤهلات الآتية:

(أ) - بكالوريوس العلاج الطبيعى من إحدى الجامعات المصرية.

(ب) بكالوريوس العلاج الطبيعى من معهد التربية الرياضية قبل العمل بالقانون.

(ج) دبلوم البعثة الداخلية فى العلاج الطبيعى من معهد التربية الرياضية قبل العمل

بالقانون.

(د) شهادة أجنبية معادلة لأى من الشهادات السالف ذكرها وفقاً للقوانين واللوائح

الخاصة بذلك⁽¹⁾.

3- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.

4- ألا يكون سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة متعلقة بمزاولة مهنة الطب أو إحدى المهن المرتبطة دون ترخيص، وذلك كله ما لم يكن قد رد إليه اعتباره (م 2 من القانون).

وينشأ بوزارة الصحة السجلان الآتيان :

1- سجل لممارسى العلاج الطبيعى، ويقيد فيه الحاصلون على أحد المؤهلات الدراسية المشار إليها فى البنود أرقام (أ)، (ب)، (ج)، (د) من البند 2 من المادة الثانية وكذا الحاصلون على مؤهلات دراسية معادلة لها.

2- سجل أخصائى العلاج الطبيعى وتقيد فيه الفئات الآتية:

(أ) من يزاول مهنة العلاج الطبيعى مدة لا تقل عن خمس سنوات.

(ب) ممارس العلاج الطبيعى الذى حصل على درجة علمية لا تقل عن الماجستير فى مجال التخصص (م 3 من القانون).

وللحاصل على دبلوم التخصص فى التدليك والكهرياء أو أى مؤهلات دراسية معادلة الحق فى مزاولة تخصصه تحت إشراف الطبيب المعالج.

ويقيد فى السجل المعد لذلك بوزارة الصحة قبل حصوله على الترخيص بالعمل.

وعلى من يزاول العلاج الطبيعى وضع وتنفيذ برنامج العلاج الطبيعى بناء على التقرير الطبى الكتابى الصادر من الطبيب المعالج، وأن يكون على اتصال دائم به، ويتبادل الرأى معه فى شأن استمرار العلاج، ويكون الاتصال فوراً إذا ظهرت على المريض أعراض جديدة غير التى أثبتتها فحص الطبيب المعالج من قبل. ولا يجوز لمن يزاول العلاج الطبيعى تشخيص الحالات، أو إعطاء وصفات أو شهادات طبية أو دوائية، أو طلب فحوص معملية أو إشعاعية أو غيرها (م 8 من القانون).

ولا يجوز مزاولة مهنة العلاج الطبيعى فى مراكز خاصة خارج المنشآت الطبية المنصوص عليها فى القانون رقم 51 لسنة 1981 بتنظيم المنشآت الطبية إلا بترخيص خاص من وزارة الصحة ويمنح هذا الترخيص للمقيدين بالسجل (2) المنصوص عليه

(1) وتنص المادة الأولى من القانون رقم 197 لسنة 1983 على أنه لا يجوز لخريجى المعاهد العليا للتدريب والعلاج الطبيعى مزاولة مهنتهم إلا بعد أداء تدريب إجبارى لمدة سنة فى إحدى المستشفيات أو المؤسسات العلاجية التى يصدر بتحديدتها قرار من وزير الدولة للصحة.

فى المادة الثالثة من القانون (م9 من القانون).

ويمنح المشتغلون بالعلاج الطبيعى وقت صدور القانون مهلة قدرها سنة تبدأ من تاريخ العمل به لاستيفاء شروط مزاوله المهنة المنصوص عليها فى القانون (م 10 من القانون).

ومع عدم الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون رقم 415 لسنة 1954 فى شأن مزاوله مهنة الطب، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد الأولى والثانية والتاسعة من القانون وتضاعف العقوبة فى حالة العود (م11 من القانون).

ويعاقب تأديبيا كل من زاول مهنة العلاج الطبيعى بالمخالفة لأحكام القانون أو العرف والتقاليد المرعية أو خرج على مقتضياتها، وتكون العقوبة التأديبية كالاتى:

1- الإنذار.

2- الوقف عن مزاوله المهنة لمدة لا تزيد على سنتين.

3- شطب الاسم من السجل المعد لذلك بوزارة الصحة (م21 من القانون).

ويشكل مجلس التأديب بوزارة الصحة على النحو الذى أورده المادة 13 من القانون. ويشطب من السجل المعد بوزارة الصحة كل من فقد شرطا من الشروط الواردة فى المادة الثانية من القانون، ويصدر بالشطب قرار من لجنة القيد المنصوص عليها فى المادة الخامسة بعد إحالة الأمر إليها من وزير الصحة ويجوز للجنة قبل إصدار قرارها الاستماع إلى أقوال صاحب الشأن، ويكون قرار اللجنة نهائيا، وتنظم اللائحة التنفيذية الإجراءات المقررة لذلك (م14 من القانون)، وقد صدرت اللائحة المشار إليها بقرار وزير الصحة رقم 150 لسنة 1986 باللائحة التنفيذية للقانون رقم (3) لسنة 1985 فى شأن تنظيم مزاوله مهنة العلاج الطبيعى.

ولمن صدر قرار تأديبى بشطب اسمه أن يطلب من اللجنة المنصوص عليها فى المادة الخامسة إعادة قيده بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار وتصدر اللجنة قرارا نهائيا فى هذا الشأن خلال شهر على الأكثر من تاريخ تقديمه (م 15 من القانون).

والعلاقة بين المريض وممارس العلاج الطبيعى أو أخصائى العلاج الطبيعى إذا كانت خارج نطاق المستشفيات هى علاقة عقدية، والتزامه فى العلاج التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية.

وإذا زاول الممارس أو الأخصائى تشخيص الحالات أو إعطاء وصفات أو طلب

فحوص معملية أو إشعاعية أو غيرها فإنه يعاقب بالعقوبة التى يرصدها القانون رقم 415 لسنة 1954 فى شأن مزاولة مهنة الطب لمن يزاول المهنة بدون ترخيص. وإذا تعرض لعدة فى جسم المريض و أحدث تدخله جرحا به، كان مرتكبا لجريمة الجرح العمد.

286- مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية:

ينظم مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها القانون رقم 193 لسنة 1959 فى شأن إعادة تنظيم مزاولة مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها فى إقليمى الجمهورية (جمهورية مصر العربية الآن).

وتتضى أحكام هذا القانون بأن:

1- لا يجوز لأى شخص أن يزاول مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها فى جمهورية مصر العربية إلا إذا كان مرخصا له فى ذلك من وزارة الصحة. ويقصد بالنظارات فى نصوص هذا القانون - النظارات التى تحمل عدسات صحية للنظر (م1 من القانون).

ويشترط فيمن يرخّص له فى مزاولة هذه المهنة أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

(أ) أن يكون متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة (جمهورية مصر العربية الآن) أو بلد تجيز قوانينه للمتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة مزاولة هذه المهنة فيه.

(ب) أن يكون حاصلا على شهادة من أحد المعاهد المتخصصة المعترف بها فى جمهورية مصر أو على شهادة معادلة من الخارج. وتقوم بتقدير هذه الشهادات وتقدير معادلتها لجنة تشكل بقرار من وزير الصحة المركزى.

(ج) أن يكون قد أمضى بعد حصوله على المؤهل المنصوص عليه فى الفقرة (ب) مدة تمرين لا تقل عن ستة أشهر فى مؤسسة لتجهيز النظارات الطبية تعترف بها وزارة الصحة التنفيذية المختصة.

(د) أن يكون محمود السيرة، حسن السمعة ولا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة فى جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

ويستثنى من شرط الحصول على المؤهل المنصوص عليه فى الفقرة (ب) من هذه المادة كل من سبق الترخيص له بمزاولة هذه المهنة (م 2 من القانون).

وينشأ بوزارة الصحة سجل تقيد فيه أسماء المرخص لهم فى مزاوله هذه المهنة والمؤهلات الحاصلين عليها، وتاريخ حصولهم عليها والجهة التى منحتهم الترخيص ومحل مزاوله المهنة ومحل الإقامة.

ويؤدى رسم قيد قدره جنيهان مصريان (أو عشرون ليرة سورية) كما يؤدى هذا الرسم عند طلب إعادة القيد.

وتعطى الوزارة المختصة مستخرجا من هذا القيد تلتصق عليه الصورة الفوتغرافية للمرخص له مختومة بخاتمتها نظير رسم قدره جنيه مصرى (م3 من القانون).

ولا يجوز فتح محل النظارات الطبية لبيعها إلا بترخيص من وزارة الصحة التنفيذية المختصة، ويصدر قرار من وزير الصحة بالشروط الواجب توافرها فى المحل وفى طالب الرخصة (م6 من القانون).

ويجب أن يكون للمحل مدير فنى مرخص له فى مزاوله المهنة ويكون هو المسئول عن تجهيز النظارات الطبية وبيعها ويجب على صاحب المحل إبلاغ وزارة الصحة التنفيذية المختصة عن اسم المدير الفنى لمحل (م8 من القانون).

ولا يجوز أن يصرف محل بيع النظارات، نظارة طبية إلا بناء على تذكرة من طبيب رمدى، ولا يجوز إدخال أى تعديل على الوصف المبين بها (م11 من القانون).

ولا يجوز توقيع الكشف الطبى على طالب النظارة أو غيره فى المحل كما لا يجوز أن يحتوى المحل على حجرة مظلمة أو على الآلات الخاصة بقياس انكسار الأشعة فى العين (م12 من القانون).

ويجب أن يبين على العدسات والنظارات التى بالمحل نوعها واسمها التجارى والمصانع المستوردة منها (م13 من القانون).

وتفصل اللجنة المشكلة وفقا لأحكام المادة الثامنة عشرة من القانون فى كل خلاف قد يحدث بين الطبيب الذى وصف النظارة وبين المدير الفنى للمحل الذى قام بتجهيزها ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا (م17 من القانون).

وتخضع محلات تجهيز النظارات وبيعها للتفتيش الذى تقوم به السلطات المختصة للتثبت من تنفيذ أحكام هذا القانون والاشتراطات التى يصدر بها بقرار من الوزير (التنفيذى) المختص (م21).

وكل من زاول مهنة تجهيز النظارات الطبية أو بيعها أو فتح محلا بدون ترخيص يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيها مصريا أو بإحدى هاتين العقوبتين وفى جميع الأحوال يحكم القاضى بإغلاق المحل ونزع لوحاته

ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة (م23 من القانون).

وكل مخالفة أخرى لأى حكم من أحكام القانون يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تجاوز شهرا وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيهها أو بإحدى هاتين العقوبتين ويجب الحكم بمصادرة الأشياء محل المخالفة (م24 من القانون).

ويتضح مما سلف أن مزاول مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية يرتبط مع عمله بموجب عقد مقاوله، إلا أن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يلتزم بموجبه أن يسلم العميل نظارة طبية طبقا للمواصفات التى قررها طبيب الرمد وما اتفق عليه بين الطرفين من مواصفات أخرى ومن ثم يسأل عن أى خطأ أو تقصير فى تجهيز النظارة إذا ترتب عليه ضرر للعميل.

وإذا صرف مزاول المهنة نظارة طبية بدون تذكرة طبية من طبيب رمدى، أو أدخل أى تعديل على الوصف المبين بالتذكرة، أو أوقع الكشف الطبى على طالب النظارة أو غيره كان مزاولا لمهنة الطب بدون ترخيص ويخضع للعقوبة المنصوص عليها فى القانون رقم 415 لسنة 1954 (المعدل) فى شأن مزاوله مهنة الطب، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون صراحة على أن "وصف نظارات طبية " يعد من الأعمال الطبية التى لا يجوز مزاولتها بدون ترخيص.

(جريمة إفشاء الطبيب سر المهنة)

287- النص القانونى :

المادة 310 من قانون العقوبات (معدلة بالقانون رقم 29 لسنة 1982).

" كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه فأفشاءه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور، أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه.

ولا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة كالمقرر فى المواد 202 و 203 و 204 و 205 من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية⁽¹⁾.

(1) هذه المواد تقابل الآن المادتين 65، 66 من قانون الإثبات الجديد رقم 25 لسنة 1968.

288- تمهيد :

وردت المادة السابقة فى قانون العقوبات الباب التاسع الخاص بـ "القذف والسب وإفشاء الأسرار" من الكتاب الثالث الخاص بـ "الجنايات والجرح التى تحصل لأحاد الناس".

وإفشاء السر يعد من جرائم الأشخاص التى تصيبهم فى شرفهم واعتبارهم حسب الأصل.

وكتمان أسرار الغير ابتداء واجب خلقى تقتضيه مبادئ الشرف والأمانة. هذا فضلا عن أن من مصلحة المجتمع أن يجد المريض طبيبا يركن إليه فيطمئن إلى سره لديه وأن يجد المتهم محاميا يطمئن إلى سكوته فيصارحه بحقيقة أمره وهو ما يؤكد الثقة الواجبة فى ممارسة المهن التى تقدم خدمات لأفراد المجتمع.

ووضح من النص المذكور أنه غير قاصر على الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل، إنما يسرى على كل من يؤتمن على السر بحكم مهنته أو صناعته وذلك بتفصيل ليس هنا محل دراسته.

ولكن نشير إلى ما قضت به محكمة النقض بتاريخ 1953/7/2 طعن رقم 884 لسنة 22 (جنائى) بأن :

"... لما كان ذلك وكان الشارع عندما وضع المادة 310 من قانون العقوبات لم يعمم حكمها، بل إنه خص بالنص طائفة الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل وغيرهم وعين الأحوال التى حرم عليهم فيها إفشاء الأسرار التى يضطر صاحبها أن يأتهم عليها باعتبار أن طبيعة عملهم تقتضى هذا الاطلاع، وهم فى سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور فإنه لا يصح التوسع فى هذا الاستثناء بتعميم حكمها إلى من عدا المذكورين فى النص كالخدم والكتبة والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم فهؤلاء لا يضطر مخدومهم إلى اطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون".

289- أركان الجريمة :

تتكون جريمة إفشاء سر المهنة الطبية من أربعة أركان هى :

- 1- ركن مادى يتمثل فى فعل الإفشاء.
- 2- أن يكون الأمر الذى حصل إفشاؤه سرا.

3- أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من فى حكمه بحكم عمله.

4- القصد الجنائى.

ونعرض لهذه الأركان بالتفصيل على النحو الآتى.

(الركن الأول)

(ركن مady يتمثل فى الإفشاء)

290- المقصود بالإفشاء :

إفشاء السر هو كشفه وإطلاع الغير عليه، بأى طريقة كانت سواء كان ذلك بالكتابة أو المشافهة أو الإشارة.

ولا أهمية للعلانية فى إفشاء السر رغم أن المادة 310 عقوبات وردت فى باب القذف والسب، فليست العلانية بشرط فى هذه الجريمة.

فالإفشاء يتم بمجرد إطلاع شخص أو عدة أشخاص عليه بل إنه يقع قانونا ولو حصل لفرد واحد وطلب منه كتمان أو الاحتفاظ به.

ولا عبء بصلة الطبيب بهذا الفرد الواحد، فيكفى لتوافر ركن الإفشاء أن يذكر الطبيب السر لزوجته أو لأحد من أفراد عائلته، ولو طلب الطبيب منهما كتمان هذا السر⁽¹⁾.

وقد نظرت أمام القضاء الإنجليزى فى نهاية القرن التاسع عشر قضية ضد طبيب شهير بانجلترا، كان قد استدعى بسبب مهنته لفحص زوجة أخيه، وبعد فحصها وجدها فى حالة إجهاض وعالجها بالأساليب الطبية المتبعة، وعند فحص متحصلات الرحم ظن أن بها جنينا، وكان زوجها متغيبا من مدة طويلة فاعتقد الطبيب عندئذ أنها سيئة السيرة، فأخبر زوجته بذلك، وانتقل الخبر إلى أقرباء آخرين اجتهدوا فى إيقاف نفقاتها المقررة قانونا. فرفعت الزوجة دعوى على الطبيب تطالبه بتعويض كبير.

ودفع الطبيب الدعوى بأن المسألة خاصة بشرف العائلة، فإفشائها لذلك لأحد أفرادها مسموح به. ولكن القضاء لم يعر هذا الدفاع التفاتا، وحكم عليه بالتعويض⁽²⁾.

(1) فائق الجوهري ص 476 - الدكتور رءوف عبيد جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال طبعة سادسة 1974 ص 292 - حسن زكى الإبراشى ص 423.

(2) قضية مدام playfair مشار إليها فى فائق الجوهري ص 476.

ولا يباح الإفشاء ولو من طبيب إلى طبيب، والحكمة فى ذلك أن المريض لم يأت من أى طبيب على سره، وإنما اتئمن طبيبا معينا.

ولكن لا يعد إفشاء لسر، إذا اجتمع أكثر من طبيب لفحص المريض وإبداء المشورة والرأى فيما يحتاجه من علاج فيتداولون سره ويناقشون أمره، ذلك أن ما يبديه الطبيب لزميله أو رفاهه فى مجلس المشورة أو ما يخوض فيه كلهم أو بعضهم من أسرار مريضهم فى هذا المقام لا يعد سرا محظورا عليه، فالطبيب لم ينفرد بالاطلاع على السر والإفشاء به إلى سواه، وإنما وقف عليه هو وزملاؤه جميعا، فأصبح الأمر دولة بينهم وأمانة فى عنقهم كافة فمثل هذا الأمر الجماعى الذى اتئمنهم عليه سويا ذلك المريض لا يحول دون تناولهم له مادام الأمر لا يخرج عن نطاقهم، وإنما لا يجوز لأحدهم أن يفضى به إلى فرد آخر سواهم، ولو كان طبيبا بدوره. كما يمكن أيضا تبرير علة الإباحة فى هذا الخصوص برضاء المريض نفسه صاحب السر بتداول أطبائه إياه وإذا عتبه له فيما بين بعضهم البعض⁽¹⁾.

291- وسائل الإفشاء :

يستوى فى وقوع فعل الإفشاء وتحقق الجريمة إذا توافرت باقى أركانها، أن يكون الإفشاء شفويا أو كتابيا عن طريق إعطاء الغير شهادة أو تقرير يتضمن السر، أو الإدلاء بشهادة أمام جهة إدارية أو قضائية، ما لم يجز القانون للطبيب ذلك.

لكن لا يعتبر إفشاء إعطاء صاحب السر تقريراً متضمناً ذلك السر كإعطاء الطبيب مريضه تقريراً عن مرضه ولا يعتبر إفشاء إعطاء ذلك التقرير لشخص كلفه صاحب السر بأن يحصل عليه نيابة عنه. وإذا ثبتت هذه النيابة فلا مسئولية على الطبيب إذا أفشى النائب السر الذى يتضمنه. ولا يتحقق الإفشاء إذا دون الملتزم بالكتمان السر لنفسه لكى يتناوله فيما بعد بالدراسة⁽²⁾.

ومن صور الإفشاء كتابة نشر أسماء المرضى فى كتب الطب أو المقالات الطبية أو نشر صورهم الفوتغرافية. فعلى الطبيب أن يحرص على عدم إذاعة كل ما يمكن به

(3) إفشاء سر المهنة الطبية بحث للمستشار محمد ماهر النائب العام الأسبق منشور بمجلة القضاة العدد التاسع سبتمبر 1975 ص 97 وما بعدها.

(1) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأشخاص طبعة 1981 ص 648 وما بعدها.

التعرف على شخصية صاحب السر⁽¹⁾.

وليس فى ذلك ما يتعارض مع تقدم العلوم الطبية، فإذا كان تقدم هذه العلوم مرهونا ببحث الحالات الجديدة أو الشاذة التى تعرض على الأطباء فليس يعنيه بوجه عام معرفة أشخاص المرضى أو أسمائهم.

ولذلك يرى البعض أنه فى الأحوال التى يتحتم البحث فيها عن الأسباب الوراثية للمرض أو الظروف المعيشية التى أدت إليه والتى لا غنى فيها عن تصوير المريض وموطن الداء من جسمه، فإن الرغبة فى خدمة العمل يجب أن تسمو على الاعتبارات التى من أجلها تقرر الاحتفاظ بسر المهنة⁽²⁾.

ومن ذلك أيضا ما يجرى فى المستشفيات حيث يذكر فى بطاقة على فراش المريض نوع مرضه وحالته، مما يمكن معه لجميع مستخدمى المستشفى وزواره الاطلاع عليه. ولاشك أن ذلك يعد إفشاء معاقبا عليه إذا أمكن إسناده إلى الطبيب أو إلى أحد مساعديه. واقتراح تخفيفا لمضار هذا الإجراء الأخذ بالنظام الفرنسى، حيث يعطى للمريض رقم يحل محل اسمه. ولا تعرف الأسماء إلا لمستخدم واحد فى المستشفى أو أكثر حسب اتساع المستشفى، فيكون هذا مسئولا جنائيا عن إفشاء الأسرار⁽³⁾.

292- تحقق إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة :

جرى القضاء الفرنسى على أنه يعد جريمة معاقبا عليها إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة مادامت غير مؤكدة، إذ أن محيط العامة لا يعتمد عليه كثيرا ومن الناس من لا يصدق ما يدور فيه، فإذا تقدم من اتتمن على السر وأفشاه فإنه يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها⁽⁴⁾.

ومتى أصبحت الواقعة مؤكدة زالت عنها صفة السر فترديدها لا عقاب عليه

(2) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص 340 هامش (2) - المستشار محمد ماهر البحث المشار إليه ص 96.

(3) حسن زكى الإبراشى ص 425.

(1) فائق الجوهري ص 475.

(2) نقص فرنسى 27 يونية سنة 1931 سبرى 1932 -1- 37، 29 ديسمبر 1885 - سبرى 86- 1- 86، 12 أبريل سنة 1951 دالوز 151 ص 363- حسن زكى الإبراشى ص 424 -

المستشار محمد ماهر ص 98.

بمقتضى المادة 310، ولكن قد يعاقب عليها بمقتضى قانون آخر.

ومن صور إفشاء السر شفاهة الشهادة به أمام السلطات القضائية أو الإدارية، أو التبليغ عنه، حتى ولو كان السر عن جريمة وقعت ولا تزال محل بحث السلطات وقد غلب القانون هنا واجب كتمان السر على واجب الشهادة أو التبليغ لمعاونة السلطات العامة على كشف الحقيقة. وذلك إلا فى الأحوال الخاصة التى نص عليها القانون والتى سنتناولها فى موضعها.

ولذلك نجد أن المادة 99 من قانون الإجراءات الجنائية مثلاً، وهى التى تتيح لقاضى التحقيق أن يأمر الحائز لشيء يرى ضبطه أو الاطلاع عليه بتقديمه وإلا عد فى حكم الممتنع عن الشهادة، استثنت صراحة من يخوله القانون الامتناع عن أداء الشهادة. كما نجد المادة 287 تنص على أن تسرى أمام المحاكم الجنائية القواعد المقررة فى قانون المرافعات (قانون الإثبات الآن) لمنع الشاهد من أداء الشهادة أو لإعفائه من أدائها⁽¹⁾.

293- صور الإفشاء :

قد يكون الإفشاء صريحاً - وهى الصورة المعتادة له - ويفترض الإفشاء الصريح قدراً أدنى من التحديد والوضوح فيما يفضى به الطبيب. ومن ثم فإن قولاً يتسم بالغموض الشديد أو مجرد إجابة مبهمة على سؤال يستهدف فى الحقيقة التهرب من الإجابة عليه لا يقوم بها الإفشاء⁽²⁾.

كما يصح أن يكون الإفشاء ضمناً، ومثل ذلك أن يسمح الطبيب لشخص بأن يطلع على الأوراق التى دون فيها أسرار مرضاه.

ويستوى أن يكون الإفشاء تلقائياً أو غير تلقائى. ومثال الإفشاء غير التلقائى أن يكلف الطبيب بأداء الشهادة لدى القضاء، فلا يدفع بالإعفاء من الشهادة الذى يقرره له القانون ويفشى السر.

وقد يتخذ الإفشاء صورة الامتناع. ومثال ذلك أن يشاهد الطبيب شخصاً يحاول الاطلاع على الأوراق التى دون فيها حالة المريض فلا يحول بينه وبين ذلك على الرغم من استطاعته.

(3) رعوف عبيد ص 292 وهامش (2).

(1) محمود نجيب حسنى ص 651.

وواضح أن هذا الامتناع مخالف لواجب قانونى. ومن ثم تتوفر له عناصر الامتناع فى مدلوله القانونى. ولكن مجرد الصمت من جانب الملتزم بالكتمان إزاء سؤال وجه إليه لا يعتبر إفشاء. وإن أمكن أن يستخلص منه - على سبيل التخمين - نتيجة معينة. إذ أن هذا الصمت لا يناقض واجبا قانونيا⁽¹⁾.

ويجوز أن يكون الإفشاء غير مباشر، كأن يقبل الطبيب مهمتين تفترض إحداها الإفشاء بالمعلومات التى حصل عليها من الأخرى وكان ملتزما بكتمانها. وتطبيقا لذلك فإن الطبيب الذى عالج مريضا لا يجوز له أن يقبل أداء عمل من أعمال الخبرة فى شأنه، إذ أن الخبرة تلزمه بأن يفضى بمعلومات حصل عليها بعلاجه هذا المريض كطبيب خاص⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أن العرف قد يسيغ الإفشاء لاعتبارات ذات صبغة قومية أو دولية كما فى الحالات التى تصدر فيها نشرات طبية بمناسبة إصابة أو مرض أو وفاة رؤساء الدول والشخصيات البارزة فى المجتمع الدولى. أو تلك التى تنشرها الهيئات والجمعيات الدولية المتخصصة، وهى بمعرض أداء واجبها تلبية لنداء الضمير الإنسانى. فإنه لا وجه للعقاب على إفشاء السر الطبى فى هذه الحالات ومثيلاتها⁽³⁾.

294- تحقق الإفشاء ولو كان جزئيا :

لا يتحقق الإفشاء بإفشاء السر جميعه فقط، بل يكفى الإفشاء الجزئى، أى بإفشاء جزء من السر دون إفشاء باقيه⁽⁴⁾. ولو كان الجزء الذى أفشى يسيرا.

ومثال ذلك أن يفضى الطبيب إلى الغير بواحد من أمراض عديدة يعانى منها المريض وإن لم يخطره فى ذات الوقت بسبب إصابته به أو مقدار خطورته. ويتحقق الإفشاء إذا كان الغير يعلم من قبل بكل ما أفضى به إليه الطبيب، ولكن كان علمه به على سبيل الشك، فلما أكد له تحول علمه إلى علم يقينى، ذلك أن إضافة اعتبار يزيد فى تقدير الغير من صحة السر يعد اطلاعا له على أمر كان مجهولا

(2) محمود نجيب حسنى ص 649 وما بعدها.

(3) محمود نجيب حسنى ص 650.

(1) المستشار محمد ماهر ص 99.

(2) محمود محمود مصطفى ص 340 - حسن زكى الإبراشى ص 423- المستشار محمد ماهر

لديه (1).

وقد قضى بأن مجرد ذكر دخول مريضة إلى مستشفى للولادة يعتبر إفشاء لسر المهنة، ولذلك فإنه يحق لمدير المستشفى أن يمتنع عن الإدلاء بشهادته في هذا الصدد (2).

بخلاف ما إذا كان المستشفى معدا لعلاج جميع الأمراض (3).

295- متى ينتهى الالتزام بعدم الإفشاء؟

الالتزام بكتمان السر الطبى مفروض على الطبيب طوال حياته، فلا يجوز له أن يذكر شيئاً عن مرض أحد مرضاه بعد وفاته. وللنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية على الطبيب الذى يفشى سر المريض. ويجوز لورثة هذا المتوفى أن يقيموا الدعوى بطلب التعويض ضد الطبيب إذا حاق بهم ضرر من هذا الإفشاء كأن يثبت مثلاً أن الإفشاء قد أصاب اعتباره الشخصى هو نفسه بضرر، أو أنه أثار حوله شكوكاً، أو أنه منعه من أن يجد عملاً كان يستطيع أن يجده لولاه، أو أنه قد أقام عقبة ما فى طريق مؤسسة له. فضلاً عن ذلك فإن الضرر الأدبى يكفى وحده لإعطاء الحق للوارث فى رفع الدعوى (4). وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أحقية الوارث فى رفع هذه الدعوى حتى ولو لم يمسه ثمة ضرر استناداً إلى حقه فى حماية ذكرى مورثه (5).

وقد ذهبت محكمة بيزانسون بتاريخ 1899/6/7 إلى أن الطبيب الذى يقوم بعلاج مريض فى مرض الموت لا يستطيع أن يذيع سبب موته دون أن يخالف بذلك حكم المادة 378 عقوبات فرنسى التى فرضت سر المهنة بطريقة مطلقة وجعلت منه أمراً متعلقاً بالنظام العام (6).

(الركن الثانى)

(3) محمود نجيب حسنى ص 650 وما بعدها.

(4) نقض فرنسى 14 مارس 1895 سبرى 1895-375- دالوز 1899-5-614).

(5) نقض فرنسى فى 16 مارس 1893 (دالوز 1894-1-137).

(1) فائق الجوهري ص 477 وما بعدها.

(2) المستشار محمد ماهر ص 98.

(3) دالوز (1900-1-407).

(أن يكون الأمر الذي حصل إفشاؤه سرا)

296- مضمون هذا الشرط :

يجب لتوافر جريمة إفشاء السر أن يكون ما أفشاه الطبيب سرا. ولم يعرف القانون سر المهنة أو يبين ماهيته، وطبيعي فإن تحديده مسألة تختلف باختلاف الظروف فما يعتبر سرا بالنسبة لشخص قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر، وما يعد في ظروف معينة سرا قد لا يعد كذلك في سواها. وقد اختلف الفقهاء في تعريفه، فذهب البعض بأنه كل ما يعهد به المريض للطبيب على أنه سر⁽¹⁾.

ولكن جمهور الفقهاء على أنه لا ضرورة لأن يكون السر قد عهد به إلى الطبيب. وأن السر يجب أن يشمل كل أمر يعد سرا بطبيعته. فالطبيب يلزم بالمحافظة على السر ولو لم يطلب صاحبه ذلك، بل ولو لم يدل به إليه إدلاء، على خلاف ما يمكن أن يفهم من لفظ الإيداع الوارد بالنص. ولذلك يعد سرا كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق الخبرة الفنية، أو عن طريق الظن أو حتى المباغته، ولو لم يذكر له المريض شيئاً عنه⁽²⁾.

وقيل في ذلك إنه لا يمكن القول بأن المرأة التي تكون قد صرحت للطبيب بأن يفحص أعضائها التناسلية، لا تكون قد عهدت إليه بشئ، لأنها بتسليمها نفسها لمثل هذا الفحص بواسطة رجل فني، تكون قد عهدت إليه بكل ما يمكن أن يحصل عليه من المعلومات نتيجة الأبحاث التي يقوم بها⁽³⁾.

ومن حق المريض أن يعتمد دائماً على سكوت الطبيب وكتمانته، في غير حاجة إلى أن يقول له بين كل حين وآخر أنه يعهد إليه بما لديه على أنه سر. وقد استقرت على ذلك أحكام القضاء الفرنسي⁽⁴⁾، فهي تعطى السر معنى أكثر

(4) اسمان في سيرى 1901 -1- 162 عمود 3 .

(1) جaro جزء 5 ق 2066 وجارسون م 378 ن 19-20 - فائق الجوهري ص 471 - حسن زكي الإبراشي ص 418.

(2) موسوعة دالوز تحت إفشاء السر ن 18.

(3) نقض في 19 ديسمبر سنة 1885 (دالوز 1886-1-347 وسيرى 1886-1-86) - نقض

اتساعا وتدخل فيه المسائل التي تعد سرا بطبيعتها ولو لم يعهد بها المريض إلى الطبيب. وقد ذهب البعض إلى أن السر هو ما يضر إفشاءه بسمعة المريض أو كرامته⁽¹⁾. غير أن الرأي الغالب يذهب إلى أن السر قد يكون مشرفا لمن ير كتمانها، ومع ذلك يحميه النص⁽²⁾.

وقد ذهبت قلة من الفقهاء إلى أن العرف يقضى باعتبار بعض الأمراض كالبرص والجذام والزهرى من الأمراض التي لا يجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها أمراض تدعو إلى النفور من المصاب بها مما يمس طمأنينة صاحبها. ولا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة. فإن معرفة هذه الأعراض قد تقوت على الناس وإن لم تفتهم فقد لا يعرفون مآثاها⁽³⁾.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض المصرية فى حكم لها صادر بتاريخ 2 فبراير سنة 1942 قضت فيه بأن القانون لم يبين معنى السر وترك الأمر لتقدير القضاة. فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف وظروف كل حادثة على انفرادها. وبالنسبة لظروف الحادثة موضوع الدعوى فقد جرى العرف على أن مرض الزهرى والسل هما المرضان اللذان يجب على الطبيب أن لا يفشى سرهما. أما مرض البواسير فهو لا يعتبر سرا خصوصا إذا كان المريض من الرجال⁽⁴⁾.

ولا يوافق معظم الفقهاء على ذلك التقسيم لأنه يؤدى إلى ترك ناصية التحديد لمشيئة

مدنى فى 13 يوليو سنة 1897 (دالوز 1909 -1- 43) ونقض فى أول مايو سنة 1899 (دالوز 1899-1- 585) ونقض جنائى فى 10 مايو سنة 1900 و 15 فبراير سنة 1901 (دالوز 1903-1- 553) ونقض فى 18 يولية سنة 1905 - نقض فى 29 مارس سنة 1927 (سىرى 1928 -1- 5) - وكانت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية قد ذهبت فى حكم لها صادر فى 26 يولية سنة 1845 إلى القول مع حرفية النص بأنه يجب على الطبيب ألا يتمتع بحجة السرية عن الشهادة بغير ما يعهد به إليه المريض على هذا النحو. لأن هذا هو وحده الذى يضر إفشاءه بالعائلات، أما ما عداه فإن كتمانها يضر بالعدالة.

(4) دالوز تحت عنوان إفشاء الأسرار فقرة 16.

(1) جارسون التعليق على المادة 378 فرنسى فقرة 17 جارو فقرة 2066- محمود نجيب حسنى ص

641 هامش (2).

(2) بحث للأستاذ عبد العزيز الببلاوى نشر فى مجلتى كلية الحقوق والشرائع فى سنة 1932.

(3) المحاماة سبتمبر وأكتوبر سنة 42 ص 4 ومشار إليه فى مؤلف فائق الجوهري ص 473.

الطبيب وتقديره مع أنه لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بما سوف يترتب على الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض⁽¹⁾. وأنه ينبغي ألا يفضى الطبيب بالمرض مهما كان يسيرا ولا يصح أن ييوج به ولو كان العرف قد جرى على الترخص فى شأنه والتهوين من أمره، كما فى حالات الرشح ونزلات البرد الطفيفة وما يشبه ذلك.

إن الطبيب ليس هو صاحب السر حتى ينافى به تقدير مقتضيات إفشائه أو إمساكه، وإنما رب ذلك السر هو المريض نفسه، وما لم يأذن لطبيبه بإعلانه فلا يجوز له ذلك. ولا يقدح فى هذا النظر ما قد يذهب إليه عرف بعض الناس من حط وصف السر عن أمراض بعينها، مادام المرضى بها يعتبرونها خلافا لذلك من قبيل الأسرار. ففعلت السر الطبى يدور وجودا وعدما مع نظرة المريض إليه، بغض النظر عما يراه المجتمع أو يرتاب الطبيب بشأنه. فقد لا يصطبغ (الزكام) مثلا فى مفهوم الجماعة بصفة السر، فى حين أن إفشاء الطبيب به قد يضر بالمريض إذا كانت طبيعة عمله تتأثر ولو مؤقتا بحاسة الشم لديه⁽²⁾.

ولا يقتصر السر على ما يصل إليه الطبيب من نتائج إيجابية بل قد يكون فى الأمر سر ولو كانت نتيجة الفحص سلبية، فالطبيب الذى يذكر أن الزائر خال من أى مرض يفشى فى ذلك سرا. وإن كان القضاء يعتبر هذا من مبررات الرأفة بالمتهم⁽³⁾.

وهذا فضلا عن أن احتمال وقوع الضرر متصور فى حالة النتائج السلبية كما فى تلك الإيجابية سواء بسواء فالطبيب الذى يذكر أن مريضه لا يشكو من شىء وأن حالته الصحية ممتازة قد يضر بمصلحة هذا المريض إذا كان يدعى مثلا عدم قدرته على القيام بعمل معين أو أن ظروفه الصحية تقتضى تغيير نوع عمله أو مكانه⁽⁴⁾. وتقرير أن شخصا لا يعانى من مرض معين قد يستخلص منه عن طريق الخبرة الفنية أنه يعانى من مرض آخر مثال ذلك شخص تبدو عليه أعراض مرضين فإعطائه شهادة سلبية فى

(4) جازو مطول العقوبات ج5 فقرة 2066 - جارسون فى العقوبات ج1 فقرة 17 - المستشار محمد ماهر ص 104 - فائق الجوهري ص 473.

(1) المستشار محمد ماهر ص 104.

(2) حسن الإبراشي ص 419 وما بعدها - فائق الجوهري ص 474 - محمود محمود مصطفى ص 340 هامش (4) - المستشار محمد ماهر ص 102.

(3) محمود نجيب حسنى ص 646 - المستشار محمد ماهر ص 102.

شأن أحدهما يعنى بالضرورة أنه يعانى من الآخر (1).

وبتطبيق ذلك على الأمراض العقلية قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 مارس 1927 (2) بوجوب استبعاد الشهادة المقدمة من طبيب بتحديد المرض العقلى لعميله على اعتبار أن الطبيب لم يصل إلى معرفة ذلك إلا بفضل العلاجات التى قام بها لهذا العميل. وذلك على خلاف الشهادة التى تقرر أن العميل سليم القوى العقلية، طالما أن هذه الشهادة لم تحدد مرضاً.

ويبدو من ظروف الحال أن سلامة القوى العقلية للمريض لم يعهد بها إلى الطبيب باعتبارها سرا، كما أنها ليست سرا بطبيعتها (3).

وسر المهنة الطبية كما يرجع إلى الحالة الحاضرة للمريض، فهو يرجع كذلك إلى مستقبله، فلا يجوز للطبيب أن يذكر شيئاً عن خطورة المرض أو احتمالات الشفاء. كما أن السر يمتد أيضاً إلى الوقائع والظروف التى يحدث فيها المرض أو الوفاة. وقد ضرب مثلاً برجل توفى فجأة فى غرفة امرأة لم يكن يصح أن يذهب إليها. وذكر أن واجب الطبيب الذى يدعى فى هذه الحالة يقتضيه أن يذكر للسلطات الظروف التى حدثت فيها الوفاة. ولكن يجب أن يعمل الترتيب اللازم بمساعدة رجال البوليس على إخطار أسرة المريض بأن الوفاة حدثت فى الطريق العام (4).

ولا يشترط لتوافر الجريمة وقوع ضرر من إفشاء السر، فالضرر ركن لقيام المسؤولية المدنية فحسب، فلا ينظر إلى الضرر من ناحية المجنى عليه بل تعتبر الجريمة متوافرة أركانها متى حصل الإضرار بالمصلحة العامة التى أريد بالنص حمايتها، فلا يخفى كما ذكرنا سلفاً أن السرقة يكون مشرفاً لمن يريد كتمانها ومع ذلك جرمته المادة 310 عقوبات (5).

وقد استندت بعض الآراء فى اشتراط الضرر إلى وضع الشارع جريمة إفشاء الأسرار بين الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار.

(4) محمود نجيب حسنى ص 646.

(5) بنفس المعنى نقض عرائض فى 18 يونية 1904.

(6) فائق الجوهري ص 474.

(1) بروارديل فى السر الطبى ص 281.

(2) حسن الإبراشي ص 419.

وعيب هذه الآراء أن الواقعة التي يحرص المجنى عليه على كتمانها قد تكون مشرفة له⁽¹⁾.

(الركن الثالث)

(أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من في حكمه بحكم عمله)

297- مضمون الركن :

عينت الفقرة الأولى من المادة 310 عقوبات بعض طوائف يسرى عليها حظر إفشاء الأسرار فقالت: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل"، ثم أردفت قائلة: "أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه". فقد حرص الشارع فى هذه الفقرة على توجيه خطابه صراحة إلى الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل، ثم أردف هذا الخطاب بقوله أو (غيرهم) فدل بذلك على أن ذكر الأطباء ومن فى حكمهم لم يكن على سبيل الحصر، بل يتسع النص ليشمل مدلوله سواهم وينعطف على غيرهم. فيشمل النص جميع الموظفين وأصحاب المهن الذين تقتضى وظائفهم أو مهنتهم بتلقى أسرار الغير بسبب ما يقومون به من الأعمال خدمة للجمهور. وترك النص للقضاء تحديد هؤلاء. وقد رأينا أن محكمة النقض أخرجت من دائرة النص الخدم والكتبة والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم لأن مخدمهم لا يضطرون إلى اطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون. وقد أردف الشارع إشارته إلى "الأطباء" ذكر "الجراحين" مع أن الجراحين نوع من الأطباء، ويكشف ذلك عن قصد الشارع أن يحيط بالأطباء كافة على اختلاف تخصصاتهم، بما فى ذلك أطباء الأسنان، ولكن لا يدخل فى نطاق النص الأطباء البيطريون⁽²⁾.

وقد أشار الشارع إلى "القوابل" ويستخلص من ذلك قصد الشارع أن يشير إلى جميع الأشخاص الذين يباشرون طبقا للقانون عملا طبيا وأن يكون ذلك محصورا فى عمل أو أعمال محدودة، فيخضع للنص بناء على ذلك "حلاق الصحة" فى حدود ما رخص

(3) محمود نجيب حسنى ص 641 هامش (2).

(1) محمود نجيب حسنى ص 654 - فائق الجوهري ص 468.

له به القانون (1).

غير أنه قد أثير الخلاف حول مدى التزام من يعاونون الأطباء بكتمان سر المهنة أسوة بهم مثل مساعدي الأطباء والممرضين والفنيين وكتبة المستشفيات ومدير المستشفى وطلاب كلية الطب وصانعي الأسنان والنظارات الطبية والأطراف الصناعية فذهبت القلة إلى عدم تقيد هؤلاء بالكتمان رغبة في عدم التوسع في أحوال المنع من الشهادة، وأخذا بقاعدة التفسير الضيق في المواد الجنائية (2).

غير أن الرأي الغالب يذهب إلى أن واجب الكتمان ينطبق على كل هؤلاء باعتبارهم أمناء على السر بحكم الضرورة فالالتزام بعدم إفشاء السر يمتد إلى كل من يتصل بالأطباء وتكون له فرصة الاطلاع على السر. ذلك أن القول بغير ذلك لا يتفق وقصد المشرع في المحافظة على أسرار المهنة وحمايتها بسياج منيع وهو ما يتطلب حتما امتداد نطاق التأميم إلى هؤلاء الذين يتصلون بحكم الضرورة بالأطباء ومن في حكمهم إبان مباشرتهم لعملهم أو بمناسبته ويقفون على السر بدورهم ومن مصلحة المريض نفسه أن يشرح لهم الطبيب حالته، فإن كانوا في حل من إباحة السر أصبح النص قليل الفائدة إذ ما يحرم على الطبيب يمكن أن يحل لمساعديه (3).

وليس من الضروري أن يكون الطبيب مرخصا له بمزاولة المهنة فهو يلزم بالمحافظة على سر المهنة ولو كان يزاولها بغير ترخيص (4). ذلك أنه ينبغي في مفهوم النص أن يكون الأمين بمقتضى صناعته أو وظيفته موضع ثقة بالضرورة على السر فلا يطلع عليه أحدا، يستوى في ذلك أن يكون مأذونا أو غير مأذون في ممارسة المهنة حاصلا أو غير حاصل على المؤهل العلمي أو المسوغ اللازم لاستصدار مثل هذا الترخيص

(2) محمود نجيب حسنى ص 654.

(3) راجع ميريجه عن سر المهنة رسالة باريس سنة 1895 ص 132 - نقض جنائي فرنسي 1864/12/8 (دالوز 1867 - 5 - 431).

(1) فائق الجوهري ص 468 وما بعدها - حسن زكى الإبراشي ص 422 - رعوف عبيد ص 296 - محمود نجيب حسنى ص 654 - المستشار محمد ماهر ص 106 - نقض فرنسي 1893/3/16.

(2) فائق الجوهري ص 468 وما بعدها - المستشار محمد ماهر ص 107.

ويجزئ في هذا المقام مزاولته عمل الصنعة أو المهنة فعلا⁽¹⁾.

وواضح أن الالتزام بعدم الإفشاء قاصر على السر الذي يعلمه الطبيب ومن في حكمه بمقتضى مهنته. أما الأسرار الخارجة عن المهنة مما يصل الطبيب ومن في حكمه إلى معرفته عرضا، ليس بوصفه طبيبا، بل بوصفه شخصا عاديا، فإن الطبيب لا يلزم بكتمان هذه الأسرار ولا يعاقب على إفشائها. بل قد يكون هذا الإفشاء من واجبه في بعض الأحيان⁽²⁾. وقد قضى في فرنسا بأنه لا يصح استبعاد شهادة الطبيب الذي كان صديقا للمتوفى لمجرد أنه طبيب، طالما أن هذه الشهادة لا تتعلق بأمر وصلت إلى علمه بصفته طبيبا، بل بصفته شخصا عاديا بصرف النظر عن مهنته الطبية. بل إن الواجب يقضى على الطبيب في هذه الحالة بأن يبلغ بما وصل إلى علمه من هذا القبيل⁽³⁾.

(3) المستشار محمد ماهر ص 107.

(4) فائق الجوهري ص 475 - محمود محمود مصطفى ص 342.

(5) تولوز في 23 يونية سنة 1900 (دالوز 1901 -2- 213).

(الركن الرابع)

(القصد الجنائي)

298- تطالب توافر القصد الجنائي العام :

لا تعاقب المادة 310 على إفشاء الأسرار إلا إذا كان ذلك الإفشاء صادرا عن قصد جنائي.

ويتمثل هذا القصد في إفشاء الطبيب السر عن عمد عالما بأنه يفشى سرا لم يفرض به إليه أو يصل إلى علمه إلا عن طريق مهنته فإذا اعتقد الطبيب أن الواقعة ليست لها صفة السر، كما لو اعتقد الطبيب أن المرض أو العجز اليسير ليس سرا فأذاعه أو اعتقد الطبيب أنه ليست للسر صلة بمهنته، أو اعتقد أن المجنى عليه راض بإفشاء السر إلى شخص معين، كما لو ظن الطبيب أن المريض راض بإخطار زوجته بمرضه فأفشى به إليها، فإن القصد الجنائي ينتفى في جميع هذه الحالات. وغنى عن البيان أن الجهل أو الغلط الذي ينفي القصد هو- تطبيق للقواعد العامة- ما تعلق بالوقائع أو بالتكييف القانوني غير الجنائي، أما إذا تعلق بالتجريم في ذاته فهو لا ينفي القصد. فإذا كان الطبيب يعلم أن الواقعة صفة السر المهني، ولكنه يعتقد أن مهنته ليست من المهن التي يلتزم أفرادها بكتمان السر أو يعتقد توافر سبب إباحة لا يعترف به القانون فإن القصد يعد- على الرغم من ذلك- متوافرا لديه⁽¹⁾.

ويتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عليه، وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر، وفي تعبير آخر فإنه يتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى الفعل الذي يمكن به الغير من أن يعلم بالواقعة وأن تتجه كذلك إلى توفير هذا العلم لديه⁽²⁾.

وبالترتيب على ذلك لا يتوافر القصد الجنائي إذا أفشى الطبيب السر بإهمال منه أو عدم احتياط في المحافظة عليه أو كتمانها. فالطبيب الذي يترك سهوا في مكان غير أمين معلومات سرية عن أحد مرضاه، فاطلع عليها الغير عرضا، لا يكون مرتكبا لجريمة الإفشاء.

(1) محمود نجيب حسنى ص 662.

(2) محمود نجيب حسنى ص 662.

ولكن عدم مسئولية الطبيب جنائيا في هذه الحالة لا يمنع من الحكم عليه بالتعويض إذا ما ترتب على إفشاء السر ضرر بالمريض أو ذويه⁽¹⁾.

299- لا يشترط توافرية الإضرار لدى الطبيب :

أثير خلاف هام حول ما إذا كانت جريمة إفشاء السر تستلزم قصدا خاصا هو نية الإضرار بصاحب السر أم لا تستلزمه.

فذهب جانب من الفقه الفرنسي منذ عهد بعيد إلى القول بأن نية الإضرار هذه شرط لا غنى عنه لقيام الجريمة. لأنه إذا اختفت نية الإضرار فمقتضى ذلك أن صاحب النبأ لا يعتبره سرا، ولأن المشرع أورد جريمة الإفشاء في باب القذف والسب والبلاغ الكاذب، وهي جرائم يتطلب للعقاب عليها قصد الإضرار⁽²⁾. ومن ثم فإن هذه الجرائم جميعا قسائم متساوية في اقتضاؤها نية الإضرار شرطا جوهريا لقيام القصد الجنائي.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 1830/7/23. إلا أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن هذا القضاء ونبذت فكرة الضرر في حكمها الصادر سنة 1885 في القضية المعروفة باسم قضية واتيليه watelet وتتلخص ظروف هذه القضية في أن مصورا يدعى باستيان ليباج Bastien-Lepage أصيب بمرض في الخصية وقام على علاجه صديقه الدكتور " واتيليه". ولما اشتدت وطأة المرض على المريض استعان الطبيب بزميليه الجراح مارشان، وفورنييه الأخصائي في الأمراض التناسلية. وقد اتفقت آراء الأطباء الثلاثة على أن المريض مصاب بنوع من السرطان. وأن الحالة تقتضى عملية جراحية لا تشفى المريض كلية، ولكن يمكن أن توقفه فترة من الزمن. وأجريت العملية فعلا واتضح من البحث التشريحي المكروكوبى صحة التشخيص وقد تحسن المريض. ولكنه لم يلبث حتى شعر بآلام في البطن، فعاد إلى باريس لاستشارة طبيبه الدكتور واتيليه، وبعد استشارة بين هذا وبين الدكتور بوتان، وافق الطبيبان على سفر المريض إلى بلاد الجزائر كطلبه ليبعد عن برد فرنسا. غير أنه لم يمكث هناك غير بضعة أيام حتى شعر باشتداد وطأة المرض عليه، فعاد إلى باريز حيث أسلم الروح. وقد حدث بعد موته أن نشرت صحيفة الفولتير

(1) فائق الجوهري ص 478 - حسن زكي الإبراشي ص 425 - رعوف عبيد ص 298.

(2) شوفووهيلي ج5 فقرة 1872 دالوز الهجائي إفشاء الأسرار فقرة 12، 23.

مقالا تتهم فيه الدكتور واتيليه بأنه أرسل مريضه باستيان ليباج المذكور إلى بلاد الجزائر، وهو يعلم أن طقس الجزائر يضر بصحته، وذلك لأجل أن يتخلص منه بالموت، ويخفى بذلك خطأ ارتكبه في علاجه، بإجراء عملية جراحية لم تكن تقتضيها حالة مرضه، الذى ذكرت الجريدة ما يفيد أنه كان الزهرى ولم يكن السرطان. فلما قرأ الدكتور واتيليه هذا المقال، أراد أن يدفع هذا الاتهام عن نفسه وعن شرف صديقه المتوفى، فكتب رسالة إلى جريدة الماتان يدافع فيها عن نفسه ويشرح حقيقة ما حصل. ووجدت النيابة فى هذا الرد ما يعد إفشاء لسر المهنة فقدمت الدكتور واتيليه للمحاكمة. وقضى بإدانتة ابتدائيا واستئنافيا. قطع فى الحكم بطريق النقض مستندا فيما استند إليه إلى عدم وجود نية الإضرار من جهته. ولكن محكمة النقض قضت برفض الطعن مقرر أن المادة 378 (المقابلة للمادة 310 مصرى) جاءت بنص عام مطلق يعاقب على كل إفشاء لسر المهنة بدون اشتراط لنية الإضرار. وأن الشارع عندما فرض المحافظة على الأسرار كواجب من واجبات المهنة، فإنه قد رمى بذلك إلى توكيد الثقة الواجبة فى ممارسة بعض المهن، وإلى ضمان راحة الأسر التى يمكن أن تؤدى بها الثقة الاضطرارية إلى الإباحة بأسرارها. ولا يمكن تحقيق ممارسة هذه المهن إذا كان القانون يقتصر على عقاب الإفشاء الذى يرجع إلى سوء النية، تاركا الإفشاءات الأخرى بغير عقاب. ولذلك فإن الجريمة تعتبر موجودة طالما أن الإفشاء يحصل عن علم بصرف النظر عن نية الإضرار⁽¹⁾. وينطبق هذا الحكم أيضا على الإفشاءات السلبية.

وقد استقر الفقه فى مصر على هذا المبدأ⁽²⁾.

ومتى توافر القصد الجنائى العام على الوجه المتقدم بيانه، فلا عبرة بالبواعث أو الأغراض، إفشاء السر لا يباح ولو كان الغرض منه درء مسئولية أدبية أو مدنية. فإذا تعرض الطبيب لما يمس سمعته وينال من كرامته - كما رأينا - فليس له أن يذيع شيئا من الأسرار التى بلغته بحكم مهنته كطبيب، إذ أن نص المادة 310 قد وضع لصالح عام فلا تبرر مصلحة شخصية الإفلات من حكمه. وإنما يكون فى مقدور

(1) السين فى 11 مارس 1885 واستئنافه باريس فى 5 مايو سنة 1885 (سبرى 1885 -2-12) وأمام النقض فى 19 ديسمبر 1885 (سبرى 1885 -2-121) ودالوز (1886-1-347).

(2) فائق الجوهري ص 480- حسن الإبراشي ص 446- المستشار محمد ماهر ص 109- محمود محمود مصطفى ص 342 - رعوف عبيد ص 298- محمود نجيب حسنى ص 661.

الطبيب أن يرفع دعوى قذف وتعويض ضد من عرض به بغير إفشاء لتلك الأسرار التي وقف عليها بوصفه طبيباً، وإذا سألت المحكمة تفصيلاً لدعواه أو مزيداً من معلومات فله أن يعتصم بسر المهنة⁽¹⁾.

وقد ذهب البعض إلى أنه إذا استلزم الأمر بعض التفصيل فليكن ذلك في جلسة سرية أو غرفة المشورة أو في مذكرات⁽²⁾.

غير أن البعض - بحق - لا يوافق على هذا الرأي لأن فيه إذاعة للسر على كل حال. وأن القاضي لا شك سيحمد للطبيب التزامه جانب الصمت، ويأخذ بأقواله إذا كانت الاستشارات والزيارات ثابتة في دفتر زيارته وكانت مطابقة لما جاء في عريضة دعواه⁽³⁾. وكذا إذا طالب الطبيب بأتاعبه أمام القضاء، وكان القضاء له يحتاج إلى بعض التفاصيل فلا يجوز له الإفشاء بسر المريض.

وبرى البعض أنه لا يصح ذكر نوع المرض صراحة في أوراق الدعوى بل يكتفى بالإشارة الخفيفة التي يمكن أن يفهم منها القضاة من بين السطور⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة هامبورج في ألمانيا بإدانة طبيب بتهمة إفشاء الأسرار لأنه قدم للمحكمة عن طريق محاميه في قضية أتعاب، رسائل كتبها له زوج امرأة كان يعالجها، وكانت هذه الرسائل تحتوي على تفاصيل خاصة تتعلق بالزوجة. وقالت المحكمة في حيثيات حكمها إن نص المادة 378 وضع لصالح عام، فلا يجوز لطبيب في سبيل مصلحته المادية أو الشخصية أن يخالفه ولو كان حسن النية.

(1) بريان وشوديه في الطب الشرعي ج (2) ص 577 - محمود محمود مصطفى ص 342 وما بعدها.

(2) بريان وشوديه ص 577 - المستشار محمد ماهر ص 109.

(3) مانس ص 242 وهامش (1) مشار إليه في فائق الجوهري ص 481.

(4) فائق الجوهري ص 481.

وقضت محكمة بروكسل كذلك فى 28 مارس 1900 بإدانة طبيب كان يعالج مريضه الذى أظهر رغبته فى إخفاء سر مرضه عن أبيه، ولكن الطبيب فى سبيل الحصول على أتعابه أفضى إلى الأب بمرض ابنه الذى كان يعالجه⁽¹⁾. ولكن لا يعد إفشاء السر ما يمكن أن يبديه الطبيب فى صدد الدفاع عن نفسه عن وقائع تتعلق بالحالة المرضية للمريض الذى كان يعالجه، إذا رفعت عليه دعوى نسب إليه فيها خطأ فى العلاج الذى أجراه له. فإن حقه فى دفع المسؤولية عن نفسه، سواء من الناحية الجنائية أو المدنية، يحله من التزامه بالمحافظة على السر. والطبيب هو صاحب الرأى فى تقدير ذلك⁽²⁾.

ولا توافق قلة من الفقهاء على هذا الرأى بمقولة أن كتمان السر الطبى قد شرع لصالح عام تغيا الشارع من وراء فرضه ضرب حظر عام على الأسرار الطبية لا يسوغ معه التحلل منها بدعوى درأ المسؤولية المدنية أو الجنائية، طالما أنه فى مقدور الطبيب دفعا لهما أن يحتج بسر المهنة فحسب⁽³⁾.

300- عقوبة الجريمة :

يعاقب على جريمة إفشاء سر المهنة الطبية بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى. فلا يوقع على الجانى إلا إحدى هاتين العقوبتين فقط.

(1) مجلة concours méd س 1900 ص 114.

(2) جارسون م 378 فقرة 136 ولا كاس فى التزامات الطبيب طبعة 1938 فقرة 286 وتعليق دالوز على حكم محكمة أميان فى 12 مارس سنة 1902 فى دالوز 1902 -2- 493- نقض جنائى فى 23 مارس سنة 1916 (jurs. Classeur. civil) 82-1383 المسؤولية الطبية رقم (270).

2- جنح إميان فى 12 مارس 1902 (دالوز 1902 -2- 493 ومجلة جمعية السجون س 1902 ص 557).

(3) المستشار محمد ماهر ص 111 - جنح أميان فى 12 مارس 1902 - منشور فى مجلة جمعية السجون ص 1902 ص 557 - حيث كان طبيب قد أجرى عملية لفتاة توفيت على إثرها فرفع والدها دعوى يطالب فيها الطبيب بتعويض لتسببه فى الوفاة ونسب إليه أنه ترك لفافة من القطن ببطن الفتاة، فلما سئل الطبيب عن التهمة نفى ما عزى إليه ودفع بأن المادة 378 عقوبات (310 مصرى) تحول دون ذكر إيضاحات، وطلب من المحكمة أن تحكم له بالتعويض على المدعى لأنه شهر بسمعته فأجابته المحكمة إلى طلبه.

والحد الأدنى لعقوبة الحبس أربع وعشرين ساعة (م18 عقوبات) والحد الأقصى لها ستة شهور.

والحد الأدنى للغرامة مائة قرش (م22 عقوبات) والحد الأقصى لها خمسمائة جنيه. ويجوز للمحكمة أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون. ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ.

ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم (م55 عقوبات).

ويصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا (م1/56 عقوبات). والجريمة جنحة دائما.

301- تسبب حكم الإدانة :

يتعين أن يتضمن حكم الإدانة بيانا واضحا للواقعة التي أفشاها المتهم والمهنة التي يمارسها (مهنة الطب) وفعل الإفشاء الذي صدر عنه. فبيان الواقعة يتيح لمحكمة النقض أن تتحقق من صفتها كسر، وبيان المهنة يتيح لها أن تتحقق من الطبيعة المهنية للسر ومن أن هذه المهنة هي إحدى المهن التي يلتزم أفرادها بكتمان السر. ولا تلتزم محكمة الموضوع بالتحدث عن القصد استقلالا. فإذا أثبتت أن للواقعة صفة السر افترض علم المتهم بذلك، والأصل في فعل الإفشاء أنه إرادي، ولا تلتزم المحكمة من باب أولى أن تتحدث عن البواعث إلى الجريمة. ولكن إذا دفع المتهم بانتفاء القصد لديه كان هذا الدفع جوهريا، والتزمت المحكمة بالرد عليه ردا مدعما بالدليل، وكذلك الحال إذا دفع بتوافر سبب للإباحة⁽¹⁾.

(1) محمود نجيب حسنى ص 663 - رعوف عبيد ص 307 وما بعدها.

الحالات التى يجب أو يجوز فيها إفشاء سر المهنة الطبية

302- تمهيد :

يسرى على إفشاء أسرار المهنة الطبية جميع أسباب الإباحة التى يعترف بها القانون، ومن ثم فإن حالات إفشاء السر هى كافة الحالات التى تتوافر فيها أسباب الإباحة ولكن لبعض هذه الحالات أهمية خاصة فى هذه الجريمة، أو هى تثير بعض مشاكل تقتضى أن يوضع تنظيم خاص لها. ومن ثم نتناول أهم هذه الحالات فيما يلى.

303- الحالة الأولى :

تنفيذ أمر القانون أو استعمال حق يقرره :

رأينا أن المادة 310 عقوبات بعد أن جرمت فى فقرتها الأولى إفشاء سر المهنة. أردفت فى فقرتها الثانية أنه لا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة.

ويمكن إسناد هذه الإباحة إلى المادة 60 من قانون العقوبات وإلى المبادئ العامة فى القانون التى تأبى أن يتناقض الشارع، وهو ما يتحقق إذا ما عاقب على ما أمر أو رخص به. ووفقا للمبادئ العامة فى القانون فإنه لا يشترط أن يتضمن تقرير هذا الأمر أو الحق نص فى قانون العقوبات أو القوانين المكملة له بل يجوز أن يقرره نص فى قانون غير جنائى، ويجوز أن يكون مصدره العرف أو المبادئ القانونية العامة، وسند ذلك أن النظام العام فى الدول هو كل متسق فلا يجوز أن يكون ثمة تناقض بين أجزائه⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن النصوص التى تجيز أو توجب الإفشاء وردت فى قوانين شتى. ونكتفى هنا بإيراد أمثلة لها. ومن بين ذلك.

(1) الإبلاغ عن المواليد :

أوجبت المادة 14 من القانون رقم 12 لسنة 1996 بإصدار قانون الطفل التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ حدوث الولادة⁽²⁾، ويكون التبليغ على النموذج المعد لذلك إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الولادة إذا وجد بها مكتب أو

(1) محمود نجيب حسنى ص 664.

(2) وقد ورد هذا الالتزام فى المادة 19 من القانونين رقم 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية.

إلى الجهة الصحية في الجهات التي ليست بها مكاتب صحة أو إلى العمدة في غيرها من الجهات، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية... الخ.

وحددت المادة 15 من القانون الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة بأنهم:

1- والد الطفل إذا كان حاضرا.

2- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.

3- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحي وغيرها من الأماكن التي تقع فيها الولادات.

4- العمدة أو الشيخ.

كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية. ويسأل عن عدم التبليغ في المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق، ولا يجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم... إلخ⁽¹⁾.

وقد رصدت المادة (23) من القانون عقوبة على مخالفة أحكام المادتين سالفتي الذكر هي الغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه.

ووضح من المادة (15) أن مدير المستشفى لا يلتزم بالتبليغ عن الميلاد إلا في حالة عدم وجود الأب والأم أو كانت الأم حاضرة ولم تثبت العلاقة الزوجية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.

فإذا قام مدير المستشفى بالإبلاغ على هذا النحو فإنه لا يرتكب جريمة إفشاء سر

(1) وكانت المادة (20) من القانون رقم 143 لسنة 1994 في شأن الأحوال المدنية تحدد الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة كالآتي :

1- والد الطفل إذا كان حاضرا.

2- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.

3- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحي وغيرها من الأماكن التي تقع فيها الولادات.

كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.

ويسأل عن عدم التبليغ في المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق، ولا يجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم... الخ.

المهنة.

(2) الإبلاغ عن الوفيات :

ينظم الإبلاغ عن الوفيات القانون رقم 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية. فأوجبت المادة 35 من القانون التبليغ عن الوفيات إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الوفاة أو إلى الجهات الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار منه فى الجهات التى ليس بها مكاتب صحة، أو إلى العمدة أو الشيخ فى غيرها من الجهات، وذلك خلال 24 ساعة من تاريخ الوفاة أو ثبوتها... الخ.

وحددت المادة 36 الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الوفاة على الترتيب وهم:

- 1- أصول أو فروع أو أزواج المتوفى.
 - 2- من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين.
 - 3- من يقطن فى مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين.
 - 4- الطبيب المكلف بإثبات الوفاة.
 - 5- صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة فى مستشفى أو عيادة خاصة أو ملجأ أو فندق أو مدرسة أو مؤسسة عقابية أو ريان السفينة أو قائد الطائرة أو المشرف على وسيلة السفر أو أى محل آخر.
- ولا يقبل التبليغ من غير المكلفين به.

وقد رصدت المادة (66) من القانون عقوبة على مخالفة حكم المادة (35) سائلة الذكر هى الغرامة التى لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على مائتى جنيه.

ووضح أن الطبيب المكلف بإثبات الوفاة لا يلزم بالتبليغ عن الوفاة إلا عند عدم وجود أحد ممن يسبقونه فى الترتيب الوارد بالمادة (36) سائلة الذكر، وكذا مدير المستشفى أو الشخص القائم بإدارته، وهو تال فى الترتيب للطبيب المكلف بإثبات الوفاة.

(3) الإبلاغ عن الأمراض المعدية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم 137 لسنة 1958 (المعدل) فى شأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية على أن:

" يعتبر مرضا معديا كل مرض من الأمراض الواردة بالجدول الملحق بهذا القانون ولوزير الصحة العمومية - بقرار منه - أن يعدل فى هذا الجدول بالإضافة أو الحذف أو بالنقل من قسم إلى آخر من أقسام الجدول".

وتنص المادة 12 على أنه " إذا أصيب شخص أو اشتبه فى إصابته بأحد الأمراض المعدية وجب الإبلاغ عنه فوراً إلى طبيب الصحة المختص.

أما فى الجهات التى ليس بها طبيب صحة فيكون الإبلاغ للسلطة الإدارية التى يقع فى دائرتها محل إقامة المريض".

وتنص المادة 13 على أن: "المسئولون عن التبليغ المشار إليه بالمادة السابقة هم على الترتيب الآتى:

(أ) كل طبيب شاهد الحالة.

(ب) رب أسرة المريض أو من يعوله أو يأويه أو من يقوم على خدمته.

(ج) القائم بإدارة العمل أو المؤسسة أو قائد وسيلة النقل إذا ظهر المرض أو اشتبه فيه أثناء وجود المريض فى مكان منها.

(د) العمدة أو الشيخ أو ممثل الجهة الإدارية.

ويجب..... الخ "

وقد رصدت المادة (25) من القانون عقوبة على مخالفة المادتين سالفتي الذكر هى الغرامة التى لا تقل عن جنيه ولا تتجاوز عشرة جنيهات أو بالحبس لمدة شهر فإذا كان المرض من القسم الأول تكون العقوبة غرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائة جنيه أو الحبس مدة شهرين. وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها قانون العقوبات أو أى قانون آخر.

(4) الإبلاغ عن الأمراض الزهرية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم 158 لسنة 1950 بمكافحة الأمراض الزهرية على أن: "يقصد بالأمراض الزهرية فى تطبيق هذا القانون الزهرى فى أدواره المعدية والسيلان والقرحة الرخوة فى أى جزء من أجزاء الإنسان".

وتنص المادة الثانية على أن: "يجب على كل من علم بإصابته بأحد الأمراض الزهرية أن يعالج نفسه لدى طبيب مرخص له بمزاولة المهنة".

وتنص المادة الثالثة على أن: "إذا غير المريض الطبيب المعالج وجب عليه إخطاره بذلك وعليه أن يبلغ الطبيب الجديد عن اسم الطبيب السابق".

وتنص المادة الرابعة على أن: "على الطبيب المعالج أن يحتفظ لديه بسجل يدون

فيه بخط يده أسماء المصابين بأحد الأمراض الزهرية وصناعتهم وعنوانهم ونوع المرض ودرجته وتاريخ بدء العلاج ونوعه ونتيجة العلاج ويكون لكل مريض رقم سرى ويجب ختم هذا السجل بخاتم مكتب صحة الجهة وترقيمها منه. ويكون لمفتش صحة المحافظة أو المديرية في كل وقت الاطلاع على هذا السجل بحضور الطبيب".

وتنص المادة الخامسة على أن: "على كل طبيب أن يبلغ تفتيش صحة المحافظة أو المديرية في نهاية كل شهر عن عدد الأشخاص الذين تقدموا إليه للمعالجة في خلال الشهر ووجدوا مصابين بأحد الأمراض الزهرية مع بيان الأرقام السرية المعطاة لكل منهم في السجل وذلك على الاستثمارات التي تضعها وزارة الصحة العمومية لهذا الغرض. وتقيد هذه التبليغات في دفتر خاص بمكاتب التفتيش".

وتنص المادة الثامنة على أن: "تقوم المؤسسات العلاجية الآتية التابعة للحكومة أو مجالس المديرية أو المجالس البلدية بعلاج الأمراض الزهرية على نفقة الدولة لكل منها في نطاق عملها.

(أ) عيادات ومستشفيات الأمراض الجلدية والزهرية.

(ب) مستشفيات الأمراض العقلية.

(ج) المستشفيات العمومية والمركزية.

(د) العيادات الخارجية.

(هـ) مستشفيات أمراض النساء والولادة (للحوامل والمرضعات).

(و) مراكز رعاية الطفل (للحوامل والأطفال).

(ح) مستشفيات الرمد (لأمراض العين).

ولوزير الصحة العمومية بقرار يصدره أن يضيف إليها مؤسسات علاجية أخرى.

ويجب على رؤساء هذه المؤسسات اتباع أحكام المادتين (4، 5) فيما يتعلق

بالقيد والتبليغ:

وقد رصدت الفقرة الثانية من المادة (13) عقوبة عدم إبلاغ الأطباء ورؤساء المؤسسات العلاجية سالفه الذكر وهي الغرامة التي لا تتجاوز عشرة جنيهاً.

ولا تخل أحكام القانون بما يقضى به قانون العقوبات أو أى قانون آخر من عقوبات أشد كما لا تخل بالمحاكمات التأديبية (م 14).

وعلى ذلك فإن الطبيب أو رئيس المؤسسة العلاجية إذا قام بالإبلاغ عن الإصابة

بأحد الأمراض الزهرية، فإنه لا يعد مفشيا لسر المهنة.

غير أنه ينبغى على الطبيب فى الحالات الأربع السابقة، أن يقصر إبلاغه على جهة الاختصاص، فلا يباح له إفشاء السر إلى غير تلك الجهة، وإلا كان مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة.

304- الحالة الثانية :

الإبلاغ عن الجرائم :

تنص المادة 66 من قانون الإثبات على أن:

" لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعتته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة... إلخ -" والثابت أن المادة 310 من قانون العقوبات قد أحالت على تلك المادة.

ونص المادة 66 لا ينصرف إلى ما نصت عليه المادة 25 من قانون الإجراءات الجنائية التى تجرى على أن: "كل من علم بوقوع جريمة، يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب، أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائى بها".

ذلك أن هذه المادة غير مشار إليها- ولا إلى ما كان يقابلها فى القانون القديم- فى المادة 310 عقوبات، فضلا عن أنها لم تتضمن أى جزاء على عدم الإبلاغ ومن ثم فإن تنفيذ مقتضى خطاب الشارع لا يعدو أن يكون أمرا مندوبا فحسب، ولا يرقى إلى مرتبة الإلزام. وبالتالي فإن الطبيب لا يعد ملزما قانونا بالإبلاغ عن الجرائم فإذا علم الطبيب عن طريق مهنته بوقوع جريمة، لا يجوز له الإبلاغ عنها وإلا كان مفشيا لسر مهنته. فإن أبلغ وجب عقابه. ولا يجوز للنيابة العامة مباشرة إجراء التحقيق فيها. فليس للطبيب الذى يدعى إلى عيادة مصاب أن يبلغ عن إصابته، ولو اتصلت بجناية سواء أكان فيها جانبا أم مجنيا عليه. وإذا دعى طبيب إلى معالجة سيدة فعلم أن مرضها ناشئ عن إجهاض، فلا يجوز له الإبلاغ عن ذلك⁽¹⁾.

وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز للطبيب أن يكشف عن الجرائم التى تكون قد

(1) فائق الجوهري ص 493 - حسن زكى الإبراشى ص 446 - رءوف عبيد ص 302- محمود

ارتكبت ضد المريض نفسه، كما لو عذب طفل أو هتك عرضه، وذلك على اعتبار أن هذا النص قد وضع أصلا لمصلحة المريض⁽¹⁾.

غير أنه استثناء من عدم إفشاء السر، أجازت المادة 66 من قانون الإثبات - التي أحالت إليها المادة 310 عقوبات - للطبيب أن يبلغ السلطات عما وصل إليه من المريض من معلومات إذا كان ذكر هذه المعلومات له مقصودا به "ارتكاب جنائية أو جنحة" فقط. ومثال ذلك أن يتوجه شخص إلى طبيب ليسترشد برأيه في إسقاط حمل، وطلب منه المساعدة على ذلك⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ 1933/12/27 في الطعن رقم 1999 لسنة 3 ق بأن :

" إذا استطلع أحد المتهمين رأى محاميه فى ارتكاب جريمة وهى الاتفاق مع أحد الشهود على أن يشهد زورا فهذا الأمر ولو أنه سر علم به المحامى بسبب مهنته إلا أن من حقه بل من واجبه أن يفشيه لمنع وقوع الجريمة وفقا للمادة 205 مرافعات فإذا أخذت المحكمة بمعلومات المحامى عن تلك الواقعة واستندت إليها فى التدليل على أن المتهم موكله كان يسعى فى تليفق شهادة فلا يمكن إسناد الخطأ إليها فى ذلك " .

أما إذا كانت هناك جريمة وقعت بالفعل فلا يجوز للطبيب الإفشاء بالسر بأية حال إلا إذا كان القانون يلزمه بالإبلاغ رعاية لمصلحة عامة.

والحكمة من ذلك واضحة، وهى رغبة الشارع فى أن تبلغ السلطات العامة بالجنائية أو الجنحة قبل وقوعها للمبادرة بمنعها.

وقد جعل ذلك جوازا متروكا لتقدير الطبيب الأمين على السر وحده.

غير أنه يشترط أن يكون الإبلاغ للجهة المختصة، فإذا أفضى الطبيب بالسر خارجها، كان الفعل مستوجبا للعقاب.

305- الحالة الثالثة :

طبيب شركة التأمين :

(2) حسن زكى الإبراشى ص 447 - راجع أيضا فائق الجوهري ص 495.

(3) فائق الجوهري ص 494 - حسن زكى الإبراشى ص 446 - محمود محمود مصطفى ص 344

عندما يقدم طلب لإحدى شركات التأمين على الحياة، فإنه لا يبت فيه إلا بعد إجراء كشف طبي دقيق على الطالب بمعرفة الطبيب الذى تنتدبه الشركة، وعلى ضوء التقرير الذى يقدمه يصدر قرار الشركة بقبول الطلب أو رفضه.

والطبيب الكشاف فى هذه الحالة لا يعتبر وسيطا بين الطالب والشركة، وإنما يعتبر ممثلا للشركة أو خبيرا لها ويعتبر عمله جزءا من عملها، ويستتبع ذلك أن تقديم التقرير الطبى إلى الشركة لا يعتبر منه إفشاء لسر من أسرار مهنته على أنه لا يجوز للطبيب أن يذكر للغير شيئا مما تضمنه التقرير المقدم ولو كان ذلك الغير من الورثة.

وإذا كان هذا الطبيب قد سبق علمه بوجود مرض لدى طالب التأمين ولكنه لم يترك علامات تدل عليه، فإنه لا يجوز له ذكر هذا المرض لأنه بذلك يكون قد أفشى سرا وصل إليه بحكم مهنته⁽¹⁾.

وليس للطبيب الذى يستدعى للكشف على جثة، أن يعطى شهادة بنتيجة الفحص لشركة التأمين، وإن كان له أن يعطيها للورثة⁽²⁾.

306- الحالة الرابعة :

الشهادة أمام القضاء :

أداء الشهادة أمام النيابة العامة والقضاء واجب على كل شخص خدمة للعدالة، ويفرض القانون على كل شخص الالتزام بأداء الشهادة، إذا كلف بذلك تكليفا صحيحا، ويقرر توقيع العقاب عليه إذا تخلف عن الحضور أو حضر وامتنع بغير مبرر قانونى عن الإدلاء بشهادته (المواد 78، 80 من قانون الإثبات، 119، 208، 279، 284 من قانون الإجراءات الجنائية) - وقد نصت المادة 80 من قانون الإثبات على أنه: "إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين أو عن الإجابة حكم عليه طبقا للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه". وقد نصت المادة 284 من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "إذا امتنع الشاهد عن أداء اليمين أو عن الإجابة فى غير الأحوال التى يجيز له القانون فيها ذلك، حكم عليه فى مواد المخالفات بغرامة لا تزيد على عشرة جنيهات وفى الجناح والجنايات بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه الخ".

وقد رأينا سلفا أن الفقرة الأولى من المادة 310 عقوبات بعد أن جرمت إفشاء سر المهنة، أوردت فى الفقرة الثانية على ألا تسرى أحكامها إلا فى الأحوال التى لم يرخص

(1) فائق الجوهري ص 502.

(2) حسن زكى الإبراشي ص 445.

فيها قانون بإفشاء أمور معينة كالمقرر فى المواد 202 و 203 و 204 و 205 من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية. وهذه المواد المشار إليها قد حل محلها الآن المادتان 65 ، 66 من القانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

وتنص المادة 66 على أنه: "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة.

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".

فقد حظرت المادة على الطبيب إفشاء سر من أسرار مهنته- بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا - وأن يؤدى الشهادة عليه، إلا أنها أباحت له استثناء الإدلاء بالشهادة وإفشاء هذا السر إذا طلب ذلك من أسرها إليه.

وإذا لم يطلب صاحب السر الإدلاء بالشهادة، فلا تستطيع المحكمة أن تلزم الطبيب بالإفشاء بسر من أسرار مهنته، ولا يجوز لها أن تقضى بالعقاب الذى يرسده القانون لمن يمتنع عن الإدلاء بالشهادة.

ويترتب على هذا الحظر أنه إذا أدى الطبيب الشهادة دون طلب من أسرها إليه كانت شهادته إفشاء للسر وعوقب وفقا للمادة 310 عقوبات، وكانت شهادته أيضا باطلة فلا تصلح دليلا قانونيا لأنها جريمة فى ذاتها، وبعد قاصرا الحكم الذى يعتمد عليها وحدها⁽¹⁾.

وبلاحظ أن الاستناد إلى دليل باطل فى المواد الجنائية يبطل الحكم ولو توافرت أدلة أخرى للإدانة لأن القاعدة فيها أن الأدلة متساندة بحيث إذا سقط أحدها أو استبعد تعين بطلان الحكم متى تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان له فى الرأى الذى انتهت إليه المحكمة.

غير أنه إذا كان الدليل الباطل ليس من شأنه أن يؤثر فى عقيدة محكمة الموضوع لو أنها كانت فطنت إلى فسادها أو بطلانها. فإن مثل هذا الدليل الباطل قد لا ينقص من قوة الأدلة الأخرى متى تبين من ظروف الواقعة وطريقة التدليل ذاتها أنها تكفى، بذاتها

(1) حسن الإبراشى ص 439 - محمود نجيب حسنى ص 671 - أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول 1972 ص 569.

وبما بينها من تساند وتماسك لما رتبته الحكم عليها من نتائج منطقية⁽¹⁾.
غير أنه إذا كان الحكم صادرا بالبراءة، فإن مشروعية دليل البراءة ليست بشرط واجب.

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

"من المقرر أنه وإن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعا إذ لا يجوز أن تبني إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون، إلا أنه المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى ما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية، وقد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه وأصبح حقا مقدسا يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنّب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة معا إدانة برئ".

(طعن رقم 1172 لسنة 36 ق جلسة 1967/1/31)

والراجح أنه يجب على الطبيب أن يبدي المانع قبل أدائه اليمين لأن موقفه يكون متناقضا إذا حلف اليمين ثم امتنع عن الشهادة⁽²⁾.

ولا محل للحظر السابق حيث يكون الطبيب ملتزما بالتبليغ أو جائزا له ذلك.

غير أنه يجب على الطبيب أن يحضر أمام المحكمة إذا كلف بالحضور على الوجه القانوني وإلا تعرض لعقوبة الشاهد المتخلف، وبعد ذلك يبدي المانع من أداء الشهادة وللمحكمة الرأي الفصل في تقدير هذا المانع وتقدير ما إذا كانت المعلومات التي يطلب منه إبدائها تعتبر من أسرار المهنة التي أراد القانون حمايتها بالمادة 310 عقوبات، فإن رأت ألا مسوغ لامتناعه ألزمته بالشهادة⁽³⁾.

(1) رعوف عبيد في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص 306 وفي المشكلات العملية الهامة

في الإجراءات الجنائية الجزء الثاني الطبعة الثانية ص 669 وما بعدها- الدكتور مأمون سلامة

قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض 1980 ص 929 وما بعدها.

(2) محمود نجيب حسنى ص 671 - فائق الجوهري ص 511.

(1) حسن الإبراشي ص 438.

307- الحالة الخامسة :

أعمال الخبرة :

إذا لم يكن للأطباء أن يشهدوا شفويا أمام القضاء عن وقائع تعتبر من أسرار مهنتهم، إلا أن الخبير الذى ينتدبه القضاء يستفيد من سبب إباحة إذا ضمن تقريره إليه الوقائع التى علم بها وكانت متعلقة بالموضوع الذى طلب منه دراسته وإبداء الرأى فيه، ومن ثم لا يخضع تحت طائلة العقاب، وإنما يشترط لذلك شرطان:

الأول: أن يقدم الطبيب التقرير للمحكمة التى ندبته وحدها، فإن قدم تقريره إلى سواها ارتكب جريمة إفشاء السر.

الثانى: أن يكون الطبيب قد عمل داخل الحدود التى رسمتها المحكمة. فإذا ضمن الطبيب تقريره معلومات خارج عن موضوع ندبه، فقد ارتكب جريمة إفشاء السر. فإذا انتدبت المحكمة طبيبا لفحص الحالة العقلية للمتهم تعين عليه أن يقصر تقريره على خلاصة فحصه لهذه الحالة. فإذا كان المتهم قد أفضى إليه باعترافه بالجريمة - سواء أكان حينئذ كافيًا وكان إفصاؤه بذلك ثقة منه فيه أم كان تحت تأثير عقار أعطاه له ليختبر حالته - فإنه يحظر على الخبير أن يضمن تقريره هذا الاعتراف.

وسبب توافر الإباحة عند تحقق هذين الشرطين أن الخبير يعتبر ممثلا للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها، فهى لا تستعين بالخبير إلا لأن تحقيق هذه الوقائع يتطلب دراية فنية لا تتوفر لها، ولولا ذلك لكانت قد حققتها بنفسها. وعلى ذلك إذا أفضى الخبير بالسر إلى المحكمة فهو لا يفضى به إلى الغير بل إلى نفسه وإذا كانت المسئولية عن حفظ السر قد دعت إليها ضرورة بعث الثقة فى نفس المريض لكى يفضى إلى طبيبه بكل المعلومات التى تقيد فى علاجه فإن هذه الحكمة منتفية بالنسبة للطبيب الذى تعينه المحكمة لفحص المريض وتقديم تقرير عن حالته⁽¹⁾.

وقد عرضت حالة من هذا النوع أمام القضاء المصرى احتاط فيها الطبيب خشية المسئولية إلى حد جاوز الضرورة، ذلك أنه انتدب لتوقيع الكشف الطبى على شيخ مسجود مسن اتهم بالفسق بطفل لم يتجاوز عمره الرابعة عشرة. وقد وجد الطبيب أن الطفل

(1) حسن الإبراشى ص 443- الدكتوراة آمال عثمان الخبرة فى المسائل الجنائية دار النهضة العربية ص 330 وما بعدها.

خاليا من علامات عنف حول الشرج أو بجسمه، كما وجد ملابسه خالية من البقع المنوية. واتضح له من الكشف على المتهم أنه مصاب بسيلان حاد. ولم يجد أثرا عند الغلام لهذا المرض، فانتظر أسبوعا ريثما يتم المرض دور حضانتته إذا كانت قد انتقلت عدواه إلى الغلام، وفحصه مرة أخرى فلم يجد به أثرا للمرض. فاستنتج من ذلك أن المتهم برئ من تهمة الفسق بالغلام. لأنه لو فسق به لأصابته عدوى المرض. ولكن الطبيب خشى أن يذكر ذلك صراحة فيكون قد أفشى سرا لم يصل إليه إلا بحكم مهنته، وخشى في الوقت نفسه ألا يذكره فيؤدي ذلك إلى إدانة المتهم في جريمة هو برئ منها. وأخيرا تخلص من الحرج بأن ذكر أن المتهم مصاب بالتهاب في مجرى البول تنتقل عدواه بالملامسة، ولكن الغلام المجنى عليه لم تنتقل إليه العدوى بهذا المرض⁽¹⁾. ولكنه على الرغم من هذا التحفظ فإن الطبيب يعتبر قد أباح بسر من أسرار مهنته إلا أن الإباحة جائزة حتى إذا ذكر مرض المتهم الحقيقي، لأنه يعتبر في هذه الحالة كما قلنا ممثلا للمحكمة ولم يخرج عن الحدود التي رسمتها له.

غير أنه يراعى أنه يجوز للطبيب في هذه الحالة أن يشهد شفاهة أمام المحكمة فيما أورده بتقريره دون أن يكون مفشيا لسر مهنته.

وما يصدق على الخبير الذي ينتدبه القضاء يصدق كذلك على الخبير الذي تنتدبه الإدارة العامة كما لو انتدبت إحدى المصالح العامة طبيبا ليفحص المتقدمين لشغل وظيفة فيها أو ليفحص موظفا ليقدر مدى حاجته إلى إجازة من عمله أو موظفا أصيب أثناء العمل ليحدد مدى استحقاقه للتعويض، فلا يعتبر التقرير الذي يقدمه إلى الإدارة إفشاء لسر، وسند الإباحة هو ذات سندها في حالة الخبير المنتدب من قبل القضاء⁽²⁾.

(2) مشار إليه في مؤلف فائق الجوهري ص 514.

(3) محمود نجيب حسنى ص 672 وما بعدها.

308- الحالة السادسة :

رضاء المجنى عليه :

يرى بعض الفقهاء أن تحريم إفشاء السر الذى نصت عليه المادة 310 عقوبات هو من مسائل النظام العام. فلا يصح أن يكون إذن صاحب السر بالإفشاء سببا فى إباحته. هذا فضلا عن أن صاحب السر لا يدرك ماهيته ولا مداه، فقد يكون مجهولا منه كله أو بعضه، مع أن المريض لو عرفه لما فكر أن يرخص بإفشاءه⁽¹⁾.

غير أن الرأى الذى اعتنقه أغلب الفقهاء هو أن لصاحب السر أن يبيع للطبيب إفشاء ما دام هو صاحب المصلحة الأولى فى الكتمان وما دام فى استطاعته أن يذيع نفسه ما حذر على الطبيب إذاعته، والأطباء لا يتعرضون فى ذلك لأن يفقدوا ثقة مرضاهم مادامت إذاعة السر معقودة برضاهم⁽²⁾. وبهذا الرأى جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾.

وقد أخذ به الشارع المصرى فبعد أن حذر فى المادة 66 من قانون الإثبات على من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعتهم بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة، أُرِدَف فى الفقرة الثانية أنه يجب عليهم أن يؤدوا الشهادة عن هذه الأمور متى طلب ذلك من أسرهم إليهم. ما دام فى استطاعة صاحب السر أن يذيع ما حذر على الطبيب، فله أن يرفع عنه هذا الحظر.

ويرى غالبية الشراح أن هذا الحكم ليس قاصرا على الشهادة وحدها وإنما يقرر مبدأ عاما يسوغ لهم الإفشاء بالسر فى جميع الأحوال⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ 1953/7/2 فى الطعن رقم

(1) جارو جزءه ص 2068 - جرينول فى 23 أغسطس سنة 1928 (موسوعة دالوز تحت temion

رقم 49 ونقض جنائى فى 11 مايو سنة 1844 (سيرى 1844 -1- 527).

(2) جارسون م 378 ن 78 - اسمان فى سيرى 1901 -1- 161.

(3) نقض 1914/5/26 سيرى 1919/18 -1- 9- نقض 1914/7/16 سيرى 1919/18 -1- 12.

(4) فائق الجوهري ص 497- محمود نجيب حسنى ص 667 - محمود محمود مصطفى

884 لسنة 22 ق بأن :

"إن الأصل في أداء الشهادة أمام القضاء عند استجماع شرائطها أنه واجب يقتضيه الوصول إلى تعرف وجه الحق في المنازعات وفي ثبوت الاتهام أو نفيه، ولا يعفى الشاهد من الإدلاء بكل ما يعلم ويكتّم منه إلا في الأحوال الخاصة التي بينها القانون، ومنها حظر الشهادة إفتاء لسر من أسرار المهنة المنصوص عليه في المادة 207 من قانون المرافعات، ما لم يطلب من أسره إليه إفتاءه، فيجب على الشاهد عندئذ أداء الشهادة عملاً بالمادة 208 من ذلك القانون الذي يدل نصها على أن تحريم الشهادة في هذه الحالة ليس تحريماً مطلقاً... إلخ".

والإذن بالإفتاء حق شخصي بحت لصاحب السر، فلا يعتد بالإذن الصادر من الزوج للطبيب بإفتاء مرض زوجته ولا بتصريح المخدم بذكر مرض خادمه. ولكن يجوز لولى النفس على المريض - إذا لم يكن بالغاً - أن يصرح بالإفتاء⁽¹⁾. ويذهب رأى في الفقه إلى أنه إذا مات صاحب السر فلا ينتقل الإذن بالإفتاء إلى ورثته لأن سر المهنة يحمي ذكرى الموتى، فلا يحق للطبيب أن يذيع سرا اعتماداً على تصريح الورثة بذلك⁽²⁾.

غير أن رأياً آخر - نؤيده - يذهب إلى أن السر يكون حقاً مالياً فينبغي أن ينتقل إلى الورثة بانتقال موضوعه إليهم، ثم أنه قد تكون لهم مصلحة مشروعة في إبلاغ سر المورث إلى شخص أو هيئة كما لو أرادوا الحصول على شهادة طبية بأن المورث كان ضعيف العقل وقت الإيصاء كي يحصلوا على حكم ببطالان وصيته⁽³⁾.

والإذن بالإفتاء ليس مقتضاه إلزام الطبيب به، بل إن الأمر مرجعه في النهاية إلى تقدير هذا الأخير، وموازنته بين مبررات الإفتاء والكتمان بغير تثريب عليه إذا اختار أحد السبيلين دون الآخر⁽⁴⁾، إلا أن يكون العقد المبرم بين الطبيب والمريض قد تضمن التزاماً على الطبيب بالإفتاء⁽⁵⁾.

ولا ينتج الإذن بالإفتاء أثره كسبب إباحة إلا إذا صدر عن صاحب السر نفسه، ولا

(1) المستشار محمد ماهر ص 124.

(2) رعوف عبيد ص 305.

(3) محمود نجيب حسنى 669 - فائق الجوهري ص 499 - محمود محمود مصطفى ص 347.

(4) رعوف عبيد ص 305 - حسن الإبراشي ص 429 - محمود نجيب حسنى ص 668.

(5) محمود نجيب حسنى ص 668.

تقتصر القاعدة على حالة ما إذا كان صاحب السر هو الذى أودعه، ولكنها تشمل حالة ما إذا أودعه لديه شخص آخر. كما تشمل حالة ما إذا كان صاحب المهنة قد علم بالسر عن طريق خبرته الفنية. وتطبيقاً لذلك إذا أودعت الزوجة لدى الطبيب سرا لزوجها فإن الرضاء بإفشائه يجب أن يصدر من الزوج، فلا عبرة برضاء الزوجة. ولا يشترط أن يطلب المريض نفسه من الطبيب إفشاء السر بل يجوز طلب ذلك بواسطة غيره.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

"لا عقاب بمقتضى المادة 310 من قانون العقوبات على إفشاء السر إذا كان لم يحصل إلا بناء على طلب مستودع السر، فإذا كان المريض هو الذى طلب بواسطة زوجه شهادة عن مرضه من الطبيب المعالج، فلا يكون فى إعطاء هذه الشهادة سر معاقب عليه".

(طعن رقم 1832 لسنة 10 ق جلسة 1940/12/9)

ويشترط فى الإذن بالإفشاء أن يصدر عن إرادة حرة وإدراك، فلا يعتد بإذن صادر من مجنون أو من صغير غير مميز، بل ينبغى عندئذ صدوره ممن له ولاية النفس لا ولاية المال.

ويشترط أن يصدر الإذن عن بينة، ولذلك تشككت المحاكم فى اعتبار ترخيص المؤمن لطبيبه بأن يبيع للشركة أسباب وفاته لتعلق ذلك بأمر مستقبل لا يمكن أن يكون العلم به حاصلًا وقت الترخيص⁽¹⁾.

والرضا يكون صريحاً كما يمكن أن يكون ضمناً. وإذا كان الرضا صريحاً فإنه لا يشترط أن يكون كتابياً.

ومن أمثلة الرضا الضمنى، أن تكون الزوجة قد صحبت زوجها فى زيارتها للطبيب، فذلك رضاء ضمنى من الزوج بأن يفضى الطبيب بسر مرضه إلى زوجته، وما جرى به العرف فى مصر من اصطحاب المريض لبعض ذوى قرياه أو نفر من أصدقائه إبان زيارته للطبيب، مما ينم دلالة عن رضائه باطلاعهم على حقيقة مرضه، ولا جناح على الطبيب فى مثل هذه الظروف من الخوض فيما وقف عليه من حالة المريض الصحية

(1) ليون فى 16 يونية سنة 1909 (دالوز 1910 - 2 - 123) - دويه فى 28 أبريل سنة 1913 (دالوز 1919 - 1 - 56).

على مسمع منهم مادام صاحب الشأن نفسه قد سحبهم في معيته أثناء هذا الفحص⁽¹⁾.
ولكن لا يجوز افتراض صدور الإذن فإذا فحص الطبيب رجلاً يرغب في الزواج فلا يجوز افتراض رضائه بإبلاغ نتيجة الفحص إلى الفتاة التي يرغب في الزواج منها أو إلى عائلتها.

وإذا تعدد أصحاب السر تعين أن يصدر الرضاء منهم جميعاً، ومن ثم فلا عبرة برضاء صدر عن أحدهم أو بعضهم. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا عالج طبيب زوجين من مرض تناسلي فلا يجوز له أن يفشى سرهما إلا برضائهما معاً⁽²⁾.

309- الحالة السابعة :

حالة الضرورة :

اختلف الفقهاء حول حق الطبيب في إفشاء السر في حالة الضرورة، وقد أثير ذلك بصفة خاصة بصدد العدوى ببعض الأمراض التي لم يوجب القانون التبليغ بشأنها أو أوجبه ولم ينص على تبليغه لمن يمكن أن يصاب بالعدوى منها، لا سيما في المحيط العائلي. كما إذا أتيحت لطبيب فرصة فحص أحد الخاطبين فوجده مصاباً بالزهري، فهل يلزم بكتمان هذا الأمر على الطرف الآخر مع ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلية ؟

فذهب رأى إلى أن نص المادة 310 عقوبات ورد مطلقاً لم يرد عليه أى قيد ولا يسمح بأى استثناء، ومن ثم فلا يحق للطبيب أن يخالف حكمه أو يعتصم بحالة الضرورة ليدرأ عن نفسه المسؤولية⁽³⁾.

وقد أخذت بذلك محكمة السين في حكم لها بتاريخ 1901/7/11 فقضت بأن الطبيب الذى يكشف لوالدى الفتاة مرض خطيبها فيفسد بذلك مشروع الزواج يعتبر مفشياً لسر المهنة

(1) المستشار محمد ماهر ص 24.

(2) محمود نجيب حسنى ص 669 - المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكار التعليق على قانون الإثبات الطبعة التاسعة ص 574.

(3) بروواردل المسؤولية الطبية ص 70 وما بعدها - هافتر مجلة جمعية السجون فى سويسرا 1903 الكتاب الثالث .

ومسئولا عما أصاب المريض من أضرار من جراء ذلك.

كما قضت محكمة سانت أتين بتاريخ 1907/12/2 بأن إخبار الطبيب لزوجته المريض بأن زوجها مريض بمرض معد وتحذيره إياها من مواقعه يعتبر إفشاء لسر المهنة.

ويرى فريق آخر أن إفشاء السر مباح في هذه الحالات وأمثالها لأن القانون يرمى إلى كتمان السر حيث لا يوجد مسوغ شرعى يبيح الإفشاء، أما حين يكون هذا المسوغ قائما فلا تثريب على الطبيب في الإفشاء بالسر⁽¹⁾.

وقد أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسى بهذا رأى.

فقد حدث أن أخصائيا في الأمراض التناسلية شاهد شابا، كان يعالجه حديثا من قرحة زهرية في القضيب، يدخل الحمام الذى يستحم فيه فحاول أن يمنعه دون جدوى، مما اضطره إلى مكاشفة مدير الحمام الذى أصدر إلى الشاب أمرا بالخروج، فامتثل الشاب لهذا الأمر ولكنه رفع دعوى على الطبيب، فقضت المحكمة ببراءته إذ ما كان يستطيع أن يتصرف على غير ما فعل حرصا على المصلحة العامة⁽²⁾.

وقضت محكمة ديجون في 14 مايو سنة 1868⁽³⁾ بأن الطبيب الذى يدعى لعلاج مولود حديثا، فيشاهد عليه آثار الزهرى، فلا يذكر ذلك للمرضع ويكتفى بأن يصف علاجها ولللطفل المزهور، يكون مسئولا إزاء المرضع عن إصابتها بالزهرى بطريق العدوى من الطفل نتيجة سكوته عن اطلاعها على الحقيقة.

ولذلك يذهب رأى - نؤيده - إلى أن الإفشاء بسر المهنة يكون جائزا ولا يعاقب عليه إذا توافرت فيه حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة 61⁽⁴⁾ من قانون العقوبات التى تجرى على أن: "لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى" - وحالة الضرورة هذه تتوافر فى الأمثلة سالفة الذكر. وحتى فى الحالات التى لا يكون فيها خطر المرض جسيما أو

(1) لوسيان مانش ص 249.

(2) رين فى 22 أبريل سنة 1899 (سيرى 1901 - 2 - 108).

(3) دالوز (1869 - 2 - 195).

(4) فائق الجوهري ص 521 - المستشار محمد ماهر ص 116.

وشيكا وتعوزنا الشروط اللازمة لتوافر الضرورة، فقد يسعفنا نص المادة 60 من قانون العقوبات التى تبيح الفعل متى ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة، وشريعة القانون العام شأنها فى ذلك أحكام الشريعة الإسلامية تأبى الضرر والضرار⁽¹⁾. غير أنه يجب ملاحظة أن هناك farkا بين حالة الضرورة فى القانونين الجنائى والمدنى. إذ تنص المادة 168 مدنى على أن: "من سبب ضررا للغير لينفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا"، فحالة الضرورة وإن كانت تعفى من العقاب، إلا أنها لم تمنع من القضاء بالتعويض.



(1) المستشار محمد ماهر ص 116.

الباب الثالث

(الفصل الثاني)

عقد العمل

مادة (674)

عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

الشرح

310- التبعية والأجر عنصران أساسيان فى عقد العمل :

الواضح من تعريف المادة لعقد العمل أن هناك عنصرين أساسيين يجب توافرها فى عقد العمل، هما عنصر التبعية أى تبعية العامل لرب العمل، وعنصر الأجر، وقد عبرت المادة عن عنصر التبعية بقولها "... يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه"، كما ذكرت عنصر الأجر صراحة.

ولما كان الأجر يدخل كعنصر فى بعض العقود الأخرى، فإن عنصر التبعية يكون هو فى الواقع ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود الأخرى، كالوكالة والمقولة والإيجار الخ، على نحو ما سنراه تفصيلا فى موضعه.

ونعرض لعنصر التبعية فيما يلى:

(1) تنص المادة 31 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 الواردة بالبواب الثانى (عقد العمل الفردى) على أن: "تسرى أحكام هذا الباب على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر".

عنصر التبعية

311- المقصود بالتبعية، التبعية القانونية وليس التبعية الاقتصادية :

المقصود بالتبعية التى تعتبر عنصرا أساسيا فى عقد العمل، التبعية القانونية، وهى التى تتحقق بهيمنة رب العمل أثناء تنفيذ العقد على نشاط العامل، وذلك بخضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل، الذى له أن يصدر إليه أوامر وتوجيهات يجب على العامل إطاعتها، وفى فرض جزاءات على العامل إذا خالف ما يصدر إليه من أوامر.

واعتناق المشرع معيار التبعية القانونية واضح من نص المادة 31 من قانون العمل الجديد التى عرفت عقد العمل بأنه العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيا كان نوعه، ومن النصوص المقابلة لهذه المادة فى التشريعات السابقة التى أوردت ذات المضمون السابق، ولذلك جاء بالملذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 أنه "وبذلك يخرج من نطاق هذا المرسوم بقانون الأشخاص الذين يؤدون عملا لحساب شخص آخر دون أن يكونوا تحت إدارته، أو دون أن يكون له حق الإشراف عليهم، كالعلاقات القائمة بين الترزى وصاحب الملابس، أو الطبيب والمريض أو المهندس ومالك البناء" ووضح كذلك مما نصت عليه 1/676 مدنى من أنه: "تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ولو كانوا مأجورين بطريقة العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال"⁽¹⁾.

ولا أهمية فى ذلك لنوع العمل، فيستوى أن يكون عقليا أو يدويا فنيا أو غير فنى، ولا أهمية لكونه مستمرا يؤديه العامل باعتباره حرفة له أو عرضيا، ولا يؤثر فى ذلك طريقة احتساب الأجر أو مقداره أو مواعيد دفعه أو التسمية التى تطلق على العامل مثل موظف أو مستخدم أو مدير فنى.

(1) الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص120 وما بعدها - الدكتور حسن كيره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية 1969 ص121 - الدكتور جمال الدين زكى عقد العمل فى القانون المصرى الطبعة الثانية 1982 ص488 وما بعدها - الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية 1976 ص6 وما بعدها - المستشار أنور العمروسى قضاء العمال الطبعة الثانية 1981/1982 ص322 وما بعدها.

أما **التبعية الاقتصادية**، وهى التى تعنى اعتماد العامل فى حياته اعتمادا كلياً على الأجر الذى يعطيه إياه صاحب العمل مقابل المجهود الذى يستنفده هذا الأخير، إذ يعيش العامل على ما يحصل عليه من أجر عمله الذى يتقاضاه من صاحب العمل، ومن ناحية أخرى يستند صاحب العمل كل نشاط العامل بحيث لا يبقى لهذا العامل أى وقت للعمل لدى شخص آخر، فإنها لا تصلح لتمييز عقد العمل عن غيره من العقود، ذلك أن هذه التبعية الاقتصادية يعيها أنها تعلق التكيف القانونى للعقد على عنصر أجنبى عنه هو المركز الاجتماعى لأحد المتعاقدين، فلا يعقل أن يعتبر العقد مرة عقد عمل ومرة عقد مقالة وفقاً لاختلاف المركز الاجتماعى لمن يقوم بالعمل، هذا إلى أن الاكتفاء بالتبعية الاقتصادية يهدد طغيان عقد العمل على غيره من العقود التى ترد على العمل، ذلك أن معظم الأشخاص يعتمدون اعتماداً كلياً على ما يحصلون عليه من عملهم باعتباره المورد الوحيد لرزقهم⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "المناط" فى تكيف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقالة أو غيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدنى بقولها إن "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وما نصت عليه كذلك المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 بقولها عقد العمل هو الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر".

(طعن رقم 137 لسنة 25 ق جلسة 1963/2/13)

2- "عقد العمل يتميز بخصيصتين أساسيتين هما التبعية والأجر وتوافرها تقوم علاقة العمل، وإذ كان عنصر التبعية - وهو المناط فى تكيف عقد العمل وتمييزه من

(1) وكانت فكرة التبعية الاقتصادية فى عقود العمل هى السائدة حتى قبيل الحرب العالمية حين ظهرت القوانين الاجتماعية التى فرضت ظلال الحماية على الطبقة العاملة فى حالة العجز عن العمل لشيخوخة أو عاهة أو مرض - كما احتفل بها المشرع الفرنسى - إلا أنها لقيت نقداً شديداً من رجال الفقه الفرنسى كما رفضها القضاء الفرنسى وعلى رأسه محكمة النقض التى انتهت إلى أن العلاقة التى تربط العامل بصاحب العمل هى علاقة تبعية قانونية.

غير من العقود - يتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وكان إحضار العمال بعض ما يلزم عملهم من أدوات أو خامات ودفع أجور مساعدتهم ليس من شأنه نفي عنصر تبعيتهم لصاحب العمل ماداموا يخضعون لرقابته وإشرافه، وكان من صور الأجر تحديده على أساس ما ينتجه العامل دون أن يغير ذلك من طبيعة عقد العمل، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بانتفاء علاقة العمل استناداً إلى أن الأجر يدفع عن القطعة وأن العمال يحضرون بعض ما يلزم صناعة الحذاء من خامات ويدفعون أجور مساعدتهم من الصبية، يكون قد شابه الفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه بغير حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن".

(طعن رقم 157 لسنة 40 جلسة 1975/12/28)

3- "مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني وكذا المادة 42 من القانون 91 لسنة 1959".

(طعن رقم 458 لسنة 41 جلسة 1976/4/15)

4- "المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وما تقضى به المادة 42 من القانون رقم 91 لسنة 1959 من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردي على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر ... الخ".

(طعن رقم 152 لسنة 50 جلسة 1981/2/8)

5- "وكان المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف صاحب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة الطرف الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وما تقضى به المادة 42 من

القانون رقم 91 لسنة 1959 من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردى على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية، وكان ما ساقه الحكم من أسباب من شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها وتكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص فإن النعى على الحكم فى هذا الوجه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1243 لسنة 50 قى جلسة 1986/3/13)

6- "تكيف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود. مناطه. توافر عنصر التبعية. قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983. عدم تغييره من الطبيعة القانونية لعلاقة العمل التى تربط المحامى الذى يلتحق بمكتب محام آخر تحت رقابته وإشرافه وتلك التى تربط شركات القطاع العام بمحامى إدارتها القانونية تسمية المقابل الذى يحصل عليه المحامى أتعابا. لا أثر له. حظر الجمع بين المحاماة والأعمال التى بينتها المادة 14 من قانون المحاماة لا ينفى قيام علاقة العمل عن أعمال المحاماة متى توافر عنصر التبعية والإشراف. عدم تعرض المحكمة الدستورية لتكييف علاقة المحامى الذى يلتحق بمكتب محام آخر".

(طعن رقم 1315 لسنة 67 قى جلسة 1998/4/30)

7- "عدم وجود عقد عمل محرر. لا أثر له. للعامل الحق فى إثبات علاقة العمل بكافة طرق الإثبات".

(طعن رقم 463 لسنة 69 قى جلسة 2000/1/27)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

"إن المادة (674) من القانون المدنى تنص على أن عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وكذلك فإن المادة (42) من قانون العمل الصادر به بالقانون رقم 91 لسنة 1959 عرفت عقد العمل بأنه العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل أن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، كما أن المادة (2) من قانون العمل المشار إليه نصت على أن يقصد بالعامل كل ذكر أو أنثى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه فى خدمة صاحب عمل وتحت سلطته وإشرافه. ويبين من هذه النصوص أن عناصر عقد العمل ثلاثة: أجر يدفعه رب العمل للعامل، وعمل يؤديه العامل نظير

الأجر، وعلاقة تبعية يخضع فيها العامل لإدارة أو إشراف رب العمل وتعتبر علاقة التبعية العنصر الأساسى فى عقد العمل وهى التى تميز بينه وبين غيره من العقود الواردة على العمل مثل عقد المقاولة أو الوكالة، ويقصد بالتبعية القانونية".

(طعن رقم 650 لسنة 16 ق جلسة 1974/11/9)

312- كفاية التبعية التنظيمية أو الإدارية:

للتبعية القانونية صورتان:

الصورة الأولى: هى التبعية الفنية، ويقصد بها خضوع العامل لتوجيه وإشراف كامل أو شبه كامل من قبل صاحب العمل فى جوهر العمل بدقائقه وجزئياته، فيفترض فى صاحب العمل - فى هذه الصورة - أن يكون عالما بفن حرفته أو على الأقل ملما به إلماما يجعل فى قدرته توجيه العامل وإدارته.

والصورة الثانية: هى التبعية التنظيمية أو الإدارية، وفى هذه الصورة يترك للعامل سلطانه الفنى فى مباشرة العمل وتنفيذه، بحيث ينحصر خضوعه لصاحب العمل فى شأن الظروف الخارجية التى يتم فى ظلها هذا التنفيذ، كتحديد أوقاته ومكانه، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم، وتوقيع الجزاء على المخالف منهم⁽¹⁾.

(1) ويذهب رأى فى الفقه إلى أن هناك نوعا ثالثا من التبعية القانونية هو (التبعية المهنية)، والتى تقتصر على التضييق من حرية العامل فى نشاطه أو فى ممارسة مهنته، ويكفى لقيامها أن يكون لرب العمل حق الإشراف والتوجيه على العامل فى قيامه بالعمل بما يشير به من تعليمات، تتمثل فى أوامره ونواهيه دون لزوم لأن تكون سلطة الأول مستمرة بصفة فعلية طويلة قيام الثانى بتنفيذ التزامه فلا يلحق وصف الاستمرار إلا وجود الحق فى الرقابة والتوجيه لا استعمالهما فعلا، ويستطرد هذا الرأى إلى القول بأن هذا النوع من التبعية كثيرا ما يتوافر عندما يقوم العامل بأداء عمله بعيدا عن رب العمل كسائق سيارة الأجرة بالنسبة للشركة الناقلة (محمود جمال زكى ص 489 وما بعدها - الأستاذ سعد حبيب شرح عقد العمل فى القانون الموحد 1959 ص 155) - والواقع أن التبعية المهنية ليست إلا نوعا مخففا من التبعية الفنية يقل فيها إشراف صاحب العمل عنه فى التبعية الفنية المستمرة (راجع عبد الودود يحيى ص 122 وما بعدها هامش 2) ومع هذا فقد ذهبت محكمة النقض =

ويجمع الفقه والقضاء على كفاية التبعية التنظيمية أو الإدارية حتى ولو تحققت التبعية الفنية⁽¹⁾ فاشتراط التبعية الفنية يؤدي إلى انكماش نطاق قانون العمل، فلا يسرى إلا عندما يتحقق لصاحب العمل الدارية الفنية الخاصة بالعمل الذي يؤديه، وهو أمر ليس بالمتيسر في غالب الأحوال، فقلما تتوافر هذه الصورة في غير المصانع أو المتاجر البسيطة التي يقوم مالكوها وسط عمالها بالعمل فيها، فضلا عن أن العامل الذي يخضع لسلطان رب العمل ولو في شأن الظروف الخارجية لتنفيذ العمل دون جوهره لا يمكن اعتبار عمله مستقلا تماما مادام يظل يتبع صاحب العمل من بعض النواحي في أداء عمله، وإذا كان خضوعه لصاحب العمل من هذه النواحي أهون من خضوعه الفني له، إلا أنه يربطه بنوع من التبعية قبله، وهو ما يكفي للقول بتوافر التبعية القانونية في شأنه واعتبار العقد الذي يربطه بصاحب العمل عقد عمل.

وبالترتيب على ذلك، فإن هذا النص يمكن أن يطبق على أصحاب المهن الحرة كالأطباء والمهندسين والمحاسبين، حتى ولو لم تتوافر المعرفة الفنية لدى صاحب العمل، طالما أنه يشرف على العامل من الناحية التنظيمية أي الإدارية بأن يحدد له مكان العمل وأوقات مباشرته مثلا.

وقد أخذت بما تقدم محكمة النقض إذ قضت بأن:

1- "يكفي في علاقة العمل توافر التبعية المهنية وهي أن يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل وتعليماته، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر معالم هذه التبعية ومقوماتها من الاتفاق المحرر بين الطاعنة - شركة سكك حديد مصر الكهربائية ووحدات عين شمس - والمطعون عليه وقد تضمن الاستعانة به في "دراسة المسائل القانونية والقضائية وبصفة خاصة ما يتعلق منها بأعمال التنازلات وتقويم ممتلكات الشركة وما قد ينشأ عن المسائل الضريبية" وأن أعماله لديها تشمل الإجراءات

= مذهب آخر في حكمها الصادر بتاريخ 1967/3/29 في الطعن رقم 95 لسنة 33 ق (منشور في متن هذا البند) إذ استعملت اصطلاح (التبعية المهنية) بمداول (التبعية التنظيمية أو الإدارية).

(1) حسن كيره ص 124 وما بعدها - أنور العمروسي ص 232 وما بعدها - جمال زكي ص 488 وما بعدها - الدكتور حلمي مراد قانون العمل والتأمينات الاجتماعية الطبعة الخامسة 1965 ص 238 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 8 - سعد حبيب ص 155 وما بعدها.

اللازمة لدى الإدارات والمصالح العامة ومجلس الدولة لتسوية المنازعات حسب تعليمات الشركة" وتوكيله "فى تمثيل الشركة أمام المحاكم" مقابل أتعاب تغطى جميع الاستشارات التى تطلبها منه وكذلك الإجراءات التى تتخذ أمام الإدارات والمصالح والدفاع عن الشركة أمام المحاكم، ورتب على ذلك أن العلاقة بينهما هى علاقة عمل لا علاقة وكالة وغلب الأولى على الثانية مستندا فى ذلك إلى أنه "هذا وفى واقعة هذه الدعوى لا يعطى المتعاقدان الأعمال القانونية سوى أهمية ثانوية بالقياس إلى الدراسات والاتصالات المتعددة الواردة بالفقرتين الأوليين بدليل ما نص عليه فى الاتفاق فى صدد تمثيل الشركة أمام القضاء من أن ذلك يكون بالنسبة للقضايا التى تعهد الشركة بها للمستأنف عليه سواء بمفرده أو بالتعاون مع محامى الشركة مما يستشف منه أن للشركة محاميهيها الذين يقومون بالدفاع عنها أمام القضاء وأن توكيلها للمستأنف عليه قاصر على بعض القضايا التى ترى تكليفه فيها فى الدفاع". فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أو شابه قصور يعيبه إذ هى تقارير سائغة تكفى لحمله - ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 95 لسنة 33 قى جلسة 1967/3/29)

2- "تبعية العامل لرب العمل هى عنصر جوهرى فى عقد العمل، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى انتفاء هذه التبعية استنادا إلى ما قرره من أن الثابت من أقوال الشهود الذين سمعوا فى الدعوى ومن المستندات المقدمة فيها أن علاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها كانت علاقة وكالة بالعمولة وليس علاقة عمل دون أن يحصل الحكم فى أسبابه أقوال هؤلاء الشهود أو يبين هذه المستندات ومضمونها وكيف استقى منها هذه الحقيقة التى قام عليها فإن ذلك يعد قصورا مبطلا للحكم إذ لا يمكن معه تعيين الدليل الذى أقامت عليه المحكمة اقتناعها والتحقق من أنه يفضى إلى النتيجة التى انتهت إليها".

(طعن رقم 350 لسنة 37 قى جلسة 12 يناير 1974)

3- "مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدنى وكذلك المادة 24 من القانون 91 لسنة 1959، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ... الخ".

(طعن رقم 458 لسنة 41ق جلسة 1976/4/15)

4- "المناطق في تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وما نقضى به المادة 42 من القانون رقم 91 لسنة 1959 من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردي على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية".

(طعن رقم 152 لسنة 50ق جلسة 1981/2/8 - راجع أيضا**نقض 1986/3/31 المنشور في البند السابق)**

5- "تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود. مناطه. توافر عنصر التبعية. المادتان 674 مدني، 29ق 137 لسنة 1981. ظهور التبعية في صورتها التنظيمية أو الإدارية. كاف لتحقيقها".

(طعن رقم 4373 لسنة 68ق جلسة 1999/6/13)

كما أخذت بذات الرأي المحكمة الإدارية العليا إذ قضت بتاريخ 1974/11/9
في الطعن رقم 650 لسنة 16ق بأن:

"يقصد بالتبعية، التبعية القانونية أي التبعية التي فرضها القانون والتي تتمثل في قيام العامل بتأدية العمل لحساب رب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويكون لرب العمل توجيه العامل فيما يؤديه إليه من أعمال وفي طريقه أدائه فيصدر إليه التوجيهات ويلزم العامل بتنفيذها وإلا اعتبر مقصرا في عمله وغنى عن البيان أن سلطة رب العمل في توجيهه تضيق كلما كان العمل المسند إلى العامل من الأعمال الفنية التي يخضع في ممارستها لأصول المهنة وقواعدها وآدابها، وفي مثل هذه الحالات تكون توجيهات رب العمل وإشرافه قاصرة على النواحي الإدارية أو التنظيمية فقط".

313- توافر التبعية التنظيمية أو عدم توافرها مسألة موضوعية:

توافر التبعية التنظيمية أو الإدارية أو عدم توافرها مسألة موضوعية يستخلصها

قاضى الموضوع من ظروف الحال أى من جميع الظروف والملابسات التى تحيط بالعمل دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض، مادامت الوقائع الثابتة التى بنى عليها قضاءه تؤدى عقلا ومنطقا إلى النتائج التى وصل إليها⁽¹⁾.

فيجوز استخلاص عنصر التبعية من مجرد (التوجيه بالمراسلة) إذا ظهر من الخطابات الصادرة من صاحب العمل للعامل أنها تتضمن توجيهات خاصة بالعمل لا تصدر إلا من صاحب العمل أو نائبه إلى عامل لديه.

(استئناف الإسكندرية فى 19/1/1955)⁽²⁾.

كما يجوز استخلاص هذا العنصر من مجرد صرف الشركة للعامل إعانة الغلاء المقررة للعمال لأن هذه الإعانة لا تستحق إلا للعامل.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"... ويكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل فى تكييفه للعلاقة بين الطرفين بأنها علاقة عمل، بما استخلصه من تحديد نوع العمل ونطاقه وحدوده والمواعيد المقررة له وخضوع المطعون عليه فى تنفيذه لإشراف الطاعن ورقابته وهو استخلاص سائغ يؤدى إلى ما انتهى إليه فإن النعى على هذا الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون وتأويله والفساد فى الاستدلال يكون على غير أساس ويتعين نقضه".

(طعن رقم 137 لسنة 29 ق جلسة 13/2/1963)

314- جواز الجمع بين صفة العامل وصفات أخرى:

قد يقوم الشخص بتصرفات متعددة لحساب الغير ولا تكون سلطته واحدة فى شأنها جميعا، إذ قد يخضع فى بعضها لإدارة وإشراف صاحب العمل، ويخضع فى بعضها الآخر لتقديره واستقلاله التام بحيث يتنافى مع فكرة التبعية، فحينئذ إذا أمكن الفصل بين عمل كل نوع من هذه التصرفات على حده، فإنه يمكن إعطاء كل عمل وصفه القانونى. أما إذا كانت هذه التصرفات مختلطة اختلاطا لا يقبل التجزئة ففى هذه الحالة يؤخذ بالتصرفات الغالبة منها، فإذا كانت التصرفات التى تتحقق فيها التبعية هى الغالبة،

(1) لبيب شنب ص48.

(2) مشار إليه فى سعد حبيب ص156.

اعتبر الشخص عاملاً. وإن كانت التصرفات الأخرى هي الغالبة وكانت وكالة مثلاً، اعتبر الشخص وكيلاً ولا ينطبق عليه قانون العمل⁽¹⁾.

ومفاد ما تقدم أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يجمع العامل بين صفتي الأجير والوكيل.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1978/3/4 في الطعن رقم 451 لسنة 42ق بأن:

"وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه ليس في نصوص القانون ما يمنع من أن يجمع العامل بين صفتي الوكيل والأجير ويعامل بالقواعد القانونية الخاصة بكل صفة على حدها".

(في هذا المعنى نقض طعن رقم 38 لسنة 33 ق جلسة 1972/2/23 - طعن رقم 283 لسنة 33 ق جلسة 1967/11/8)

315- التمييز بين عقد العمل وبعض العقود الأخرى:

أوضحنا فيما تقدم أن أهم ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود، هو عنصر التبعية، إلا أن هناك بعض العقود تدق التفرقة بينها وبين عقد العمل رأينا أن نعرض لها على النحو الآتي:

316- أولاً: عقد العمل وعقد المقاولة:

نظم الشارع عقد المقاولة في المواد من 646 - 677 من التقنين المدني. وقد عرفت المادة 646 عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، والعمل الذي يرد عليه عقد المقاولة إما أن يكون عملاً مادياً أو عملاً ذهنياً، والعمل الذهني قد يكون عملاً قانونياً أو عملاً فنياً⁽²⁾. وعلاقة التبعية هي التي تميز عقد العمل عن عقد المقاولة⁽³⁾، فإذا كان العامل

(1) المستشار عدلي خليل في التعليق على قانون العمل ص 105 - سعد حبيب ص 195.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج 7 المجلد الأول ص 58 وما بعدها.

(3) وهناك معايير أخرى للتفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة ظهرت في الفقه إلا أن هذه المعايير أصبحت مرجوحة ونشير إليها استكمالاً للبحث.

= فقد ذهب رأى إلى أن معيار التفرقة بين العقدين يكمن في اختلاف طبيعة المحل في كل

خاضعا لرقابة رب العمل وإشرافه بالمفهوم السابق بيانه فى شرح علاقة التبعية التنظيمية

منهما. فبينما يضع العامل كل قوته وجهده تحت تصرف صاحب العمل، نجد أن عمل المقاول ليس هو موضوع التزامه، وإنما هو يلتزم بتحقيق نتيجة معينة كبناء منزل مثلا. أو بمعنى آخر بينما يلتزم العامل ببذل عناية فإن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة.

وقد استمد بعض الفقهاء من هذا المعيار معيارا آخر هو طريقة تحديد الأجر فذهبوا إلى أنه فى عقد العمل يتحدد أجر العامل على أساس زمنى كالיום أو الأسبوع أو الشهر أما فى عقد المقاولة فإن أجر العامل يتحدد وفقا لأهمية النتيجة التى يحققها.

ولكن إذا كان هذان المعياران يصدقان فى كثير من الصور، فهما لا يصدقان فى شأنها جميعا ولا يعتبران بالتالى حاسمين فى التمييز بين العقدين، فقد يلتزم العامل بتحقيق نتيجة معينة ويتحدد أجره على أساس هذه النتيجة لا على أساس زمنى كما فى الأجر بالقطعة دون أن يؤدى هذا إلى اعتباره مقاولا. كما أن بعض من يعتبرون مقاولين قد لا يلتزمون بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية دون أن يعتبروا بذلك عمالا، كما فى علاقة الأطباء بمرضاهم. (حسن كيره ص 133 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 127 وما بعدها).

وذهب رأى آخر إلى القول بأن معيار التفرقة بين العقدين مستمد من شخص صاحب العمل، فإذا كان العامل يؤدى العمل لمصلحة شخص معين، كان العقد عقد عمل، وأما إذا كان الإيجاب الصادر ممن يؤدى العمل موجها إلى الكافة فإن العقد يكون عقد مقاولة، وبناء على هذا المعيار يعتبر الطبيب مرتبطا بعقد مقاولة فى علاقاته بعملائه من الجمهور، بينما يعتبر مرتبطا بعقد عمل إذا التزم بالخدمة فى إحدى المستشفيات.

ولكن هذا المعيار بدوره ليس دقيقا كما أنه قاصر عن الإحاطة بكافة الصور، ومثال ذلك مقاول الأعمال الصحية أو التوصيلات الكهربائية الذى يتعاقد مع مقاول مبان، على أن يقصر نشاطه على العمل لحساب هذا الأخير فترة معينة دون أن يكون خاضعا لرقابته وإشرافه، وعلى العكس قد يعرض الشخص خدماته على الكافة ومع ذلك يعتبر عاملا لا مقاولا ومثال ذلك من تقمن بأعمال النظافة وغسل الملابس فى بعض المنازل (حسن كيره ص 135 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 128 وما بعدها).

ولذلك حاول بعض أنصار الرأى السابق تصحيحه بالاعتماد فى تكييف العقد على مدى استمرار الروابط بين طرفيه، بحيث يوجد عقد مقاولة إذا كانت الرابطة بين الطرفين تنتهى بتقديم العمل، بينما يوجد عقد عمل إذا استمر من يؤدى العمل بعد الفراغ منه فى خدمة نفس صاحب العمل.

وهذا المعيار معيب بدوره لأن الطبيعة القانونية للعقد لا ترتفع بمدى استمرار الروابط بين أطرافه، فضلا عن أن هذا المعيار يعود بنا إلى الرأى القائل بأن العامل يلتزم ببذل عناية والمقاول يلتزم بتحقيق نتيجة.

أو الإدارية فإن العقد يكون عقد عمل، وأما إذا كان العامل لا يخضع لرقابة صاحب العمل ولا لسلطته وإشرافه وإنما يتمتع بقدر من الاستقلال في مباشرته لعمله فإن العقد في هذه الحالة يكون عقد مقالة.

ومعيار التبعية يستخلص من مقارنة تعريف عقد العمل الوارد في المادة 674 من التقنين المدني، بتعريف عقد المقالة المذكور في المادة 646، إذ يمثل عنصر التبعية في الأول مكانا بارزا، بينما يختفى في الثاني اختفاء تاما، ولكن العقدان يتحدان فيما عدا، فضلا عن ذلك فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني ينص في المادة 933 على أن عقد العمل "يتميز عن عقد المقالة بأنه يخول رب العمل حق توجيهه ما يؤدي له من خدمات، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات"، وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى شرحا لهذا النص "أنه يعرض لكيفية التمييز بين عقد العمل والمقالة فيجعل معيار التفرقة مرتبطا بمدى حق صاحب العمل في توجيهه ما يؤدي من خدمات أو على الأقل في الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات".

ولا يؤثر على وجود هذا المعيار حذف تلك المادة في لجنة المراجعة لأن الحذف يعزى إلى أن التمييز بين العقدين على النحو الوارد به أدخل في عمل الفقه منه في عمل المشرع أي أنه معيار فقهي وليس مبدأ تشريعيا⁽¹⁾.

(1) إلا أنه يراعى أن صاحب العمل في عقد المقالة ليس محروما من إبداء رأيه وتوجيهاته في شأن العمل المتعاقد عليه، بل في حالات كثيرة يحدد للمقاول تعليمات معينة بشأن ما يضطلع به من مهمة وذلك يجعل الحد الفاصل بين عقد العمل وعقد المقالة من وجود التبعية القانونية في الأول وتخلفها في الثاني أمرا بالغ الدقة. ويحاول القضاء والفقه الفرنسي تخطي هذه الصعوبة عن طريق القول بأن رب العمل يكتفى في عقد المقالة بالتوجيه العام للعمل وفيما يخص النتيجة التي يريد الحصول عليها، بينما يتدخل في عقد العمل بصفة مباشرة في أداء العمل ووسائله، أو القول بأن رب العمل يملك سلطة على شخص العامل في أداء العمل، بينما يكتفى في عقد المقالة بإعطاء توجيهات محددة تتعلق بموضوع العمل المطلوب إتمامه دون اقتران ذلك بسلطة له على شخص المقاول. وقد تصدق مثل هذه المعايير في كثير من الحالات للدلالة على توافر أو تخلف التبعية القانونية، ولكنها بمفردها ليست حاسمة. لذلك يبدو من الواجب إلى جوارها استكناه ظروف الواقع المختلفة للوقوف خاصة على مدى ما يتمتع به من يؤدي العمل من حرية واستقلال في أداء العمل واتفاق ذلك أو تناقذه =

= مع مركز الخضوع والتبعية لصاحب العمل، وعلى مدى تحمل من يؤدي العمل أو عدم تحمله

وبالترتيب على ذلك، إذا ثبت حق صاحب العمل فى الإدارة والإشراف كان العقد عقد عمل، ولا يهم بعد ذلك ما إذا حدد الأجر بحسب الزمن أو القطعة أو الطريحة أو العمل المعين بالذات، كما لا يهم ما إذا اقتصر الشخص على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله أو التعهد بتقديم العمل والمادة معا وما إذا كان الشخص قد استعان فى تنفيذ العمل بعمال آخرين أو انفراد هو بالقيام بتأديته دون أن يتخذ مساعدين له⁽¹⁾، وما إذا كان الشخص يعمل لدى صاحب عمل واحد أو جملة من أصحاب الأعمال.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى مردود بأن المادة 674 من القانون المدنى تنص على أن "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وأن المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 سنة 1952 تنص على أن "تسرى أحكام هذا القانون على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه وفى مقابل أجر" ومؤدى هاتين المادتين أن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجرا على عمله، ولما كان القرار المطعون فيه قد أقام قضاءه على تحقق هذين الأمرين فى خصوص الرابطة التى تربط الطاعنين بالصناع المنضمين للنقابة التى يمثلها المطعون عليه بما أورده فى أسبابه من أنه "ثبت أن صاحب المصنع هو الذى يحدد ساعة فتح المصنع وساعة إقفاله وهو الذى يشرف إما بنفسه أو بواسطة رئيس عماله إشرافا مهنيا كاملا على جميع عمال المصنع ويراقب حسن أدائهم لعملهم وهو الذى يحدد عدد الطريحة التى يسلمها لكل طاقم حسب حالة السوق ويحدد له نوع ومقاسات هذه الطريحة ويقدم لهم القوالب اللازمة للأحذية المطلوب إنجازها وهو الذى يحافظ على النظام فى مصنعه فإذا ما خالف أحد العمال أمره جازاه أو فصله مباشرة إذا

بالمخاطر، وعلى مدى تمتع أو عدم تمتع صاحب العمل بضرورة توقيع جزاءات على العامل يستمد منها من وصفه صاحباً للعمل (حسن كيره ص136 وما بعدها هامش5).

(1) وقد قضت بذلك هيئة التحكيم بمحكمة استئناف القاهرة فى النزاع رقم 12 لسنة 1953 الخاص بطلب تطبيق الأمر العسكرى رقم 99 لسنة 1950 الخاص بزيادة إعانة غلاء المعيشة، على عمال الأحذية بالمحال الصناعية، وقد تأيد هذا القضاء فى الطعن بالنقض الذى رفع عنه. (طعن رقم 289 لسنة 23 قى جلسة 1957/4/4 منشور بالمتن بهذا البند).

كان المخالف رئيسا للطاغم أو بطريقة غير مباشرة إذا كان المخالف أحد المساعدين - وأن التحقيق أثبت أن أجر العامل ارتفع تباعا ابتداء من سنة 1939 وما بعدها وأنه سائر في ذلك قوانين إعانة غلاء المعيشة - وأنه تبين من أقوال طرفي النزاع أن العلاقة التي تربطهما هي علاقة العامل بصاحب العمل فهذا الأخير هو الذى يقوم بالتأمين على عماله وهو يصرف لهم قروضا عند حاجتهم لها ويعطيهم إجازات سنوية مدفوعة كما أن كثيرا من أصحاب المصانع جروا على صرف مكافآت نهاية الخدمة للعمال المفصولين، كما أن الأجر ازداد تباعا تمشيا مع قوانين إعانة غلاء المعيشة - وهذا كله يدل على أن الطرفين كانا متفقين على صفة رافعى النزاع وأنهم عمال لا مقاولين"، لما كان ذلك فإن القرار المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه وتأييله - أما ما أورده الحكم لتدعيم وجهة نظره بما تحدث فيه عن المعيار الاقتصادى لتعرف حقيقة التكييف القانونى للعقد الذى يربط طرفى النزاع فإنه تزيد يستقيم الحكم بدونه - كما أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه من قصور مردود بأن القرار أورد فى أسبابه وجهة نظر الطاعنين فذكر: "أن ما يدلى به أصحاب المصانع من حجج تخلص فى أنه لمما يضى على رافعى النزاع صفة المقاول أن صانع الأحذية يستخدم من باطنه عمالا آخرين هم مساعدوه يأخذون أجورهم منه وعلاقتهم به علاقة مباشرة ولا يتدخل رب العمل فى ذلك مطلقا مردود بأنه ما من مانع يمنع العامل الذى يعمل بمصنع ما هو مكلف بأداء عمل معين فيه أن يستعين بمساعدين يختارهم هو وذلك لحسن التفاهم الواجب توافره بينه وبينهم وهذا لا يضر صاحب العمل فالجميع يعملون داخل مصنعه وتحت إشرافه كما أن الأجر الذى يدفعه هو أجر الوحدة الذى يوزع على العامل ومساعديه - وفى أن هؤلاء الصناع يعملون على بنوك وكراسى يملكونها وبآلاتهم الخاصة ويشتركون فى مصاريف صنع الحذاء إذ يتحملون ثمن المسمار والغراء وهذا مردود عليه بأن العامل يقدم البنك والكراسى تمشيا مع عرف صناعة معينة وهذا لا يضى على صفة المقاول، كما أن عمله بآلاته الخاصة لا يدل على شيء فكثير من العمال فى الصناعات المختلفة يعملون بآلاتهم الخاصة التى اعتادوا الشغل بواسطتها خصوصا عندما تكون تلك الآلات صغيرة الحجم قليلة القيمة كما هو الحال فى صناعة الأحذية - أما أن العامل يشترك فى مصاريف صنع الحذاء بتحمله ثمن المسمار والغراء والدويارة فإن هذا زعم غير صحيح لأن الأجر الذى يدفعه صاحب المصنع للعمال يدخل فيه مصاريف هذه التكلفة حتى لقد ذكر أحد أصحاب المصانع فى التحقيق أن أجر صنع الحذاء يزيد تبعا لزيادة هذه

المصاريف ولزيادة الغلاء بالنسبة للعامل وهذا يفهم منه أن صاحب العمل هو الذى يتحمل هذه المصاريف فى الحقيقة وأنه لجأ لهذه الطريقة توخيا للاقتصاد ولكى لا يسرف العامل فى استهلاك تلك المواد" - وهذا الذى أورده القرار لا يعتوره قصور - هذا فضلا عن أنه لا على الهيئة إذ هى أغفلت الرد على جميع ما يثيره الخصوم من أوجه الدفاع مادام أنها أقامت قضاءها على توفر الأمرين اللذين تتحقق بهما رابطة عقد العمل بين الطاعنين والعمال المنضمين للنقابة التى يمثلها المطعون عليه وفى ذلك ما يكفى لحمل القرار المطعون فيه".

(ظعن رقم 289 لسنة 23 ق جلسة 1957/4/4)

2- "المناطق فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدنى بقولها:

"عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

كما نصت كذلك المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 بأن: "عقد العمل هو الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه فى مقابل أجر" وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ... الخ".

(ظعن رقم 137 لسنة 29 ق جلسة 1963/2/13)

317- ثانيا : عقد العمل وعقد الوكالة :

نظم التقنين المدنى عقد الوكالة فى المواد من (699 - 717)، وقد عرفت المادة 699 عقد الوكالة بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل"، فمحل عقد الوكالة لابد أن يكون عملا قانونيا لا عملا ماديا، أما محل عقد العمل فيصح أن يكون عملا قانونيا أو ماديا على السواء.. ولذلك إذا كان محل العقد عملا ماديا فإنه لا يمكن اعتباره عقد وكالة. أما إذا كان محل العقد عملا قانونيا فأجورا فهنا يتعين البحث عن معيار لتحديد ما إذا كان عقد عمل أم عقد وكالة.

والرأى الراجح فى الفقه والمستقر عليه قضاء، أن معيار التمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة هو توافر عنصر التبعية فإذا كان المتعاقد معه خاضعا لإشراف ورقابة رب العمل كان العقد عقد عمل، بصرف النظر عن طبيعة العمل قانونيا أو ماديا، أما إذا

كان العقد محله عمل قانوني مأجور وكان المكلف به يقوم بأدائه مستقلا دون الخضوع لرقابة وإشراف من يتم العمل لحسابه كان العقد وكالة⁽¹⁾.

ولا يعترض على هذا بأن الوكالة تتضمن علاقة تبعية بين الوكيل والموكل لأنها تفترض خضوع الأول للأوامر والتوجيهات التي تصدر له من الثاني، ذلك أن الوكيل رغم خضوعه لهذه الأوامر والتوجيهات، يحتفظ بحريته واستقلاله في قيامه بالمهمة الموكول إليه أداؤها، فالموكل لا يصدر إلا توجيهات عامة بخصوص هذه المهنة وهذا على خلاف ما هو مقرر في عقد العمل إذ يخضع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل لا من حيث الإشراف

(1) حسن كيره ص 149 - المستشار أحمد شوقي المليجي الوسيط في التشريعات الاجتماعية الكتاب الأول في قانون العمل طبعة نادى القضاة ص 129 - محمد على عمران ص 62 - عبد الدود يحيى ص 139 - أنور العمروسي ص 325 - الأستاذ أنور عبد الله قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ص 73 - حلمي مراد ص 242 - وقد ظهرت في الفقه آراء أخرى - مرجوحة - للتمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة، ومن هذه الآراء ما قيل في ظل القانون الروماني من أن التفرقة تقوم على أساس أن الوكالة تبرعية بينما العمل مأجور، وقد كان لهذا الرأي ما يبرره وقتئذ، أما وقد أصبحت الوكالة في العصر الحديث أيضا مأجورة فقد أضحي هذا المعيار غير صالح للتفرقة بين العقدين.

وذهب رأى ثان إلى التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس طبيعة العمل نفسه، فإذا كان العمل تصرفا قانونيا فإن العقد يكون عقد وكالة إذ أن الوكالة لا تتصور إلا بالنسبة للأعمال القانونية، أما إذا كان العمل المطلوب عملا ماديا فإن العقد لا يكون عقد وكالة ولكنه يكون عقد عمل (جمال زكي ص 532 وما بعدها) - إلا أن هذا المعيار غير دقيق، إذ يغلب في الواقع قيام بعض العمال بتصرفات قانونية لحساب رب العمل دون أن ينقلبوا إلى وكلاء لكونهم يقومون بتصرفات قانونية كالخادم الذي يقوم يوميا بشراء لوازم الأسرة، كما أن الوكالة وإن كانت لا تكون إلا في الأعمال القانونية، فإن عقد العمل لا يشترط أبدا فيه أن يكون العمل الذي يكلف العامل به عملا ماديا، لأن محل عقد العمل يصح أن يكون عملا قانونيا أو ماديا. (الدكتور محمد عمران الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد 1984/1983 ص 62 - حسن كيره ص 148 وما بعدها).

وذهب رأى ثالث إلى إقامة التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس شكل الأجر، تأسيسا على أن الأجر ثابت في عقد العمل ومتقلب في عقد الوكالة. وهذا المعيار غير منضبط فكثيرا ما يحصل العامل على أجره في صورة نسبة مئوية معينة فيكون أجره متغيرا ومتفاوتا تبعا للظروف، والوكيل قد يحصل على أجر أو أتعاب محددة أو ثابتة (حسن كيره ص 147).

العام فقط، وإنما من حيث التنفيذ كتحديد طريقة العمل وزمانه ومكانه، بل إن العامل يتعرض لجزاءات تأديبية توقع عليه من صاحب العمل إذا أخل بأداء العمل على الوجه المطلوب⁽¹⁾. وأظهر الصور التي يعتبر العقد فيها عقد عمل لا عقد وكالة - رغم تعلقه بتصرف قانوني - صورة محصلى الشركات وخاصة شركات المياه والغاز والكهرباء والنقل العام، وصورة الباعة في المنشآت والمحال التجارية، فيعتبرون عمالا لدى هذه الشركات والمنشآت لا وكلاء عنها رغم قيامهم بتصرفات قانونية لحسابها، إذ أن تبعيتهم لها تبعية كاملة أو كبيرة مما يتنافى مع وصف الوكيل ومركزه⁽²⁾.

وعنصر التبعية هذا يتخذ معيارا أيضا في إعطاء التكييف القانوني بالنسبة إلى بعض الطوائف الخاصة من العمال، ومثل ذلك طائفة الوسطاء وهم الذين يتدخلون لعقد بعض الصفقات لحساب صاحب العمل، ولهذا نصت المادة 676 مدني بقولها: "تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب الأعمال وخاضعين لرقابتهم".

وقد قضت محكمة النقض بشأن التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة بما يأتي:

1- "المناطق في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية.. الخ".

(1) عبد الودود يحيى ص 139 - حسن كيره ص 150 - أنور عبد الله ص 73.

(2) حسن كيره ص 150 وما بعدها - وقارن حلمي مراد ص 242، جمال زكي 529 فيريان أن هؤلاء لا يقومون بغير أعمال مادية، وإن كان في ظاهر الوضع تصرفات قانونية إذ ليس لهم في إبرام التصرف أو في وفاء الالتزامات الناشئة عنه إلا مساهمة مادية. وإذا كان عملهم على هذا النحو يلزم صاحب العمل فليس بمقتضى نظرية الوكالة بل لأن التصرف قد أبرم مع المحل التجاري الذي يعتبر العامل أحد عناصره.

(طعن رقم 540 لسنة 35 جلسة 1972/2/2)

2- "المناط في تكيف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من القانون المدنى بقولها ... وما تقضى به المادة 42 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959... وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية... وكان الحكم المطعون فيه قضى بأن علاقة الطرفين هي علاقة وكالة وليس علاقة عمل وأطرح مستندات الطاعن تأسيسا على عدم صدور قرار بتعيينه في وظيفة ذات فئة مالية محددة، وهو مالا يكفى بذاته سنداً لإسباغ صفة الوكيل على الطاعن ولا يصلح لبيان سبب مخالفة الحكم الابتدائي في قضائه وليس من شأنه أن ينفي علاقة العمل التي يدعيها الطاعن ومن ثم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ومشوبا بالقصور والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 893 لسنة 45 جلسة 1982/2/21 - غير منشور)

318- ثالثاً : عقد العمل وعقد الشركة :

نظمت عقد الشركة المواد من (505 - 537) من التقنين المدنى، وقد عرفت المادة 505 عقد الشركة بقولها "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة"، فحصة الشريك في الشركة تكون إما بتقديم حصة من مال أو بتقديم عمله.

وتدق التفرقة بين عقد العمل وعقد الشركة، إذا كان الشريك شريكا بالعمل فحسب إذ يكون مركزه شبيها بمركز العامل، أو إذا كان العامل يحصل مقابل عمله على نسبة مئوية من أرباح رب العمل مما يجعل مركزه شبيها بمركز الشريك.. كقائد السيارة الأجرة الذى يتقاضى أجره نسبة مئوية من صافى إيراد السيارة.

والمعيار فى التفرقة بين عقد العمل وعقد الشركة، هو عنصر التبعية، فإذا كان العامل يخضع لسيطرة وإشراف رب العمل فإن العقد فى هذه الحالة يكون عقد عمل، أما إذا لم يكن هناك رقابة أو إشراف من جاب صاحب العمل كان العقد شركة. وتختلف عنصر التبعية فى عقد الشركة أمر طبيعى، لأن نية المشاركة - وهى جوهر عقد الشركة

- تقوم على فكرة المساواة بين الشركاء وتتنافر مع تبعية بعضهم للبعض الآخر⁽¹⁾.

ولا يمكن الاحتجاج في حالة تقاضى الشخص أجره نسبة مئوية من الأرباح، بأنه معرض لتحمل الخسارة، وأن المساهمة في الخسارة أو عدم المساهمة فيها يمكن أن تكون معيارا للتمييز بين العقدين استنادا إلى أن عقد الشركة يستلزم الاشتراك في الخسارة (م505 مدني)، ذلك أنه لا يوجد ما يحول دون تحمل العامل بنصيب من الخسارة، كما لو كان متفقا على حصول العامل - فضلا عن أجره المحدد - على نسبة مئوية من الأرباح ثم لا يحقق المشروع أرباحا.

وإنما يمكن القول أنه إذا انتفى عنصر المشاركة في الخسارة انتفى معه وصف العقد بأنه عقد شركة.

وليس ثمة ما يمنع من أن يرتبط الشخص بعقد شركة وعقد عمل خاص بالشركة في نفس الوقت، إذ لا يوجد تعارض في الواقع بين نية المشاركة التي تقوم على فكرة المساواة وبين رابطة العمل التي تقوم على فكرة التبعية، ذلك أن الشريك الذي يتعاقد على العمل لحساب الشركة لا يعتبر عاملا لدى شركائه إذ هم جميعا على قدم المساواة وإنما يعتبر عاملا لدى الشركة وهي شخص معنوى أو اعتبارى مستقل عن أشخاص الشركاء⁽²⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المناط في تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه العاقدان منها، وإذ كان ما انتهت إليه المحكمة من تكييف العقد بأن ينطوى على عقد عمل وليس شركة لا خروج فيه على نصوص هذا العقد وتؤدي إليه عباراته وما استخلصته المحكمة منها من قيام عنصر التبعية الذي يتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته، مما يتعارض وطبيعة عقد الشركة، وكان لا يتنافى مع هذا التكييف تحديد أجر المطعون ضده بنسبة مئوية من صافي الأرباح، إذ ليس ثمة ما يمنع تحديد أجر العامل على هذه الصورة دون أن يغير ذلك من طبيعة عقد العمل، وكان ما ورد في أسباب الحكم الأخرى التي عيبتها الطاعنة لم يكن إلا استطرادا زائدا من الحكم

(1) سعد حبيب ص182 وما بعدها - أنور عبد الله ص72 - محمد عمران ص59 وما بعدها - حلمى مراد ص246 وما بعدها - أحمد شوقي المليجى ص128 - عبد الودود يحيى ص136.

(2) حسن كيره ص144 وما بعدها هامش (2).

يستقيم بدونه، مما يكون معه النعى على ما تضمنته هذه الأسباب الزائدة غير منتج، فإن النعى على الحكم المطعون فيه - بأنه أخطأ فى تكييف العقد بأنه عقد عمل - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 469 لسنة 37 قى جلسة 1973/3/3)

2- "المناطق فى تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه العاقدان منها، وإذ كان ما انتهت إليه المحكمة من تكييف العقد بأنه عقد عمل وليس شركة لا خروج فيه على نصوص العقد وتؤدى إليه عباراته، وما استخلصته المحكمة منها من قيام عنصر التبعية الذى يتمثل فى خضوع المطعون ضده (صيدلي) لإشراف النقابة (صاحب الصيدلية) ورقابتها مما يتعارض وطبيعة عقد الشركة، وكان لا يتنافى مع هذا التكييف تحديد أجر المطعون ضده بنسبة معينة من الأرباح، أو أن النقابة قد خولته الحق باعتباره مديراً للصيدلية فى تعيين العمال اللازمين لهم وتأديبهم وفصلهم لأن ذلك كله لا يغير من طبيعة عقد العمل، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال - إذ قضى بعدم خضوع المطعون ضده لضريبة الأرباح التجارية استناداً إلى تكييف العقد بأنه عقد عمل لا شركة - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 533 لسنة 39 قى جلسة 1976/2/19)

319- رابعا: عقد العمل وعقد الإيجار:

ينظم عقد الإيجار المواد من (558 - 634) من التقنين المدنى. وقد عرفت المادة 558 عقد الإيجار بقولها "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

وطبيعة الإيجار تختلف عن طبيعة عقد العمل اختلافاً أساسياً، فالإيجار يرد على منفعة الشيء (جماداً أو حيواناً) بينما يرد عقد العمل على نشاط الإنسان ومجهوده.

ومع ذلك تعرض فى العمل حالات تدق فيها معرفة ما إذا كنا بصدد عقد إيجار أو عقد عمل، ومن الأمثلة الشائعة لهذه الحالات، تسليم شركة تقوم باستغلال سيارات الأجرة إحدى سياراتها لسائق يقوم بالعمل عليها فى نقل الركاب أو البضائع، نظير حصوله على جزء من الجعل الذى يدفعه العملاء وإعطاء الباقي للشركة. فقد يرى البعض تكييف هذه العلاقة بأنها عقد إيجار سيارة، كما يمكن أن توصف بأنها علاقة عمل وما السيارة إلا أداة مسلمة من صاحب العمل للعامل.

والمعيار في هذا الشأن هو وجود عنصر التبعية أو عدم وجوده، فإذا كان للشركة حق التوجيه والإشراف على السائق، كخضوعه لأوامرها في شأن أوقات العمل أو مناطقه أو تعرضه لرقابتها وجزاءاتها كان العقد عقد عمل، أما إذا انتفت هذه التبعية بعدم وجود ثمة إشراف أو رقابة من جانب الشركة على السائق كان العقد إيجارا⁽¹⁾.

320- خامسا : عقد العمل وعقد البيع :

ينظم عقد البيع المواد من (418 - 481) من التقنين المدني. وقد عرفت المادة 418 عقد البيع بقولها "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

ورغم أن عقد العمل يرد على ما يقوم به الإنسان من عمل، بينما يرد البيع على نقل شيء أو أى حق مالى آخر، فإن عقد العمل يختلط بعقد البيع في بعض الحالات. ومن هذه الحالات، العلاقة التي يلتزم فيها العامل - فضلا عن أداء العمل - تقديم المواد اللازمة لهذا العمل، كالبناء الذي يقوم بإقامة جدار أو حجرة ويقدم بعض المواد المستعملة في البناء، فهو يقدم عمله من ناحية ويبيع المواد التي يقدمها لصاحب العمل من ناحية أخرى.

والرأى السائد هو إعطاء تكييف موحد للعقد في هذه الحالة يقوم على العنصر الغالب في العلاقة، فإذا كان العنصر الغالب هو العمل وتوافر عنصر التبعية كان العقد عقد عمل، وإذا لم يتوافر عنصر التبعية كان العقد عقد مقاوله، أما إذا كان العنصر الغالب هو المواد التي قدمها العامل كان العقد عقد بيع⁽²⁾.

ومن هذه الحالات أيضا، العلاقة التي تنشأ بين منتج وتاجر يحصل على كمية من الإنتاج لبيعها إلى الجمهور بقصد الربح. والمعيار في التفرقة بين هذه العلاقة وبين عقد العمل هو توافر عنصر التبعية أو تخلفه، فإذا وجد عنصر التبعية كان العقد عقد عمل،

(1) سعد حبيب ص 187 وما بعدها - محمد على عمران ص 68 وما بعدها - حلمى مراد ص 247 وما بعدها.

(2) حسن كيره ص 142 - عبد الودود يحيى ص 132 - محمد عمران ص 69 وما بعدها = أحمد شوقي عبد الرحمن ص 47. وقارن جمال زكى ص 519 إذ يرى أنه ليس لقيام العامل بتقديم المواد أى أثر على تكييف العقد، فيكون عقد عمل إذا ما توافرت عناصره، وأهمها عنصر التبعية (مقترنا بعقد بيع للمواد المقدمة).

وإذا تخلف عنصر التبعية كان العقد عقد بيع.

وقد أخذت محكمة القضاء الإدارى بهذا المعيار فى تكييف العلاقة بين شركات البترول والباعة المتجولين الذين يقومون ببيع البترول للجمهور واعتبرت هذه العلاقة علاقة عمل (انظر بند 329).

تطبيقات بالنسبة لبعض الأشخاص

321- أولا: الأطباء:

لا يعتبر العقد الذى يربط الطبيب بالمريض عقد عمل، لأنه لا توجد علاقة تبعية بين الطبيب والمريض. فالطبيب لا يمارس عمله تحت رقابة وإشراف المريض، وإنما يحظى فى عمله بالاستقلال الذى يتفق مع طبيعة المهن الحرة. وإذا كان الطبيب يؤدى عملا للمريض لقاء أجر، فإن العقد الذى يحكم العلاقة بينهما يكون عقد مقاوله يخضع لقواعد خاصة تقتضيها التزامات المهنة⁽¹⁾.

إلا أنه إذا تعاقد الطبيب على العمل مع طبيب آخر أو مستشفى أو شركة، لتقديم عمله إلى عملاء الطبيب أو أفراد المؤسسة أو الشركة، فإن العقد الذى يربطه بهم يكون عقد عمل إذا توافر عنصر التبعية بأن كان الطبيب خاضعا لإشراف ورقابة صاحب العمل، وكفى فى هذه الحالة أن يحدد الطبيب أو المستشفى أو الشركة مواعيد معينة لعيادة عمالها والكشف عليهم فى المكان الذى تخصصه لذلك سواء كان ذلك فى مكان العمل أو فى غيره أو فى عيادة الطبيب نفسها. ولا يشترط أن يكون صاحب العمل ملما بالنواحى الفنية فى الطب والعلاج لكى تقوم علاقة التبعية، كما لا يشترط لقيام علاقة العمل هذه أن يخصص الطبيب كل وقته للعمل لدى الطبيب أو المستشفى أو الشركة المتعاقد معها، بل يكفى لقيامها أن يخصص لعمله فيها بعض وقته⁽²⁾.

ويؤيد ما تقدم أن المادة 935 من المشروع التمهيدى للقانون المدنى أجازت فى فقرتها الأولى "للأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة أن يؤجروا خدماتهم، حتى لو كان

(1) حلمى مراد ص 248 - وترى محكمة النقض الفرنسية أن العقد الذى يحكم العلاقة بين الطرفين هو عقد (غير مسمى) نقض مدنى 1936/5/20 مشار إليه بالمرجع السابق - راجع أيضا حسن كيره ص 126 هامش (1).

(2) المستشار أنور العمروسى ص 334 وما بعدها - سعد حبيب ص 173.

القيام بهذه الخدمات يقتضى الحصول على شهادات علمية"، ولا ينال من ذلك حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأن هذا الحذف مرجعه استخلاص هذا الحكم من القواعد العامة خاصة وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على هذه الفقرة أن هذا "النص ما هو إلا صورة لما وصل إليه القضاء الدولى فى الوقت الحاضر كما يتبين ذلك من مراجعة مجموعة أحكام القضاء الدولى فى مسائل العمل"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بما يأتى :

1- "وحيث إنه يبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أنه استظهر عقد استخدام المطعون عليه (طبيب) وهو خطاب تعيينه المؤرخ 15 من مارس 1945 بأن أورد بيانا شاملا لما تضمنه من تحديد لنوع العمل ونظامه - ونطاقه ثم قرر أنه "يبين من ذلك أن ركن التبعية ثابت من إصدار المؤسسة أوامرها إلى المطعون عليه بصدد علاج موظفيها وعمالها فى الحدود التى رسمتها له وانتماره هو بهذه الأوامر وتنفيذها.. كما أن الأجر كعنصر من عناصر عقد العمل ثابت ومن ثم تكون العلاقة التى تربط المطعون عليه بالطاعن هى علاقة عمل يحكمها قانون العمل الفردى ولا يغير من هذا النظر كون المطعون عليه يشتغل فى مستشفيات أخرى وله عيادة خاصة إذ أن القانون لا يشترط فى عقد العمل التبعية الاقتصادية، كما أن إلزام المطعون عليه بدفع ضريبة المهنة لا يغير من جوهر العقد وطبيعته" وهذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا فساد فيه للاستدلال، ذلك أن المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه من عقد المقاولة وغيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدنى بقولها إن "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وما نصت عليه كذلك المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 بقولها "عقد العمل هو الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه فى مقابل أجر". وبكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل فى تكييفه للعلاقة بين الطرفين بأنها علاقة عمل، بما استخلصه من تحديد نوع العمل ونطاقه وحدوده والمواعيد المقررة له وخضوع المطعون ضده فى تنفيذه لإشراف

الطاعن ورقابته وهو استخلاص سائغ يؤدي إلى ما انتهى إليه فإن النعى على هذا الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون وتأويله والفساد فى الاستدلال يكون على غير أساس ويتعين رفضه".

(طعن رقم 137 لسنة 29 ق جلسة 1963/2/13)

2- "المناطق فى تكيف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته، وهو ما قرره المادة 674 من التقنين المدنى، والمادة الأولى من قانون العمل الفردى رقم 317 لسنة 1952. وإذ يبين مما أورده الحكم أن المحكمة استخلصت من الوقائع المطروحة عليها - فى حدود سلطتها الموضوعية - عدم توافر علاقة العمل بين الطاعن (طبيب) والجهات سائلة الذكر (شركات ومستشفى ومدرسة) لعدم خضوعه فى تنفيذه عمله لإشرافها ورقابته، ولم تعد بما تضمنته المستندات المقدمة من أوصاف وعبارات تخالف حقيقة وضع الطاعن، واستندت فى ذلك إلى أسباب سائغة تكفى لحمل الحكم، فإنها تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً".

(طعن رقم 38 لسنة 33 ق جلسة 1972/2/23)

3- "وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه باعتبار العقد المؤرخ 2 يناير سنة 1965 عقد عمل على قوله "وبما أنه يبين من مطالعة العقد المبرم بين الهيئة العامة للتأمين الصحى والمستأنف عليه (المطعون ضده) أن البند الأول ينص على ... وينص البند الثانى منه على أن يلتزم الطرف الأول (الهيئة العامة للتأمين الصحى) بأن تؤدى إلى الطرف الثانى مبلغ 65 جنيهاً شاملة مصروفات الانتقال تدفع فى نهاية كل شهر وينص البند الثالث على أن للطرف الأول سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه فى تنفيذ هذا العقد لضمان حسن قيام الطرف الثانى بالتزاماته وينص البند الرابع على أن يخضع الطرف الثانى فى تنفيذ هذا العقد للأوامر التى يصدرها الطرف الأول ويكون مسئولاً شخصياً عن تنفيذه فلا يجوز له التنازل عنه أو ينيب عنه غيره فى تنفيذه إلا بعد موافقة الطرف الأول وينص البند السابع على أنه فى حالة إخلال الطرف الثانى بأى شرط من شروط هذا العقد أو الأوامر التى يصدرها إليه الطرف الأول أن يوقع عليه الجزاء الذى يقدره دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء فضلاً عن حقه فى فسخ العقد دون حاجة إلى إنذاره.. لما كان ذلك فإن علاقة المستأنف عليه بالهيئة العامة للتأمين الصحى تكون علاقة عمل.. وهذا الذى قرره الحكم لا

مخالفة فيه للقانون ولا فساد فيه للاستدلال ذلك أن مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" كما عرفت كذلك المادة 42 من القانون 91 لسنة 1959 عقد العمل بأنه هو الذى "يتعهد عامل بأن يشغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه فى مقابل أجر" وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى تكييفه للعلاقة بين الطرفين على أنها علاقة عمل بما استخلصه من بنود العقد على قيام هذه التبعية وكان استخلاصه لذلك سائعا ومؤديا إلى ما انتهى إليه فإن النعى يكون على غير أساس ويتعين رفضه".

(طعن رقم 458 لسنة 41 ق جلسة 1976/4/15)

322- ثانيا: المحامون:

العلاقة بين المحامى والشخص الذى يتعاقد معه على الدفاع عنه فى إحدى القضايا أو مباشرة إجراء قانونى لصالحه، هى علاقة وكالة وليست علاقة عمل، لأن المحامى لا يخضع لإشراف أو رقابة الشخص الذى يتعاقد معه، إنما يزاول مهنة حرة تتميز بالاستقلال فى أدائها.

وينظم علاقة الوكالة التى تقوم بين المحامى والمتعاقد معه، العقد المبرم بينهما وأحكام القانون رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) بإصدار قانون المحاماة، والأحكام الخاصة بالوكالة المنصوص عليها فى قانون المرافعات والتقنين المدنى.

وهذه الوكالة تعتبر من نوع خاص بحيث لا يتقيد المحامى مثلا بخطة الدفاع التى رسمها موكله فى إحدى القضايا الجنائية ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد على شيء من أقوال المحامى فى إدانة المتهم.

وعلى كل حال فيجوز للمتهم (الموكل) وهو صاحب المصلحة أن يتقدم هو نفسه بدفاع أو طلب وتلتزم المحكمة أن تستمع إليه ولو تعارض مع وجهة المحامى⁽¹⁾.

(1) على العريف شرح تشريع العمل فى مصر الجزء الأول الطبعة الثانية 1955.

أما إذا تعاقد المحامي على العمل مع محام آخر - عن غير طريق الشركة - أو تعاقد مع إحدى الشركات أو المؤسسات أو الجمعيات الخاصة للعمل بها، سواء كان متفرغاً لهذا العمل أو بالإضافة إلى مباشرة مهنته بمكتبه، فإن هذه العلاقة قد تكون عقد عمل إذا كانت هناك علاقة تبعية بين المحامي وصاحب العمل بأن يكون خاضعاً لرقابته وإشرافه، ويكفى أن تكون هذه التبعية في صورتها التنظيمية أو الإدارية. أما إذا تخلف عنصر التبعية بأن كان المحامي يباشر عمله دون وجود ثمة إشراف أو رقابة من صاحب العمل كان العقد وكالة، وقد استقر على ذلك قضاء النقض⁽¹⁾.

(1) فقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بما يأتي:

(أ) - "وحيث إن هذا النعى بوجهيه مردود، ذلك أنه يكفي في علاقة العمل توافر التبعية المهنية وهي أن يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل وتعليماته، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر معالم هذه التبعية ومقوماتها من الاتفاق المحرر بين الطاعنة - شركة سكك حديد مصر الكهربائية وإحاث عين شمس - والمطعون عليه وقد تضمن الاستعانة به في "دراسة المسائل القانونية والقضائية وبصفة خاصة ما يتعلق منها بأعمال التنازلات وتقويم ممتلكات الشركة وما قد ينشأ من المسائل الضريبية" وأن أعماله لديها تشمل الإجراءات اللازمة لدى الإدارات والمصالح العامة ومجلس الدولة لتسوية المنازعات حسب تعليمات الشركة وتوكيله "في تمثيل الشركة أمام المحاكم" مقابل أتعاب تغطي جميع الاستشارات التي تطلبها منه وكذلك الإجراءات التي تتخذ أمام الإدارات والمصالح والدفاع عن الشركة أمام المحاكم، ورتب على ذلك أن العلاقة بينهما هي علاقة عمل لا علاقة وكالة وغلب الأولى على الثانية مستندا في ذلك إلى أنه: "هنا وفي واقعة هذه الدعوى لا يعطى المتعاقدان الأعمال القانونية سوى أهمية ثانوية بالقياس إلى الدراسات والاتصالات المتعددة الواردة بالفقرتين الأوليين بدليل ما نص عليه في الاتفاق في صدد تمثيل الشركة أمام القضاء من أن ذلك يكون بالنسبة للقضايا التي تعهد الشركة بها للمستأنف عليه سواء بمفرده أو بالتعاون مع محامي الشركة مما يستشف منه أن للشركة =

= محامييها الذين يقومون بالدفاع عنها أمام القضاء وأن توكيلها للمستأنف عليه قاصر على بعض القضايا التي ترى تكليفه فيها في الدفاع". فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه أو شابه قصور يعيبه إذ هي قرارات سائغة تكفي لحمله. ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 95 لسنة 33 جلسة 1967/3/29)

(ب) "عقد العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يتحقق إلا بتوافر أمرين هما تبعية

العامل لرب العمل وتقاضيه أجرا عن عمله. وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بنفى تبعية الطاعن للمطعون عليهما وانعدام علاقة العمل بينهما على ما قرره من أن "المستأنف عليه - على ما هو مسلم به بين طرفي الخصومة - كان يصدر للشركة المستأنفة الفتاوى القانونية في كل ما يطرأ لها من مشاكل ويضع الصياغة القانونية للعقود التي ترى إبرامها مع الغير ويدافع عن وجهة نظرها لدى الجهات الرسمية توصلًا لإقرارها بما يجنبها الالتجاء للقضاء في سبيلها أو تحميلها المسؤولية قبلها، وذلك كله لقاء أتعاب مقرره تؤدي إليه سنويا، مما يدخل في دائرة نشاطه العام في مكتبه الذي يزول فيه مهنته - يؤديه سواء بالنسبة للشركة المستأنفة أو لغيرها من موكليه - في ظل عقد الوكالة بالأجر وأنه إذا أصدر الفتوى للشركة لا يخضع لسلطانها أو إشرافها بل إنه - على النقيض من هذا - يرشدها ويوجهها إلى اتباع السبيل القويم الذي يقرره القانون وأنه إذا التزم القواعد التي يتفق عليها العاقدان كلما صاغ العقد الذي يبرمونه أو تمشى ووجهة نظرها التي يدافع عنها لدى الجهات الرسمية لا يعتبر في ذلك خاضعا لسلطانها منفذا لأوامرها بل ملتزما بالحدود المرسومة للوكالة، وأنه بمنأى عن الخضوع للوائح العمل لدى الشركة موكلته بحيث لا تملك أن توقع عليه جزاء إداريا لو أنه خالفها أو قصر في أداء العمل المفوض به وليس من حقها أن تنقله لمنطقة أخرى يمتد إليها "نشاطها" وهي قرارات موضوعية سائغة وكافية لحمل قضائه في هذا الخصوص، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 97 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/25)

ج) "المناط في تكيف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيرها من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وما تقضى به المادة 42 من القانون رقم 91 لسنة 1959 من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردي على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية =

= ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية. وإذا كان الطاعن - محام - قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بقيام هذه التبعية مستندا في ذلك إلى تخصيص مكتب له بمقر الشركة لمباشرة قضاياها، وأنه كان يعاونه في العمل موظفون من قبلها ويستعمل مطبوعاتها وكانت القضايا توزع بينه وبين زملاء له آخرين ويحرر كشفا بما يحكم فيه وما يؤجل منها ويعرض الكشف على مدير الشركة، ويتقاضى الطاعن نظير عمله أجرا شهريا ثابتا عدا منحة سنوية، ولما كان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم الابتدائي في خصوص طلب التعويض

غير أن القانون رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) بإصدار قانون المحاماة قد أتى بأحكام جديدة في هذا الشأن نعرض لها فيما يأتي :

1- نصت المادة السادسة من القانون على أن: "يعتبر المحامى الذى يلتحق بمكتب محام ولو لم يكن شريكا فيه ممارسا لمهنة حرة ويعتبر ما يحصل عليه أتعابا عن عمله". ومفاد هذه المادة أن المحامى الذى يتعاقد مع محامى آخر للعمل معه بمكتبه ولو لم يكن شريكا له فيه⁽¹⁾، لا يعتبر مرتبطا مع المحامى الآخر بعقد عمل ولو كان خاضعا لإشرافه ورقابته، لأن النص على اعتباره ممارسا لمهنة حرة منحه الاستقلال فى عمله، وهذا الاستقلال يتنافى مع التبعية التى يتطلبها عقد العمل، ولذلك أطلق النص على المقابل الذى يتقاضاه المحامى (أتعابا عن عمله) لا (أجرا).

2- نصت المادة التاسعة من القانون على أنه: "يجوز للمحامى مزاوله أعمال المحاماة فى البنوك وشركات المساهمة الخاصة والجمعيات التعاونية. وتكون علاقة المحامى بهذه الجهات علاقة وكالة ولو اقتصر عمله عليها".

ومفاد ذلك أنه إذا زاول المحامى أعمال المحاماة فى البنوك كافة وشركات المساهمة الخاصة وهى التى تخضع لأحكام القانون رقم 159 لسنة 1981 والجمعيات التعاونية أيا كان غرضها، أى سواء كانت جمعيات زراعية أو استهلاكية أو إنتاجية أو غيرها، وسواء كان متفرغا للعمل بها أو يجمع بينها وبين ممارسته مهنته بمكتبه، وسواء كانت توجد

وقضى بأن علاقة الطرفين هى علاقة وكالة وليس علاقة عمل استنادا إلى ما قرره من أن الطاعن له مكتب خاص يباشر فيه قضاياها الخاصة ولا يحضر للشركة فى مواعيد ثابتة وأن كل عمله بالشركة أنه يباشر القضايا التى تعهد إليه بها.. ولا يغير من هذا الأمر أن تكون أتعابه عن عمله القانونى قد تحددت سلفا وشهريا وهى تقارير قاصرة لا تكفى لحمل الحكم إذ لا تصلح لبيان سبب مخالفة الحكم الابتدائى فى قضائه، وليس من شأنها أن تنفى علاقة العمل التى يدعيها الطاعن ولم تتناول الرد على المستندات التى تمسك بها تأييدا لصحة دعواه مع ما قد يكون لهذه المستندات من الدلالة، ولو أن الحكم عنى ببحثها وفحص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى. لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 540 لسنة 35 قى جلسة 1972/2/2)

(1) فلا يسرى هذا الحكم على علاقة المحامين بشركات القطاع العام.

علاقة تبعية قانونية بالمفهوم المتقدم بينه وبين هذه البنوك والشركات والجمعيات التعاونية، أو لا توجد هذه العلاقة، فإن علاقته بها تكون علاقة وكالة وليست علاقة عمل، ومن ثم لا تخضع هذه العلاقة لأحكام قانون العمل.

وواضح أن اعتبار العلاقة فى الحالتين السابقتين عقد وكالة رغم توافر التبعية القانونية فى صورتها التنظيمية أو الإدارية بين المحامى وصاحب العمل، ينطوى على خروج عن القواعد العامة فى عقد العمل الواردة فى القانون المدنى، وأحكام عقد العمل المنصوص عليها فى قانون العمل، ولذلك حرصت المادتان 6، 9 من قانون المحاماة على النص صراحة على اعتبار العلاقة المذكورة علاقة وكالة.

وقد قصد المشرع من النص على ذلك إقصاء هذه العلاقة عن الخضوع لأحكام قانون العمل وتوفير الاستقلال للمحامى فى أداء عمله. غير أن هذا المنحى من جانب المشرع خاطئ من الناحية القانونية، ذلك أن تكليف أى عقد من العقود يتوقف أولا وأخيرا على طبيعة العقد، وطبيعة ما يربته من التزامات وحقوق لكل من عاقديه. وبالتالي فلا يجوز للمشرع أن يخلع على عقد من العقود تكييفا تحكيميا يتنافى مع طبيعته وما يربته من آثار، لينأى به عن الخضوع لما يحكمه فى الأصل من قواعد قانونية، أيا كان الباعث على ذلك.

ويبدو أن هذا قد حدا بمحكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1998/4/30 فى الطعن رقم 1315 لسنة 67ق (منشور ببند 310) إلى اعتبار هذه العلاقة رغم وجود النص سالف الذكر هى علاقة عمل طالما توافر عنصر التبعية والإشراف.

323- ثالثا : الموسيقى :

إذا كان الموسيقى يعمل بفرقة موسيقية بحيث يكون خاضعا لرقابة وإشراف صاحب الفرقة أو قائدها فإنه تكون بينهما علاقة تبعية قانونية، وتكون العلاقة بينهما عقد عمل. أما إذا كان الموسيقى يعمل لحسابه الخاص دون أن يكون خاضعا لإشراف أو رقابة من أحد فإن علاقته بأصحاب المسرح أو العملاء الذين يتعاقد على العمل معهم لا تعتبر عقد عمل.

324- رابعا : ممثل السينما والمسرح :

لا شك أن وظيفة التمثيل فى المسرح والسينما تحتاج إلى شيء من الاستقلال حتى أن كل ممثل يسعى لتكوين شخصية خاصة به تتفق مع استعداداته الطبيعى فالدور الواحد

يختلف فى تفاصيل تمثيله الممثلون ورغمما من عدم تغير المدير المشرف على التمثيل والإخراج. ولكن مع ذلك يمكن القول بأن رب العمل يتمتع بالسلطة الكافية فى الإدارة والإشراف بحيث تكون له الكلمة النهائية فى الأمور المهمة خصوصا وأنه يتحمل مسؤولية نجاح أو فشل الحفل ولذلك فإن رأى الراجح أن عقد الممثلين مع إدارة السينما أو المسرح يعتبر من عقود العمل⁽¹⁾ إلا أنه إذا ثبت فى بعض الأحوال أن الممثل غير خاضع لإشراف صاحب العمل كالحاصل فى حفلات الزواج فإن علاقة الممثل بصاحب العمل تكون عقد مقاوله.

325- خامسا : المخرج السينمائى :

إذا كان المخرج السينمائى خاضعا فى عمله لرقابة وإشراف صاحب العمل، كانت هناك علاقة تبعية قانونية بينهما وتكون علاقتهما علاقة عمل، أما إذا كان المخرج السينمائى يمارس عمله فى استقلال بعيدا عن رقابة وإشراف صاحب العمل، كأن يعهد إليه بإعداد القصة والحوار ومراقبة الفيلم دون توجيه ثمة تعليمات إليه فى هذا الشأن أو تقييده بنقاط معينة فإن علاقته بصاحب العمل لا تكون علاقة عمل وإنما علاقة مقاوله⁽²⁾.

326- سادسا : المدرسون فى المدارس الخاصة :

ينظم التعليم الخاص الباب السادس من القانون رقم 139 لسنة 1981 (المعدل) بإصدار قانون التعليم، وطبقا للمادة 54 من القانون "تعتبر مدرسة خاصة، كل منشأة غير حكومية تقوم أصلا أو بصفة فرعية بالتعليم أو الإعداد المهنى والفنى قبل مرحلة التعليم الجامعى. ولا تعتبر مدرسة خاصة:

- 1- دور الحضانة التى تشرف عليها وزارة الشئون الاجتماعية.
- 2- المدارس التى تنشئها الهيئات الأجنبية التى يقتصر التعليم فيها على غير المصريين من أبناء العاملين فى السلكين الدبلوماسى والفنصلى الأجنبى وغيرهم من الأجانب.
- 3- المراكز أو المعاهد الثقافية التى تنشئها دولة أجنبية أو هيئة دولية، استنادا لاتفاقية مع جمهورية مصر العربية، ينص فيها على معاملة خاصة لهذه المراكز أو

(1) على العريف ص 164 - ونقض مدنى فرنسى فى 1927/1/24، 1922/6/29 المشار إليهما بالمرجع السابق.

(2) فى هذا المعنى محكمة شئون عمال القاهرة فى الدعوى رقم 739 لسنة 1954 (منشور فى مؤلف كامل بدوى ص 37 وما بعدها).

المعاهد.

وقد نصت المادة 56 من القانون على أن: "تخضع المدارس الخاصة لإشراف وزارة التربية والتعليم والمديريات التعليمية بالمحافظات - كما تخضع لقوانين العمل والتأمينات وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون".

كما نصت المادة 67 من القانون فى عجزها على أن: "ويصدر بتنظيم علاقة العمل بين العاملين فى المدرسة الخاصة وصاحبها قرار من وزير التعليم بعد أخذ رأى وزير القوى العاملة".

وقد صدر تنفيذًا لذلك قرار وزير التعليم والبحث العلمى رقم 306 بتاريخ 1983/12/6 فى شأن التعليم الخاص (الوقائع المصرية العدد 280 فى 1982/12/9) والذى عمل به ابتداء من العام الدراسى 1983/1982، ثم ألغى هذا القرار وحل محله قرار وزير التربية والتعليم رقم 13 لسنة 1986 بشأن التعليم الخاص (الوقائع المصرية العدد 135 فى 1986/6/15). وقد عمل به من تاريخ نشره (م3 من مواد الإصدار). ثم ألغى القرار الأخير أيضا وحل محله القرار رقم 260 لسنة 1988 فى شأن التعليم الخاص والجمعيات التعاونية التعليمية (الوقائع المصرية العدد 47 فى 1989/2/23) وقد حل هذا القرار محل القرار 14 لسنة 1986 بشأن الجمعيات التعاونية التعليمية أيضا)، وقد عمل به من تاريخ نشره (م5 من مواد الإصدار). وأخيرا ألغى القرار رقم 260 لسنة 1988 وحل محله قرار وزير التعليم رقم 306 بتاريخ 1993/12/6 بشأن التعليم الخاص (الوقائع المصرية العدد 202 (تابع) فى 1994/9/8) وعمل به اعتبارا من العام الدراسى 1994/93 (م4 من مواد الإصدار).

ومفاد ما تقدم أن المدرسة الخاصة منشأة خاصة، ويعتبر صاحبها صاحب عمل، وأن لصاحب المدرسة حق الرقابة والإشراف على المدرسين والعاملين الفنيين والإداريين وغيرهم بالمدرسة، وتكون علاقتهم بصاحب المدرسة علاقة عمل⁽¹⁾ ولا ينال من ذلك

(1) ويراعى أنه قد أنشئت بمقتضى قوانين سابقة مدارس خاصة مجانية (معانة) وقد نصت المادة 69 من القانون رقم 139 لسنة 1981 (المعدل) على أن تستمر المدارس الخاصة المجانية (المعانة) التى أنشئت بمقتضى قوانين سابقة، فى أداء رسالتها، مع توفير الإمكانيات اللازمة لها وفقا للمعايير التى يصدر بها قرار من وزير التعليم بعد موافقة المجلس الأعلى للتعليم، وقد نصت المادة 114 من القرار الوزارى 31 لسنة 1986 على أن تتولى وزارة التربية والتعليم تعيين

خضوع المدرسة لإشراف وزارة التربية والتعليم لأن هذا الخضوع لا يجعل من هذه الوزارة صاحبه عمل، وعلى هذا تخضع علاقة المدرسين والعاملين الفنيين والإداريين وغيرهم بالمدرسة مع صاحب العمل لما ورد في القانون رقم 139 لسنة 1981 والقرار الوزاري رقم 306 لسنة 1993 المشار إليه فيما تقدم والصادر تنفيذا للمادة 67 من القانون، ولأحكام قانون العمل فيما لم يرد فيهما نص بشأنه⁽¹⁾.

جميع العاملين بالمدرسة الخاصة المجانية (المعانة) ويعامل هؤلاء وفق الأحكام والقرارات المنظمة لشئون العاملين المدنيين بالدولة، وقد نقلت المادة 114 من القرار الوزاري 260 لسنة 1988 وهذا النص ووضح أن هؤلاء العاملين موظفون عموميون.

(1) وكان ينظم شئون هؤلاء العاملين قبل ذلك القانون رقم 16 لسنة 1969 في شأن التعليم الخاص، وقد تضمن هذا القانون بعض الأحكام الخاصة بعلاقة العاملين المذكورين بأصحاب المدارس. ونصت المادة 17/ط على أنه يجب أن توضع للمدرسة الخاصة لائحة داخلية وفقا لمقتضيات رسالة المدرسة في حدود القواعد التي يصدر بها قرار من وزير التربية والتعليم على أن تشمل نظام تعيين العاملين والمؤهلات المطلوب توافرها فيهم والمرتبات التي يمنحونها عند التعيين والنظام المقرر للعلاوات التي تمنح لهم وترقياتهم وإجازاتهم وتأديبهم والمكافآت التي تمنح لهم بعد ترك الخدمة.

وطبقا للفقرة (ى) من المادة لا تعتبر اللائحة الداخلية نافذة إلا بعد اعتمادها من المحافظ بعد أخذ رأى مديرية التربية والتعليم المختصة، كما يجب اعتماد كل تعديل يرد على هذه اللائحة.

= كما نصت المادة 33 على أن: "يصدر وزير التربية والتعليم بالاتفاق مع وزير العمل قرارا بالقواعد المنظمة لحقوق وواجبات كل من أصحاب المدارس الخاصة والعاملين فيها وعلاقات كل منهم بمديرية التربية والتعليم المختصة والوزارة وإجراءات التعيين والتأديب والفصل وساعات العمل وغيرها من القواعد المتعلقة بأوضاع العاملين بالمدارس الخاصة".

والواضح من هذا النصوص أن علاقة هؤلاء العاملين بأصحاب المدارس علاقة عمل تخضع أصلا للأحكام الواردة بهذا القانون واللائحة التنفيذية لكل مدرسة والقرار الوزاري المشار إليه، فإذا لم يوجد نص في مسألة ما فإنه تطبق أحكام قانون العمل. وقبل ذلك كان ينظم المدارس الخاصة القانون رقم 160 لسنة 1958 في شأن تنظيم المدارس (بالجمهورية العربية المتحدة).

وقد قضت محكمة النقض بصدد تطبيق هذا القانون بأن:

(1) "فناد نص المادة 54 من القانون 160 لسنة 1958 بشأن تنظيم المدارس الخاصة أن إدارة المدرسة المستولى عليها مؤقتا بما تتطلبه من إشراف مالى وإدارى لا يجعل الجهة القائمة عليه

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"العلاقة التي تربط صاحب المدرسة بالعاملين فيها. علاقة تعاقدية خضوعها لأحكام قوانين التعليم والعمل والتأمينات فيما لم يرد به نص في قانون التعليم وللقواعد التي ترد في شأنها بقرار وزير التربية والتعليم ولائحة المدرسة. خضوع المدارس الخاصة لإشراف وزارة التربية والتعليم والمديريات التعليمية بالمحافظات. لا أثر له على طبيعة هذه العلاقة. علة ذلك.

(طعن رقم 420 لسنة 67 ق جلسة 1999/1/24)

أما عقد المدرس مع رب الأسرة بخصوص الدروس المنزلية فلا يعتبر من عقود العمل لعدم وجود إشراف ورقابة على المدرس، وإنما يعتبر عقد مقاوله⁽¹⁾.

327- سابعا: قارئ القرآن:

الأصل أن تلاوة القرآن من الطاعات التي يتقرب بها المسلم إلى ربه ابتغاء مرضاة الله دون أن يقرن ذلك بغرض دنيوي ولذلك لم يجز الحنفية الاستئجار عليها فلا يجب على الطاعة أجر ولكن استثنى المتأخرون من الحنفية من الطاعات تعليم القرآن والفقه والوعظ وكذلك الأذان ومرجع هذا الاستثناء (الضرورة) فإنه إذا لم يجز أخذ الأجر على ذلك تعطلت هذه المصالح الدينية أما تلاوة القرآن فبقي محظورا أخذ الأجر عليها. أما في مذهب الشافعية وعند مالك فإنه يجوز أخذ الأجر على تلاوة القرآن لضرورة إحياء القرآن والحث على

صاحبة عمل وإنما هي بصريح نص المادة نائبة عن صاحب المدرسة نيابة قانونية".

(2) "ولما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو، فهي في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عقد عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصل باعتبار أن الالتزام في حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين. ولأن ذلك أن النائب في النيابة القانونية لا يكون مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسئوليته فإذا لم يرتكب هذا الخطأ لم يكن مسئولا حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة".

(طعن رقم 157 لسنة 42 ق - جلسة 1981/12/27)

(1) على العريف ص164.

تلاوته⁽¹⁾.

وقد جرى العرف في مصر على جواز الاستئجار لقراءة القرآن⁽²⁾، وهو عرف يجب الأخذ به عملاً بنص المادة 2/1 من التقنين المدني التي تقضى بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم بمقتضى العرف. ومن ثم يكون التعاقد على قراءة القرآن عقد عمل⁽³⁾.

328- ثامناً: القسس والعاملون بالكنائس:

يعتبر القسس والعاملون بالكنائس مرتبطين بعقد عمل فردى مع البطريرك بوصفه رئيساً لمجلس الطائفة، ويعتبر الأخير هو صاحب العمل بالنسبة لهم.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس إذ ذهبت إلى أن:

1- "مؤدى نص المادتين 3، 14/ رابعاً من الأمر العالى الصادر فى 14 مايو 1983 بالتصديق على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكسيين العمومى والمعدل بالقانون رقم 19 لسنة 1927، أن البطريرك بوصفه رئيساً لمجلس الأقباط الأرثوذكس وهو الذى يختص دون غيره برسامة القسس وترقيتهم ونقلهم من كنيسة إلى أخرى وعزلهم وتجريدهم وأنه وحده صاحب الحق فى الإشراف الإدارى والمالى على جميع أديرة الأقباط وكنائسهم، ولا يوجد ما يمنع من أن يعهد بإدارة كنيسة أو أكثر إلى هيئة أو جمعية فتتولى الإدارة بتفويض منه ونياية عنه ولا تستطيع الخروج على النظام الذى رسمه لها، وتظل هذه الكنائس والقسس العاملون بها خاضعة لتبعيته وإشرافه وتعتبر

(1) المستشار فتحى عبد الصبور فى الوسيط فى عقد العمل ص50 هامش (2).

(2) على العريف ص185 هامش (1) - المستشار فتحى عبد الصبور ص50 هامش (2).

(3) وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا المحاماة ص39 ص442، فقد ذهبت إلى أنه إذا كان الثابت أن المطعون عليه يعمل قارئاً لآى الذكر الحكيم قبل صلاة الجمعة من كل أسبوع، ولا تتعدى هذه الخدمة فترة قصيرة يكون بعدها فى حل من جميع الالتزامات التى تحكم الموظفين العموميين ولا تثريب عليه من مزولة أى عمل خارجي، فإنه بهذه المثابة يعتبر من الأجراء الذين لا يعدو أن تكون علاقة الحكومة بهم كعلاقة الأفراد بعضهم مع البعض الآخر فى مجال القانون الخاص ومن ثم لا يعتبر من الموظفين العموميين - وقارن فتحى عبد الصبور ص50 هامش (2) إذ يرى أن التعاقد على تلاوة القرآن عقد من نوع خاص.

عقود العمل المبرمة مع هؤلاء قائمة بينهم وبين البطريركية ولو اقتضى التنظيم المالى فى هذه الكنائس صرف أجورهم من الهيئات أو الجمعيات التى تتولى الإدارة نيابة عن البطريرك، وإذ كان الثابت فى الدعوى أن مورث الطاعنين قد رسم كاهنا لدى الهيئة الكنسية للأقباط الأرثوذكس فى 16/9/1915 ثم نقل إلى كنيسة السيدة العذراء واستمر فى عمله حتى توفى فى 22/7/1961 ولم يكن قد صدر قرار بفصله من عمله، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على انتهاء عقد عمله مع المجلس الملى فى 1/1/1953 لانقطاع صلته به فى هذا التاريخ وتقاضيه مرتبه بعد ذلك من كنيسة السيدة العذراء وهى لا تتبع المجلس الملى ولها ذمة مالية مستقلة، فإن الحكم - وقد اجتزأ مدة العقد وهى متصلة ورتب على هذه التجزئة آثارها - يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 414 لسنة 34 ق - جلسة 20 يناير 1971)

2- "استقر قضاء هذه المحكمة على أن البطريرك بوصفه رئيسا لمجلس الأقباط الأرثوذكس هو الذى يختص دون غيره برسامة القس وترقيتهم ونقلهم وعزلهم وتجريدهم وأن الكنائس والقس العاملين بها خاضعة لتبعية وإشرافه وتعتبر عقود العمل المبرمة مع هؤلاء قائمة بينهم وبين البطريركية ولو اقتضى التنظيم المالى فى هذه الكنائس صرف أجورهم من الهيئات أو الجمعيات التى تتولى الإدارة نيابة عن البطريرك وأن عقد الكاهن لدى الهيئة الكنسية للأقباط الأرثوذكس هو عقد عمل. ولما كان البين من الأوراق أن الطاعن إنما يشغل وظيفة ناظر الأملاك الموقوفة على الكنيسة لتحصيل إيراداتها ولا يقوم بالإشراف على الكنيسة أو إدارتها وأن العمال المطالب بأداء الاشتراكات عنهم بعضهم يعمل بالكنيسة أو بجمعية رعايتها وبعضهم من القس العاملين بها وهو مؤداه أن عقود هؤلاء تعتبر قائمة بينهم وبين البطريرك فلا يعتبر الطاعن صاحب عمل بالنسبة لهم. ولازم ذلك أن الالتزام بأداء هذه الاشتراكات ينحسر عنه. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جانب هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 103 لسنة 46 ق جلسة 15/11/1981 - غير منشور)

كما أوضحت محكمة النقض ذلك بالنسبة لعلاقة القس بهيئة كنائس نهضة القداسة للأقباط الإنجيليين فذهبت إلى أن:

"وحيث إن هذا النعى فى جملته غير سديد، ذلك أن استخلاص قيام علاقة العمل

هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع طالما استندت إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق، وأن مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لرب العمل، وإشرافه ورقابته، وهو ما قرره المادة 674 من القانون المدني، والمادة 42 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أيد قضاء الحكم الابتدائي بقيام علاقة عمل بين الطاعن والمطعون ضده الأول تأسيسا على ما أورده في مدوناته من أن "الثابت من كتاب رئيس المجمع العام بالنيابة القس فهمى قرياقص والمؤرخ 1970/9/3 والمقدم ضمن حافظة المستأنف ضده الأول - أمام محكمة أول درجة وغير المجهود من المستأنف - أن المستأنف ضده الأول كان يعمل راعيا لكنائس نهضة القداسة ومن خدامها الذين خدموا 24 سنة مثال الأمانة والجهاد في خدمة الرب واعطا كاتبا ورئيسا لإحدى المجامع لمدة ثلاث سنوات، ويعمل في بعض لجان المجمع مثل مدارس الأحد والشبيبة، وكان الثابت أيضا من الاطلاع على كتاب نهضة القداسة للأقباط الإنجلييين المؤرخ 1973/12/15 والمقدم أيضا ضمن حافظة مستندات المستأنف ضده الأول السابقة وغير المجهود من المستأنف أن القس (....) كان يتقاضى راتبا قدره 35 ج شهريا - وتأخذ المحكمة من هذين المستنديين أن المستأنف ضده الأول القس (.....) كان يعمل راعيا واعطا، وكاتبا بكنائس نهضة القداسة منذ 24 سنة لقاء أجر شهري قدره 35 ج - وكان ذلك يمثل الحقيقة في الدعوى الذي تكشفته المحكمة من واقع الأوراق فإن المحكمة تنتهي إلى أن علاقة القس لدى هيئة كنائس نهضة القداسة للأقباط الإنجلييين هي علاقة عمل فرئيس المجمع العام لكنائس نهضة القداسة للأقباط الإنجلييين يختص بتعيين القس وبنقلهم وعزلهم وأن الكنائس والقسس العاملين فيها خاضعين لتبعيته وإشرافه..". وكان المعول عليه في تكييف العلاقة بين الطاعن والمطعون ضده الأول بأنها علاقة عمل هو أحكام القانون وكان ما أورده الحكم في تقرير قيام علاقة عمل بين المطعون ضده الأول والطاعن سائغا، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بأن تتعقب كل حجة للطاعن وترد عليها استقلالا، لأن قيام الحقيقة الواقعية التي استخلصتها فيه الرد الضمني المسقط لكل حجة تخالفها. فإن ما يثيره الطاعن في أسباب الطعن يتحول إلى جدل موضوعي لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1862 لسنة 50 ق جلسة 1986/6/16 - غير منشور)

329- تاسعا : الباعة الجائلون المكلفون ببيع البترول مقابل عمولة :

العلاقة القائمة بين الباعة الجائلين وشركات البترول فيما يسلم إلى هؤلاء الباعة من كميات البترول لبيعها مقابل عمولة، هى علاقة عمل وليست علاقة منتج بتاجر لأن هؤلاء الباعة يقومون بالعمل لحساب رب العمل وتحت إشرافه.

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 667 لسنة 5 قى بتاريخ 1952/4/1، ودلت المحكمة على وجود علاقة الإدارة والإشراف "بتحديد ساعات العمل وتحديد كمية البترول التى تسلم إليهم فى عربة مملوكة للشركة مع توقيع الجزاء عليهم فى حالة مخالفتهم أوامر الشركة وليس لهم أن يبيعوا بترولاً لشركة أخرى غير الشركة التى يشتغلون فيها، ويحصل كل منهم على بطاقة شخصية طبقاً للقانون رقم 123 لسنة 1944 الذى يلزم العمال الذين يشتغلون فى المحال الصناعية والتجارية أن يكونوا حاصلين على بطاقات شخصية، ولهؤلاء العمال نقابة عمالية اعتمدتها وزارة الشؤون الاجتماعية وسجلتها، كما عليهم أن يبيعوا البترول فى المنطقة التى تعين لهم، ويتقاضى كل عامل عمولة استحقاقها مقابل مجهوده. فرأس ماله فى الواقع هو عملية توزيع البترول، فهو إذن يتعاقد مع الشركة على عمله الشخصى. ولا يغير صفة العامل ألا يكون الأجر ثابتاً، فقد يكون وهبة أو عمولة. ولا وجه للتحدى بأن البائع المتجول يدفع ثمن ما يشتريه مع خصم العمولة لأن الثمن فى هذه الحالة هو بمثابة تأمين من نوع ما يدفعه المستخدمون ذوى العهد. ولا يجوز على كل حال للمتعاقدين أن يخفوا ما يقوم بينهم من علاقة حقيقية تحت ستار من الصورية، مادامت طبيعة العلاقة بين المدعين والشركة تدل على أن الرابطة بين الطرفين هى رابطة عقد العمل"⁽¹⁾.

(1) أيضاً القضية رقم 667 لسنة 1950 الخاصة بتنظيم شركات البترول من قرار وزارى - رئاسة الدكتور عبد الرزاق السنهورى - منشور فى كامل بدوى ص 36 - وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1975/4/22 فى الطعن رقم 418 لسنة 46 ق باعتبار علاقة هؤلاء الباعة علاقة عمل، إلا أن محكمة النقض لم تتعرض فى قضائها هذا لطبيعة هذه العلاقة بالتحصيل وإنما خلصت إلى وجوب التقيد فى هذا الشأن بالقرار الصادر من هيئة التحكيم بمحكمة استئناف القاهرة فى النزاع رقم 4 لسنة 1951 الذى اعتبر هذه العلاقة علاقة عمل وبات نهائياً - ومن هذا الرأى فى الفقه: حلمى مراد ص 249 - أنور عبد الله ص 75 - وعكس ذلك أنور العمروسى ص 352 - هيئة تحكيم القاهرة فى النزاع رقم 57 لسنة 1956 جلسة 1956/5/19 - مدونة الفكهانى 1/1/1 ص 344 -

330- عاشرًا: مديرو فروع الشركات أو المحال التجارية:

يتوقف تحديد نوع العلاقة التي توجد بين مديري فروع الشركات أو المحال التجارية وبين الشركات أو المحال التي يعملون بها على توافر التبعية القانونية في شأنهم أو عدم توافرها. فإذا كان مدير الفرع يخضع في أدائه لعمله إلى ما يصدره إليه رب العمل من أوامر محددة والإشراف أثناء أداء عمله ولجزاءات تأديبية توقع عليه عند الإخلال بواجباته، فإنه يكون في حالة تبعية قانونية ويكون عقده عقد عمل.

أما إذا كان مدير الفرع يتمتع بقدر كبير من الاستقلال في أدائه لعمله، كما لو كانت له سلطة في تحديد أسعار البيع أو التعاقد على توريد السلع للفرع وحرية استخدام الموظفين والعمال في الفرع ولا يخضع لجزاءات تأديبية توقع عليه في حالة الإخلال بواجباته، فإنه لا يكون عاملاً بل يكون وكيلًا عن الشركة أو المحل الذي يعمل به⁽¹⁾.

331- حادى عشر: مندوبو التأمين بشركات التأمين:

لا تكون علاقة هؤلاء المندوبين بالشركة علاقة عمل إلا إذا توافرت تبعيتهم للشركة وكانوا يمارسون عملهم تحت إشرافها ورقابتها، فإذا انتفتت التبعية والإشراف والرقابة كانت علاقتهم بها وكالة بالعمولة وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعى مردود بأن المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو في توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته، وهو ما قرره المادة 674 من التقنين المدنى وقوانين العمل المتعاقبة، لما كان ذلك وكانت المادة 676 من القانون المدنى قد قضت في فقرتها الأولى بسريان أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال ومندوبى التأمين ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة، أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ماداموا تابعين لأرباب الأعمال وخاضعين لرقابتهم، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة استخلصت من الوقائع المطروحة عليها وتقرير الخبير الأخير المقدم إليها بأسباب سائغة وفي حدود سلطتها الموضوعية عدم توافر

القاهرة الابتدائية الدعوى 896 لسنة 1956 جلسة 1957/6/17 المرجع السابق ص 244 وما بعدها.

(1) محمد على عمران ص 68 حسن كيره ص 153 وما بعدها.

علاقة العمل بين الشركة المطعون ضدها والمنتجين المرتبطين بها بعقود وكالة بالعمولة لعدم خضوعه في تنفيذ عملهم لإشرافها ورقابتها فإنها تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً، ويكون النعى بهذا السبب في حقيقته جديلاً موضوعياً في كفاية الدليل الذي اقتنعت به محكمة الموضوع، وفي ترجيح بينة على أخرى مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض، ويكون معه النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون على غير أساس".

(طعن رقم 814 لسنة 49 ق جلسة 1985/11/10 موسوعة الهوارى ج7 ص20)

ثانياً : عنصر الأجر

332- إحالة إلى شرح المواد (681 - 683) :

نحيل في شرح الأجر إلى شرح المواد 681، 682، 683.

مادة (675)

- 1- لا تسرى الأحكام الواردة فى هذا الفصل إلا بالقدر الذى لا تتعارض فيه صراحة أو ضمنا مع التشريعات الخاصة التى تتعلق بالعمل.
- 2- وتبين هذه التشريعات طوائف العمال الذين لا تسرى عليهم هذه الأحكام.

الشرح

333- سريان أحكام هذا الفصل فيما لا يتعارض مع التشريعات الخاصة التى تتعلق بالعمل :

تسرى أحكام القانون المدنى الواردة فى هذا الفصل على العلاقات القانونية التى تسرى عليها قوانين العمل مادامت لا تتعارض معها، فهى تسرى على المسائل التى لم يرد فيها نص فى قوانين العمل.

وعلى ذلك فلا يرجع إلى أحكام القانون المدنى فى عقد العمل إلا عند عدم وجود نص فى قانون العمل.

والتشريع الذى ينظم العمل الآن هو القانون رقم 12 لسنة 2003 بإصدار قانون العمل. ولما كانت المادة الرابعة من هذا القانون تنص على عدم سريان أحكامه على عمال الخدمة المنزلية ومن فى حكمهم، وأفراد أسرة صاحب العمل الذى يعولهم فعلا مالم يرد نص على خلاف ذلك فإن مفاد ذلك سريان أحكام عقد العمل الواردة بالقانون المدنى على هؤلاء.

وعمال الخدمة المنزلية هم الأجراء الذين يقومون بخدمة ما فى المنازل ويرتبطون بأعمالهم فيها على وجه له طابع مميز فهم أجراء يقومون بأعمال يدوية مادية - هى فى الغالب متواضعة - تتصل بشخص صاحب العمل أو ذويه فى منزله أو على الأقل فى مكان ملحق به، ويقصد بالمنزل ما هو معد للسكن.

ويدخل فى هؤلاء سائق السيارة الخاصة بصاحب المنزل والبستاني الذى تعهد باستمرار حديقة المنزل والخفير الخاص المستخدم لحراسة المنزل الخاصة والمرضعة ومربية الأطفال.

كما يدخل فى هذه الطائفة الأجراء الذين يؤدون لمخدوميهم الأعمال المذكورة دون

أن تتسم صلتهم بالمخدوم بشىء من الاستمرار، كالغسالة التى يقتصر عملها لدى العائلة على أحد أيام الأسبوع أو البستانى الذى يهذب حديقة المنزل بضع ساعات فى الشهر. ونعرض فى البند التالى للوضع القانونى لبعض العمال.

334- الوضع القانونى لبعض العمال :

(1) التومرجى فى العيادة الخاصة :

لا يعتبر التومرجى فى العيادة الخاصة من خدم المنازل أو من هم فى حكمهم.

وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية (الدائرة الاستئنافية) بأن :

"وحيث إنه متى كان الثابت من شهادة شهود الإثبات والنفى الذين سمعتهم محكمة أول درجة أن المستأنف ضده كان يعمل فى وظيفة تومرجى فى عيادة المستأنف يستقبل المرضى ويدخلهم إليه ويساعده فى عمله إن طلب منه مساعدة تتصل بتجهيز أدوات العمل فإن مثله لا يمكن أن يكون خادما ممن لا ينطبق عليهم أحكام قانون عقد العمل الفردي".

(الدعوى رقم 229 لسنة 1953 فى 1954/1/21 مدونة الفكهانى 1/1 ص63)

(2) خدم النوادى الخاصة :

لا يعتبر السفرجى فى أحد النوادى الخاصة من عمال الخدمة المنزلية لأن عمله يختلف عن هؤلاء لأن تقديم الطعام لسكان منزل يختلف عن تقديمه لأعضاء ناد ولا يجعله وثيق الصلة بأعضائه ومطلعا على أسرارهم.

(شئون العمال الجزئية بالقاهرة فى 1954/9/15 - استئناف القاهرة رقم 1137 لسنة 71 ق مشار إليهما فى كامل بدوى ص67 وما بعدها).

(3) حارس (بواب) العمارة :

إذا كان الحارس (البواب) معينا على مسكن خاص للمالك، فإنه يعتبر فى حكم عمال الخدمة المنزلية، وذلك لوجود الرابطة الخاصة التى تربطه بمخدومه، وتمكنه من الوقوف على أسرار.

أما إذا كان معينا على عمارة قائمة على الاستغلال فإنه لا تتوافر الخصوصية فى علاقته برب العمل، والتى تمكنه من الاطلاع على أسرار الشخصية أو المنزلية أو أسرار

ذويه، فهو يقوم بحراسة العمارة ومراقبة المترددين عليها والعمل على بقاء منافعها المشتركة سليمة ونظيفة، وبذلك تتنفي العلة من استثنائه من الخضوع لقانون العمل. ولا يشترط أن يكون عمله الوحيد هو عمل حارس، وإنما يكفي أن يكون هذا العمل هو عمله الأساسى، كما لو كان يؤدي بعض الخدمات الشخصية أو المنزلية لمالك العمارة، الذى يسكن فى إحدى شققها، طالما أن عمله كحارس يظل هو العمل الأساسى - وهذا هو الغالب - أما إذا تبين العكس وهو أن عمله الأساسى الخدمة الشخصية أو المنزلية لهذا المالك - وهو أمر نادر - فإنه يعتبر فى حكم عمال الخدمة المنزلية⁽¹⁾.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض (الدائرة الجنائية) فى حكمها الصادر بجلاسة 1966/3/7 فى الطعن رقم 1184 لسنة 35 ق إذ ذهبت إلى أن:

"... ذلك بأن المادة 674 من القانون المدنى قد عرفت عقد العمل بأنه هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. ونصت المادة الثانية من القانون رقم 91 لسنة 1959 فى شأن العمل على أنه: "يقصد بالعمال كل ذكر أو أنثى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه فى خدمة صاحب العمل، وتحت سلطته أو إشرافه" كما نصت المادة 4/2 من القانون رقم 92 لسنة 1959 فى شأن التأمينات الاجتماعية المنطبق على واقعة الدعوى الذى حل محله القانون رقم 63 لسنة 1964 - على أنه: "لا تسرى أحكام هذا القانون على خدم المنازل ومن فى حكمهم" وقد صيغ هذا الحكم على غرار مثيله فى المادة الخامسة من القانون رقم 91 لسنة 1959 فى شأن العمل ومفاد ما سبق بصريح اللفظ أن الخدم أيا من كانوا هم عمال سواء فى مدلول القانون المدنى أو مفهوم قانون العمل من حيث إنه تربطهم برب العمل تبعية قانونية قوامها الإشراف والرقابة. وعلى ذلك فاستثناء قانون التأمينات الاجتماعية خدم المنازل ومن فى حكمهم من تطبيق أحكامه ليس مرجعه انحسار العمالة عنهم، لأن المستثنى بالضرورة من جنس المستثنى منه، بل لقيام وصف خاص بهم هو أنهم تربطهم بمخدوميهم علاقة وثقى تتسم بالخصوصية وتمكنهم من الاطلاع على مكنون سرهم، وخاصة أمرهم، وهذه العلة فى الاستثناء قد أفصحت عنها

(1) حسن كيره ص 115 وما بعدها - محمد على عمران ص 39 وما بعدها - لييب شنب ص 53 وما بعدها - إيهاب إسماعيل ص 64 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 16 وما بعدها.

المذكرة الإيضاحية المصاحبة للمرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 في شأن عقد العمل الفردى وهو من المصادر التشريعية لقانون العمل - بقولها "إن طبيعة العمل الذى يؤديه تختلف عن طبيعة العمل الذى يؤديه باقى طوائف العمال كما أن عملهم ذو صلة مباشرة بمخدوميهم مما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشئونهم الخاصة الأمر الذى يتطلب وضع قانون خاص بهم تراعى فيه الظروف". والبواب خادم، وهو بهذه المثابة عامل يجرى عليه حكم إلزام صاحب العمل بالتأمين عليه رجوعاً إلى حكم الوجوب فى أصل التشريع إلا إذا قامت به هذه الخصوصية فكان خادماً لصاحب العمارة فى منزله، أو انسحب عليه وصف خادم المنزل حكماً، وغلبت عليه هذه الصفة، فحينئذ يجرى عليه حكم الاستثناء الذى يؤخذ فى تفسيره بالتضييق، ولا يقدر فى هذا النظر ما نصت عليه (لائحة الخدامين) الصادرة بقرار وزير الداخلية فى 8 من نوفمبر سنة 1916 المعدلة بالقرارات الصادرة فى 6 من أغسطس سنة 1930 و 22 من أغسطس سنة 1932 و 28 من نوفمبر سنة 1936 من وجوب الحصول على ترخيص لكل من يرغب فى ممارسة مهنة البواب، ذلك لأن وجوب الترخيص محمول على مطلق الخدمة بينما الاستثناء من قانون التأمينات الاجتماعية محمول على خصوصية الخدمة فى المنازل وحدها أو ما يجرى مجراها ويأخذ حكمها، ولأنه لا تعارض بين إلزام البواب بالحصول على ترخيص قبل ممارسة خدمته فى قانون، وبين حمايته بالتأمين عليه فى قانون آخر، فلكل من التشريعين مجاله وحكمه وحكمته فيما استنته وأوجبه. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ أطلق القول بإخراج بواب العمارة أياً ما كان مجال عمله من نطاق تطبيق نصوص قانون التأمينات الاجتماعية دون تقطن إلى المعانى القانونية المتقدمة، ودون بيان لصلة بواب العمارة بالمطعون ضده ومدى الخصوصية فى هذه الصلة، والترجيح بينها وبين مباشرته العمل فى العمارة المستغلة. وكان الخطأ فى القانون قد حجب المحكمة عن نظر موضوع الدعوى. وكان للقصور الصادرة على وجه الطعن بمخالفة القانون. فإن حكمها يكون واجب النقض ويتعين أن يكون مع النقض الإحالة".

335- خضوع عمال الخدمة المنزلية ومن فى حكمهم لأحكام القانون المدني :

لما كان عمال الخدمة المنزلية ومن فى حكمهم تربطهم برب العمل تبعية قانونية قوامها الإشراف والرقابة، فإن استثناءهم من الخضوع لأحكام قانون العمل لا ينفى صفة

العمالة عنهم⁽¹⁾، وإنما يترتب عليه خضوعهم لأحكام القانون المدني (المواد من 674 - 698) - إلى أن يصدر تشريع خاص ينظم شئون هذه الطائفة. ذلك أن لائحة الخدم الصادر بها قرار وزير الداخلية في 1916/11/8 (المعدل)، خاصة فقط بمعاقبة الخادم الذى يمارس مهنته (وقد وردت هذه المهن على سبيل الحصر فى المادة الأولى منها) قبل الحصول على رخصة أو شهادة تحقيق شخصية وذلك فى الجهات التى يعينها المحافظ بمقتضى قرار يصدر منه بذلك.

336- عدم سريان أحكام قانون العمل على أفراد أسرة صاحب العمل الذين يعولهم فعلا:

تنص المادة الرابعة فقرة (ج) من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 على ألا يسرى أحكام هذا القانون على "أفراد أسرة صاحب العمل الذين يعولهم فعلا ذلك ما لم يرد نص على خلاف ذلك".

وقد وردت عبارة: "أفراد أسرة صاحب العمل" عامة دون تخصيص، ومن ثم فهى تشمل أقارب صاحب العمل بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصل مشترك سواء كانت قرابتهم مباشرة وهى الصلة ما بين الأصول والفروع، أو قرابة حواشى وهى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، ولا يجوز بالتالى تخصيص هذه القرابة بالقرابة المباشرة أى الأصول والفروع.

وقد نهج هذا القانون نهج القانون رقم 317 لسنة 1952 (م1) والقانون رقم 91 لسنة 1959 (م88/ب). وخالف ما نص عليه القانون رقم 137 لسنة 1981 (م3) من تحديد أفراد أسرة صاحب العمل بالزوج أو الزوجة وأصوله وفروعه الذين يعولهم فعلا.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 (الملغى) بأن:

"وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك أنه طبقاً للفقرة (ب) من المادة 88 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 يستثنى أفراد أسرة صاحب العمل الذين يعولهم فعلا من تطبيق أحكام الفصل الثانى منه الخاص بعقد العمل الفردي". وإذ نصت المادة 34

(1) نقض جنائى طعن رقم 1184 لسنة 35 ق جلسة 1966/3/7 المنشور بالبند السابق.

من القانون على أن:

1- تتكون أسرة الشخص من ذوى القربى.

2- ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك كما نصت المادة 35 منه على أن:

1- القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.

2- وقرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر". فإن مؤدى هذه النصوص مجتمعة أن أفراد أسرة صاحب العمل الذين استثناهم المشرع من تطبيق أحكام الفصل الثانى من القانون رقم 91 لسنة 1959، هم ذوو قرياه بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصل مشترك سواء كانت قرابتهم مباشرة وهي الصلة ما بين الأصول والفروع، أو قرابة حواشي وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر متى كان يعولهم فعلاً، والقول بغير ذلك وقصر أفراد أسرة صاحب العمل الذين استثناهم المشرع من تطبيق أحكام الفصل الثانى من قانون العمل على ذوى قرياه المباشرين وهم أصوله وفروعه تخصيص لنص المادة 88 من القانون رقم 91 لسنة 1959 بغير مخصص. وإذ كان ذلك، وكان الثابت فى الدعوى أن الطاعن ابن أخ المطعون عليه وبالتالي يجمعهما أصل مشترك، وأن المطعون عليه يعوله فعلاً، وأقام الحكم المطعون فيه قضاءه باستثنائه من تطبيق أحكام عقد العمل الفردى على ما قرره من أن "المادة 88 - (ب) من قانون عقد العمل الموحد قد استثنت من تطبيق أحكام الفصل الثانى ... "أفراد أسرة صاحب العمل الذين يعولهم فعلاً" وأن "أسرة صاحب العمل محل الاستثناء تتكون من ذوى قرياه الذين يجمعهم به أصل مشترك متى كان صاحب العمل يعولهم فعلاً وذلك لأن رابطة القرابة أقوى من القانون ويخشى أن يؤدى سريان القانون عليهم إلى إفساد الرابطة العائلية" فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 373 لسنة 35 ق جلسة 1971/4/21)

وظاهر أن تحقق هذا الاستثناء يقتضى أن يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً حتى يتصور أن يكون له أفراد أسرة. فلا يتحقق الاستثناء إذا كان صاحب العمل شخصاً اعتبارياً كشركة من الشركات. حتى لو كان أحد العمال قريباً لأحد الشركاء من أفراد أسرة

صاحب العمل، إذ يكون صاحب العمل هنا هو الشركة وليس الشريك⁽¹⁾.
 والحكمة من هذا الاستثناء - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم
 بقانون رقم 317 لسنة 1952 بشأن عقد العمل الفردى الملغى - "أن رابطة القرابة أقوى
 من رابطة القانون ويخشى أن يؤدي سريان القانون عليهم إلى إفساد الرابطة العائلية".
 وهذه الحكمة غير مقنعة تماما، لأن علاقة العمل بين هذه الطائفة وإن استثنت من
 الخضوع لأحكام قانون العمل إلا أنها تخضع للتنظيم الوارد فى التقنين المدنى، فضلا عن
 أن رابطة القرابة ليست دائما بالمثانة التى توفر حماية كافية للعامل القريب لصاحب العمل،
 بل إن هذه الرابطة قد تكون وسيلة يلجأ إليها أرباب الأعمال لاستغلال الأقارب الذين
 يعملون معهم، لاسيما وأن صاحب العمل قائم بإعالتهم فعلا⁽²⁾. ولذلك كان يجدر عدم
 استثناء هذه الطائفة من سريان أحكام قانون العمل، لتكون حقوق العمال المنصوص عليها
 فى قانون العمل حدا أدنى لما يجب أن يحظوا به عند صاحب العمل.
 وقد اشترط النص الإعالة الفعلية لأفراد أسرة صاحب العمل، والمقصود بذلك أن
 يتكفل رب العمل بما يلزم العامل من مسكن ومأكل وملبس وإن كان لا يلزم أن يجمعه
 بأفراد أسرته مسكن واحد⁽³⁾.
 والمقصود أيضا بالإعالة الفعلية هى الإعالة الحاصلة فعلا، والاستثناء مؤقت بمدة
 الإعالة، فإذا توقفت لأى سبب من الأسباب فإن الاستثناء ينقضى، وتطبق على العامل،
 ابتداء من وقف الإعالة أحكام قانون العمل⁽⁴⁾.
 ويذهب الرأى الغالب فى الفقه⁽⁵⁾، إلى أن إطلاق النص شرط الإعالة يقضى
 بالتسوية بين الإعالة الاختيارية والإعالة الجبرية المقررة بحكم قضائى.
 إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه الأقلية⁽⁶⁾ من وجوب قصر الإعالة، على الإعالة

(1) حسن كيره ص 110 - وفى هذا المعنى كامل بدوى ص 43 - أنور عبد الله ص 54.

(2) حسن كيره ص 111.

(3) محمد ليبب شنب ص 67 - المستشار عدلى خليل فى التعليق على قانون العمل الجديد ص 37.

(4) أحمد شوقى عبد الرحمن ص 43.

(5) حسن كيره ص 110 - عبد الودود يحيى ص 63 - محمد على عمران ص 41 وما بعدها - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 43. سعد حبيب ص 221.

(6) كامل بدوى ص 43.

الاختيارية فقط لأنها وحدها التي تتوفر فيها حكمة النص وهي المحافظة على الروابط العائلية من أن تنفصم. أما إذا كان العامل يقتضى نفقته قضاء فلا سبيل إلى استثناء علاقته بصاحب العمل من أحكام القانون لأنه إذا وصل الأمر إلى اقتضاء النفقة جبراً، فقد تعرضت رابطة القرى للانفكاك ولم تعد حكمة الاستثناء قائمة ولا ينال من هذا الرأى ما وجه إلى حكمة الاستثناء ذاته من النقد، لأنها هى الحكمة التى حدث الشارع إلى تقريره.



مادة (676)

- 1- تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريقة العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم.
- 2- وإذا انتهت خدمات الممثل التجارى أو المندوب الجواب ولو كان ذلك بانتهاء المدة المعينة فى عقد استخدامه، كان له الحق فى أن يتقاضى على سبيل الأجر العمالة أو الخصم المتفق عليه أو الذى يقضى به العرف عن التوصيات التى لم تبلغ رب العمل إلا بعد خروج الممثل التجارى أو المندوب الجواب من خدمته، متى كانت هذه التوصيات نتيجة مباشرة لما قام به هؤلاء المستخدمون من سعى لدى العملاء أثناء مدة خدمتهم. على أنه لا يجوز لهم المطالبة بهذا الحق إلا خلال المدة المعتادة التى يقررها العرف بالنسبة إلى كل مهنة.

الشرح

337- سريان أحكام عقد العمل على الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء:

تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء. ويسرى عليهم قانون العمل ولو كان أجرهم بطريق العمالة، أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، طالما كانوا تابعين لأرباب العمل خاضعين لرقابتهم، لأنه بدون هذه التبعية وهذا الخضوع لا يعتبر العقد الذى يربط هؤلاء الوسطاء بأرباب العمل عقد عمل، ولا يكون ما يتقاضونه من عمالة خاضعا لأحكام أجور العمال⁽¹⁾.

(□) محمد لبيب شنب ص 322 - مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون العمل الجديد المجلد الأول ص 190.

وقد حسم التقنين المدني بذلك خلافاً ثار في الفقه حول طبيعة عمل الممثلين التجاريين والمندوبين الجوابين الذين يؤجرون على أساس العمولة وهل يعتبر من قبيل الوكالة أو يعد أداء لعمل مقترن بالتبعية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "يعتبر الموزعون والممثلون التجاريون والمندوبون المتجولون ووكلاء التأمين وغيرهم من الوسطاء وكلاء عمن يعملون لحسابهم من أرباب الأعمال وتربطهم بهم في الوقت نفسه علاقة عمل أو استخدام، فإلى أى حد تطبق قواعد الوكالة أو قواعد العمل؟ هذا ما تحاول الفقرة الأولى من المادة تحديده، وإن كان الأمر على أى حال يرتبط بظروف كل حالة والحكم الوارد بالنص، شأنه شأن الحكم الوارد بالمادة السابقة، مستمد هو أيضاً من الاتجاه السائد في القضاء الدولي (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل. بالنسبة لفرنسا: 1925 ن1 - 1926 ن9 - 1928 ن11 - 1929 ن11، 12 - 1930 ن11 - 1931 ن17 - 1933 ن16، 23، 39، 44 - 1935/1936 ن38، وبالنسبة لإيطاليا: 1925 ن9، 10، 11 - 1926 ن8، 27 (أ) و28، 33 - 1929 ن22 - 1930 ن25 - 1931 ن24، 25 - 1933 ن38، 41 - 1935/1936 ن38، 39 وبالنسبة لألمانيا: 1926 ن12 - 1927 ن3، 5 - 1928 ن1، 2 - 1929 ن5 - 1930 ن36 - 1933 ن20 وبالنسبة لـ إنجلترا: 1933 ن22، وبالنسبة للولايات المتحدة 1926 ن21).

أما الفقرة الثانية فهي مستمدة من المادة 29 من الكتاب الأول من تقنين العمل الفرنسى. وهى التى أدخلها قانون 18 يولية سنة 1937 المنظم لحالة المندوبين المتجولين والممثلين والموزعين فى التجارة أو الصناعة. انظر أيضاً فى التقنين البلجيكى المادة 7 من قانون 7 أغسطس سنة 1922 الخاص بعقد الاستخدام⁽¹⁾.

338- التقادم بالنسبة للتوصيات التى لم تبلغ رب العمل إلا بعد خروج الممثل التجارى أو المندوب الجواب من خدمته :

سنرى أن المادة 1/698 تنص على أن: "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انقضاء العقد إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح

(□) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص113 وما بعدها.

والنسب المئوية فى جملة الإيراد فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد".

إلا أن الفقرة الثانية من المادة (676) استثنت من الأصل الوارد بالمادة (1/698) تقادم العمالة التى تستحق عن التوصيات التى لم تبلغ رب العمل إلا بعد خروج الممثل التجارى أو المندوب الجواب من خدمته، فإنه يجوز المطالبة بهذه العمالة خلال المدة المعتادة التى يقررها العرف بالنسبة إلى كل مهنة.

فقد ترك النص تحديد مدة التقادم لعرف المهنة دون أن يضع حداً أقصى له، وقد تزيد هذه المدة على سنة وقد تقل عن ذلك.

والمقصود بالعرف هو مجرد العادة المتعارف عليها فى كل مهنة، وليس العرف بمعناه القانونى الذى يتوافر فيه الركنان المادى والمعنوى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الفقرة الثانية فهى مستمدة من المادة 29 من الكتاب الأول من تقنين العمل الفرنسى. وهى التى أدخلها قانون 18 يولية سنة 1937 المنظم لحالة المندوبين المتجولين والممثلين والموزعين فى التجارة أو الصناعة. انظر أيضاً فى التقنين البلجيكى المادة 7 من قانون 7 أغسطس سنة 1922 الخاص بعقد الاستخدام"⁽²⁾.



(1) مؤلفنا المشار إليه ص 197 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 436.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 114.

1- أركان العقد

مادة (677)

لا يشترط فى عقد العمل أى شكل خاص، ما لم تنص القوانين واللوائح الإدارية على خلاف ذلك.

الشرح

339- عدم اشتراط شكل لعقد العمل:

لا يشترط فى عقد العمل أى شكل خاص. وبالتالي فعقد العمل عقد رضائى، ويكفى لانعقاده تطابق الإيجاب والقبول.

إلا أنه يستثنى من ذلك ما تنص عليه بعض القوانين أو اللوائح من اشتراط شكل معين فى عقد العمل.

ويخضع إثبات هذه العقود للقواعد العامة الواردة فى قانون الإثبات.

وقد نصت المادة 1/60 من قانون الإثبات على أنه: "فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك".

وعلى ذلك إذا كانت قيمة عقد العمل تزيد على خمسمائة جنيه، أو كانت غير محددة القيمة، فإنه يجب إثبات هذه العقود بالكتابة، سواء كان الإثبات من جانب صاحب العمل أو العامل.

وتحدد قيمة عقد العمل بقيمة أجر العامل فى مدة العقد، فإذا كان الأجر خمسين جنيها شهريا ومدة العقد سنة واحدة تكون قيمة العقد 600 جنيه، وإذا كان أجر العامل غير محدد القيمة، كالشأن فى العقود غير محددة المدة، فإن قيمتها تكون غير مقدرة وزائدة على أربعين ألف جنيه⁽¹⁾.

(1) حسن كيره ص214 - شوقى المليجى فى الكتاب الأول فى قانون العمل ص130 محمد لبيب شنب ص134 - وعكس ذلك حلمى مراد ص281، على العريف ص187 فيريان أنه إذا كانت مدة العقد غير محددة، فالعبرة بقيمة الأجر عن الوحدة المتفق عليها أى بقيمة الأجر الشهرى أو الأسبوعى أو اليومى بحسب الاتفاق.

ولا يجوز إثبات عقد العمل بغير الكتابة فى الصورة السابقة، إلا فى الحالات الاستثنائية المنصوص عليها بالمادتين (62، 63) من قانون الإثبات، وهى وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو فقد السند الكتابى لسبب أجنبى لا يد للدائن فيه، أو وجود مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى.

على أن مجرد العلاقة بين صاحب العمل والعامل لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا يحول بين العامل وبين الحصول على عقد مكتوب من صاحب العمل مادامت لا توجد ظروف خاصة من قرابة أو غيرها يمكن أن تكون مانعا أدبيا⁽¹⁾.

إنما يعتبر مانعا أدبيا من الحصول على العقد، أن تكون العادة قد جرت بعدم اللجوء إلى كتابة لإثباته.

وإذا لم توجد كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة، فلا يجوز إثبات عقد العمل بالإقرار أو اليمين.

وعقد العمل يعتبر من العقود التجارية تبعا لنظرية التبعية إذا كان صاحب العمل تاجرا وأبرم العقد لحاجات تجارته، وفى هذه الحالة يجوز للعامل إثبات العقد بالبينة والقرائن طبقا لأحكام قانون التجارة مهما كانت قيمة العقد، أما صاحب العمل فلا يجوز له إثبات عقد العمل بطرق الإثبات التجارية لأن العقد بالنسبة للعامل يعتبر عقدا مدنيا⁽²⁾.

وقواعد الإثبات فى المواد المدنية مما لا يتعلق بالنظام العام، فلا تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب التمسك بها، ويجوز التنازل عنها صراحة أو ضمنا.

340- شكل عقد العمل فى القانون رقم 12 لسنة 2003 بإصدار قانون

العمل:

تنص المادة 32 من القانون رقم 12 لسنة 2003 بإصدار قانون العمل على أن: "يلتزم صاحب العمل بتحرير عقد العمل كتابة باللغة العربية من ثلاث نسخ، يحتفظ صاحب العمل بواحدة ويسلم نسخة للعامل وتودع الثالثة مكتب التأمينات الاجتماعية المختص.

(1) حلمى مراد ص 280.

(2) حلمى مراد ص 281 - حسن كيره ص 215 - مؤلفنا المشار إليه ص 909.

ويجب أن يتضمن العقد على الأخص البيانات الآتية :

- (أ) اسم صاحب العمل وعنوان محل العمل.
- (ب) اسم العامل ومؤهله ومهنته أو حرفته ورقمه التأميني ومحل إقامته وما يلزم لإثبات شخصيته.
- (ج) طبيعة ونوع العمل محل التعاقد.
- (د) الأجر المتفق عليه وطريقة وموعد أدائه وكذلك سائر المزايا النقدية والعينية المتفق عليها. وإذا لم يوجد عقد مكتوب، للعامل وحده إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات. ويعطى صاحب العمل العامل إيصالا بما يكون قد أودعه لديه من أوراق وشهادات".
- وواضح من النص أنه أوجب أن يكون عقد العمل مكتوبا. إلا أن هذه الكتابة ليست ركنا للانعقاد، فما زال عقد العمل عقدا رضائيا، وإنما هي للإثبات، بدليل أن المادة نصت على أنه إذا لم يوجد عقد مكتوب، للعامل وحده إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات⁽¹⁾.



(1) راجع في التفصيل مؤلفنا المشار إليه المجلد الأول ص 909 وما بعدها.

مادة (678)

- 1- يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير معين المدة.
- 2- فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر.

الشرح

341- إبرام عقد العمل لخدمة معينة :

يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة، وفي هذه الحالة يكون العقد محددا بإنجاز هذه الخدمة وما يستغرقه هذا الإنجاز من وقت، كالعقد الذى يبرم لتصوير فيلم أو عرض مجموعة من الأزياء أو هدم منزل أو حفر ترعة⁽¹⁾.

أو العقد الذى يبرم لصنع عدد معين من السلع، أما إذا لم يتفق على تحديد السلع المقصودة بالعمل، فإن العقد يكون غير محدد المدة.

ويستفاد إبرام العقد لإنجاز خدمة معينة من اتفاق الطرفين الصريح أو الضمنى، مع مراعاة أن مجرد تحديد الأجر بالإنتاج على أساس وحدة معينة لا يفيد أن العقد مبرم لعمل معين هو إنتاج هذه الوحدة فقط⁽²⁾.

ولكن ينبغى عدم الخلط بين هذه الحالة حيث يعتبر العقد محددا بمدة أداء الخدمة وبين حالة أخرى يكون فيها المشروع ذاته مؤقتا، إذ فى هذه الحالة الأخيرة ليس من المحتم أن تكون عقود العمل التى يرتبط بها المشروع محددة المدة بوقت بقاء المشروع، بل يمكن أن تكون كذلك عقود غير محددة المدة⁽³⁾.

342- العقد معين المدة :

يجوز أن يكون العقد معين المدة (محدد المدة)، ويكون ذلك إذا اتفق الطرفان على

(1) على العريف ص 326.

(2) محمد لبيب شنب ص 378.

(3) على العريف ص 326.

مدته، أو إذا كان ميعاد انتهائه محدداً بواقعة مستقبلية محققة الوقوع لا يتعلق وقوعها بمجرد إرادة أحد طرفيه، سواء كان تاريخ وقوعها معلوماً أم لا، وتعد الصورة السابقة وهي إبرام العمل لخدمة معينة من صور العقد محدد المدة. وبعبارة موجزة يمكن القول بأن العقد محدد المدة، هو العقد المضاف إلى أجل فاسخ.

وبالترتيب على ذلك يعتبر عقداً محدد المدة ما يأتي :

- 1- العقد الذى يعين الطرفان انتهاءه بتاريخ معين كتاريخ 2007/1/1، أو 2008/12/31 مثلاً.
 - 2- العقد الذى ينص فيه على أن يسرى لمدة معينة كسنة أشهر أو سنة أو سنتين مثلاً من تاريخ استلام العمل.
 - 3- العقد الذى ينص فيه على أن ينتهى بوفاة رب العمل أو بوفاة شخص آخر أو بعودة عامل مجند أو مريض، فهذه الحوادث المستقبلية محددة وإن لم يعرف موعد تحققها مقدماً.
 - 4- العقد الذى تحدد لسريانه مدة دنيا. فهذا العقد يعتبر أصلاً عقداً محدد المدة بقدر هذه المدة طالما لا يملك أى من الطرفين إنهاءه قبل انقضائها.
- أما العقد الذى تحدد لسريانه مدة قصوى فلا يعتبر محدد المدة ذلك أن تحديد مدة قصوى للعقد يعنى أن لأى من المتعاقدين حق إنهاء العقد قبل انقضاء هذه المدة القصوى. ومن أمثلة العقد الذى تحدد فيه مدة قصوى تحديد سن معينة للتقاعد سواء ورد هذا التحديد فى العقد أو فى لائحة تنظيم العمل كما هو الغالب⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى لائحة الشركة المطعون عليها على تحديد سن الستين لتقاعد مستخدميها وعمالها إنما هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تصرف من صاحب العمل بما له من السلطة المطلقة فى إدارة منشأته وتنظيم العمل فيها على الوجه الذى يراه كفيلاً بتحقيق مصالحه وسلطة صاحب العمل فى هذا الشأن سلطة تقديرية لا معقب عليها، وليس من شأن هذا النص أن يحيل عقود العمل من عقود غير محددة المدة إلى أخرى محددة المدة إذ لا تزال مكنة إنهاء العقد بإرادة أحد طرفيه قائمة على الرغم من هذا

التحديد، ولا مجال فى هذا الخصوص للتحدى بنص المادة 81 من القانون رقم 91 لسنة 1959 إذ أن ما ورد بها من النص على انتهاء عقد العمل بوفاة العامل أو بعجزه عن تأدية عمله أو بمرضه مرضا استوجب انقطاعه عن العمل مدة معينة ليس إلا سردا لبعض صور انتهاء العقد غير محدد المدة حيث يكون انتهاء العقد عرضيا لا انتهاء عاديا".

(طعن رقم 344 لسنة 34 ق جلسة 1969/3/26)

وليست العبرة فى تحديد التكييف القانونى لعقد العمل بما اتفق عليه كل من رب العمل والعامل، ولكن العبرة بالوصف القانونى الصحيح للعقد، فلا يكفى مجرد تحديد الأجر على أساس وحدة زمنية كالיום أو الأسبوع أو الشهر للقول بأن العقد يكون محدد المدة على هذا الأساس وأن مدته هى الوحدة الزمنية⁽¹⁾. والعقد لا يعتبر محدد المدة إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك صراحة أو ضمنا ويستفاد الاتفاق الضمنى من ظروف الحال، وهى كثيرة ومتعددة، منها العادات الجارية وطبيعة العمل ككونه يتم فى فترة محددة مثلا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعى مردود فى جملته ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أنه "بمراجعة أوراق الدعوى والمستندات المقدمة بها والتحقيق الإدارى المرفق والذى أجرى بمعرفة مندوب وزارة الصحة بناء على شكوى من المستأنف عليه وآخرين إلى الوزارة خاص بأن المستأنفة تعتزم فصل الأطباء المصريين المقيمين بالمستشفى - ترى المحكمة أن النظام المتبع بالنسبة للأطباء أنه بعد قضاء فترة تمرينهم لمدة عام كامل كأطباء امتياز، إما أن يعينوا فى المستشفيات الحكومية كنواب بعقود محددة المدة بسنتين أو يعملوا فى المستشفيات غير الحكومية كأطباء مقيمين لمدة قد تحددها اللوائح التنظيمية للمستشفى أو عقود العمل. على أنه فى حالة عدم تحديد هذه المدة فإن من المتفق عليه أن مدة عمل الطبيب المقيم مدة موقوتة بانتهاء فترة تدريبه أو حصوله على دبلومات تخصص تسمح له بالعمل كطبيب أخصائى وبذلك ينتهى وضعه كطبيب مقيم أى أن صفته كطبيب مقيم يجب أن تنتهى على أى حال ولا يمكن القول بأن مثل هذا الطبيب يظل طبيبا مقيما فترة غير محددة" وهى اعتبارات استظهرها الحكم من "طبيعة التعامل" وما يجرى عليه العمل عند تعيين الأطباء المبتدئين فى المستشفيات لم تكن محل جدل من

(1) محمد على عمران ص 334 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 264.

الطاعن، وتصلح مخصصا لمدة العقد، وإذ رتب الحكم على أن وظيفة الطبيب المقيم وظيفة موقوته بانتهاء فترة تدريبه أو تعيينه طبيبا أخصائيا أنها "تعتبر على هذا الوصف وظيفة محددة المدة ولو لم ينص عليها فى العقد صراحة" وأن "المستأنفة على حق فيما اعتبرت العقد محدد المدة وأنذرت المستأنف عليه بإنهاء خدمته بعد انتهاء فترة تدريبه بالمستشفى بعد قضاء فترة تدريب بها لا تقل عن سنتين وذلك أسوة بما هو متبع فى المستشفيات الحكومية بالنسبة للنواب. ولا محل بعد ذلك للقول بأن عملها هذا يعتبر فصلا للمستأنف عليه لا مبرر له" فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 421 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/17)

والقاعدة أنه على من يدعى أن العقد محدد المدة أن يثبت الاتفاق على تحديد مدة العقد⁽¹⁾، لأن العقد غير محدد المدة هو الأصل فى علاقات العمل⁽²⁾.

وإذا كان عقد العمل المكتوب لم ينص على تحديد مدة، فالأصل فى المواد المدنية أن البينة والقرائن لا تجوز فى إثبات الاتفاق على أن العقد لمدة محددة، فذلك إثبات لما يجاوز الكتابة لا يجوز إلا بالكتابة⁽³⁾.

أما إذا حدد المتعاقدان مدة سريان العقد ولكن نص فى الاتفاق على أن يكون لكل من عاقيه فسخ العقد بإرادته المنفردة متى شاء قبل تاريخ انتهاء المدة المحددة به بشرط الإخطار فإنه يعد عقدا غير محدد المدة على أساس أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى جعل العقد غير محدد المدة مادام قد خول لأى من أطرافه أن يفسخه فى أى وقت يشاء ويكون تفسير إرادة المتعاقدين فى تحديدهما مدة سريان العقد على أنها حد أقصى لسريانه، ولا يتناقض ذلك مع اعتبار العقد غير محدد المدة لأنه ينتهى بمجرد حلول الحد الأقصى المتفق عليه بغير حاجة إلى إخطار ما لم يفسخه أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة⁽⁴⁾.

(1) محمد ليبب شنب ص 377.

(2) أحمد شوقى المليجى ص 271.

(3) أحمد شوقى المليجى ص 272.

(4) فتحى عبد الصبور ص 107 وما بعدها - على العريف ص 309.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى تبين أن علاقة العمل برب العمل بدأت بعقد تضمن شرطاً مقتضاه أن لكل من الطرفين الحق فى إبطاله بشرط إنذار الطرف الآخر قبل ميعاد الإبطال بمدة معينة وأنه ذكر فى العقد أنه لمدة محددة واستمر العامل فى عمله وكانت تصدر قرارات بتجديد عقده مدة أخرى ثم كانت العقود تحرر بعد ذلك وفى بداية كل مدة تجدد لها خالية من حق كل من الطرفين فى إبطال العقد فإن هذا العقد يكون قد نشأ غير محدد المدة ذلك أن العقد الذى يخول كل طرف فيه حق إبطاله فى أى وقت شاء إنما هو فى حقيقته عقد غير محدد المدة وإن نص فيه على أنه لمدة محددة".

(طعن رقم 323 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/5)

343- العقد غير معين المدة :

عقد العمل غير معين (محدد) المدة هو الذى لا يتفق الطرفان على مدة له، أو على انتهائه فى تاريخ معين أو بتحقيق واقعة مستقبلية معينة أو بإنجاز عمل معين. ولا يحول دون اعتبار العقد غير محدد المدة أن يحدد الأجر فيه على أساس الزمن⁽¹⁾.

ويرجع إلى العاقدین وحدهما تعيين نوع العقد الذى يريدان إبرامه، وإذا وجد غموض فى عبارات العقد كان على القاضى تفسيره طبقاً للقواعد العامة فى تفسير العقود للكشف عما قصدته الإرادة المشتركة وقت إبرامه ويجب عليه الأخذ بالتكييف الأصلح للعامل فى خصوص الدعوى تفسيرا للشك فى مصلحته وإذا لم تفصح عبارات العقد عن نوع العقد، تعين الرجوع فى تعيينه إلى عادات المهنة، على تقدير انصراف الإرادة المشتركة لطرفيه ضمناً إلى الأخذ بها، فإذا لم توجد فى المهنة عادة تعيينه، كان العقد إذا مدة غير محددة⁽²⁾، باعتبار العقد غير محدد المدة هو الأصل فى العلاقات العقدية⁽³⁾.

والقاضى يسبغ التكييف القانونى الصحيح على العقد غير مقيد بالوصف الذى

(1) محمود جمال الدين زكى ص 608.

(2) جمال زكى ص 611.

(3) محمد لبيب شنب ص 278.

أعطاه طرفاه له، إذ قد يعتمد الطرفان - لاسيما صاحب العمل - تحايلا على القواعد الآمرة في إنهاء العقد ذي المدة غير المحددة إلى إسباغ وصف التوقيت على العلاقة التعاقدية التي يقصد الطرفان في الحقيقة أن تكون مستمرة.

ومن صور ذلك تكرار الاتفاق بين الطرفين على تجديد العقد معين المدة، لأن هذا التكرار يجعل الأجل المحدد بالعقد وهميا بحيث يعتمد كل طرف على استمرار العقد وتكرار تجديده قياسا على الماضي فيكون العقد في الواقع غير معين المدة ولذلك إذا رفض أحد الطرفين تجديده فيكون ذلك أشبه بانتهائه بالإرادة المنفردة، ولكن يشترط في ذلك أن تكون مدة العقد قصيرة لأنه إذا كانت المدة طويلة فإن تكرار التجديد يكون محددا فلا يبرر الاعتماد على استمراره. وعلى كل حال فإن المدة المناسبة وعدد مرات التجديد تعتبر مسائل تقديرية تفصل فيها محكمة الموضوع حسب الظروف والأحوال⁽¹⁾.

وترتيباً على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان يبين من الوقائع التي أثبتتها الحكم المطعون فيه أن تعاقد المطعون عليه كمدرس للتربية البدنية مع المدرسة الطاعنة بدأ منذ أكتوبر سنة 1930 بعقد لمدة سنة نص فيه على انتهائه بانتهاء الأجل المحدد به دون حاجة إلى إخطار من الطاعنة بعدم تجديده، وأن هذا التعاقد قد استمر رغم ذلك يتجدد سنويا لغاية أغسطس سنة 1953 أي اثنين وعشرين مرة، فإن ما استخلصه الحكم من هذه الوقائع يفيد أن محكمة الموضوع اعتبرت أن هذا التجديد المتكرر رغم النص في كل مرة على منعه - يدل على أن نية المتعاقدين كانت منصرفة منذ بدء التعاقد إلى تجديده مرات متوالية لم يحددا عددها وقت التعاقد مما يجعل هذا التعاقد منذ بدايته غير محدد المدة وهو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 228 لسنة 25 ق جلسة 1960/1/7)

ويحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على تغيير شكل مدة العقد فيكون العقد غير محدد المدة حين تكوينه ثم يتفق الطرفان بعد ذلك على أجل معين لإنهاء العقد ويعتبر هذا الاتفاق جائزا وبصبح العقد معين المدة. ويقال مثل ذلك في حالة الاتفاق على تحويل العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة.

344- حق العامل في فسخ العقد بعد انقضاء خمس سنوات:

أجازت الفقرة الثانية من المادة للعامل، إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات أن يفسخ، العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر.

وقد أملا هذا الاستثناء حرص الشارع على كفالة الحرية الشخصية للعامل، وإفساح الطريق أمامه لتغيير مستقبله الاقتصادي دون أن يتقيد في ذلك بما أبرمه من عقود قد تحرمه بسبب طول مدتها من الفرص التي قد تسنح له.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى عن هذا الاستثناء أنه:

"ويمتاز النص الجديد بأن يوفق بين اعتبارين متعارضين: حماية حرية العامل مع الرغبة في الوقت ذاته في حماية المتعاقدين (وعلى الأخص العامل) وذلك بتقرير شيء من الاستقرار للعقد، ولذلك استبعد المشروع البطالان، وقرر بدلا منه الفسخ الذى يجوز لأى واحد من المتعاقدين أن يطلبه بعد مضى خمس سنوات"⁽¹⁾.

وهذا الاستثناء قاصر على العامل، فلم يمنحه النص لرب العمل وعللت مذكرة المشروع التمهيدى ذلك بقولها: "حتى لا يتخذ رب العمل من ذلك وسيلة للخروج على القواعد المقررة فيما يتعلق بعدم جواز الطرد في وقت غير لائق. والقضاء الدولى يؤيد أيضا هذا الاتجاه"⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الخامس ص 120.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 120 - وينتقد البعض التفرقة بين العامل وصاحب العمل في شأن إنهاء العقد على أساس أن العدالة تقتضى وجود هذه المكنة على وجه التبادل للطرفين المتعاقدين تحقيقا للتوازن بينهما، ولأنه يحدث أحيانا أن يكون رب العمل أضعف الطرفين فيكون امرأة أو مريضا أو أجنبيا أو مضطرا (جمال زكى ص 619 وما بعدها - على العريف ص 328) - ويرد على هذا رأى أن الضرر الذى يصيب صاحب العمل بسبب حرمانه من إنهاء العقد قبل نهاية مدته المحددة في العقد، يقل بكثير عن الضرر الذى يلحق بالعامل لو أجبز لصاحب العمل حق الإنهاء وذلك بفقدان العامل لعمله الذى يتعيش منه خاصة أنه قد يصعب على العامل العثور على عمل مناسب، بل الأولى على صاحب العمل ألا يفرط في عماله القدامى طالما لم يصدر منهم أى خطأ يستوجب فسخ العقد (أحمد شوقى عبد الرحمن ص 267 وما بعدها).

ومنعاً لمفاجأة صاحب العمل بإنهاء العقد، ورغبة في منحه فرصة لتدبير أمره والبحث عن عامل آخر قبل إنهاء العقد حتى لا يتأثر العمل في منشأته، ألزم النص العامل بأن ينذر صاحب العمل بإنهاء العقد قبل ستة أشهر من الإنهاء.

وليس لهذا الإنذار شكل خاص فيجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بكتاب مسجل أو شفاهة⁽¹⁾.

ولا يتعين على العامل أن ينتظر مرور خمس سنوات على بدء العقد ثم يقوم بالإخطار وبذلك يلتزم بالاستمرار في العمل مدة ستة شهور أخرى زائدة على السنوات الخمس، إنما يستطيع العامل القيام بهذا الإخطار في أي وقت ابتداء من بلوغ مدة عمله لدى رب العمل أربع سنوات ونصف بحيث تكتمل هذه المدة خمس سنوات بمهلة الإنذار، ويستطيع العامل أن يترك العمل فوراً بعد نهاية السنة الخامسة⁽²⁾.

وبهذا نكون قد كفنا احترام الحكم الذي لا يجيز للعامل أن يتحلل من عقد العمل في خلال خمس السنوات الأولى من مدته، ولم نخالف الحكم الذي يوجب إمهال رب العمل ستة أشهر⁽³⁾.

أما إذا لم يرسل العامل الإخطار أو تأخر في إرساله فإنه يلزم التعويض المناسب للمهلة فضلاً عن تعويض التعسف إذا لزم الأمر⁽⁴⁾.

(1) على العريف ص 328.

(2) وقد نقل المشرع مدة خمس السنين التي يجوز بعدها فسخ العقد عن التقنين الألماني (م 624). (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 120).

(3) محمد لبيب شنب ص 381 وما بعدها - أحمد شوقي المليجي ص 270 - وكانت المادة 489/401 من التقنين المدني السابق تنص على أن "إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة في المدة المحددة في عقد الإيجار أو لعمل معين"، كما نصت المادة 490/402 على أنه "لا يجوز أن يكون إيجار المستخدمين والعملة والخدمة المنزلية إلا لزمناً معيناً"، وكان مؤدى هذين النصين أنه لا يصح قانوناً أن يكون عقد الاستخدام لمدى الحياة أو مدة طويلة جداً لا يحتمل أن يعمرها العامل وكان مثل هذا التعاقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن في إباحة مثل هذا الاتفاق إهدار للحرية الشخصية ومن ثم كان لكل من رب العمل والعامل حق التمسك ببطلانه (فتحي عبد الصبور ص 108 وما بعدها).

(4) على العريف ص 328.

وقد تناول النص حالة الارتباط بالعمل مدى حياة أحد الطرفين، إلا أن حكمة النص قائمة في حالة الارتباط بمدى حياة شخص آخر، ولذلك يجب تطبيق النص في حالة ارتباط العمل بمدى حياة شخص آخر⁽¹⁾.

345- حكم قانون العمل رقم 12 لسنة 2003؛

تنص المادة (104) من القانون على أن: "ينتهي عقد العمل محدد المدة بانقضاء مدته.

فإذا أبرم العقد لمدة تزيد على خمس سنوات، جاز للعامل إنهاؤه دون تعويض - عند انقضاء خمس سنوات - وذلك بعد إخطار صاحب العمل قبل الإنهاء بثلاثة أشهر. وتسرى أحكام الفقرة السابقة على حالات إنهاء العامل للعقد بعد انقضاء المدة المذكورة".



(1) أحمد شوقي المليجي ص 270 - على العريف ص 327 وما بعدها.

مادة (679)

- 1- إذا كان عقد العمل معين المدة انتهى من تلقاء نفسه بانقضاء مدته.
- 2- فإذا استمر طرفاه فى تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته. اعتبر ذلك منهما تجديدا للعقد لمدة غير معينة.

الشرح

346- انتهاء عقد العمل محدد المدة من تلقاء نفسه بانقضاء مدته :

إذا كان عقد العمل معين المدة فإنه ينتهى من تلقاء نفسه بانقضاء مدته. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للمبادئ العامة المنصوص عليها فى المادة 147 مدنى من أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون.

ومفاد ذلك أنه إذا كان متفقاً على تاريخ معين لانتهاء العقد أو على تحديده بمدة معينة، فإنه ينتهى بحلول هذا التاريخ أو انقضاء هذه المدة، وإذا كان ميعاد انتهائه محدداً بواقعة مستقبلية محققة الوقوع، فإنه ينتهى بمجرد تحقق هذه الواقعة، وإذا كان العقد قد أبرم لإنجاز عمل معين فإنه ينتهى فور إنجاز هذا العمل.

إنما لا يجوز لأى من الطرفين أن يستقل بإنهاء العقد قبل انقضاء مدته ولو توافر لدى هذا الطرف ما يدعوه إلى ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى الفقرة الأولى من المادة 694 من القانون المدنى على أنه: "ينتهى عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله". والنص فى الفقرة الأولى من المادة 679 من ذات القانون على أنه لا يجوز لأى من طرفى العقد أن يستقل بإنهائه قبل انقضاء المدة المحددة له، يدل على أن الأصل فى العقد المحدد المدة سواء كان مبرماً لمدة معينة أو لإنجاز عمل معين أن ينتهى بانقضاء المدة المعينة أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله، ولا يجوز لأى من طرفيه أن يستقل بإنهائه قبل انقضاء مدته وإلا اعتبر ذلك إنهاء غير مشروع للعقد يعطى للطرف الآخر الحق فى التعويض عما أصابه من ضرر بسببه ولو توافر لدى الطرف الذى استقل بإنهاء العقد بإرادته المنفردة قبل

مدته ما يدعوه إلى ذلك وهو ما يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة 1/147 من القانون المدني والتي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، وإذا انتهى الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه لأسبابه إلى هذه النتيجة الصحيحة في القانون وطبقها على واقعة الدعوى معتبراً إنهاء عقد عمل المطعون ضده المحدد المدة، بإرادة رب العمل المنفردة، إنهاء غير مشروع يوجب تعويضه عما أصابه من ضرر بسببه دون حاجة إلى إثبات أى تعسف آخر، فإن ذلك يتضمن بذاته سبب عدول المحكمة عن تنفيذ التحقيق الذي أمرت به، ويضحي معه دفاع الطاعن بشأن مبررات إنهاء العقد ونفى التعسف عنه دفاعاً غير جوهري لا تلتزم المحكمة بالرد عليه".

(طعن رقم 694 لسنة 42 ق جلسة 1982/4/10)

والعقد ينتهي على النحو السابق من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اتخاذ إجراء آخر، فلا يلتزم الراغب في الإنهاء إخطار الطرف الآخر بذلك، إذ لا مفاجأة في هذا الإنهاء لأن أجل العقد محدد مقدماً أو قابل للتحديد بعكس الحال في العقد غير محدد المدة كما سيلي:

كما لا يلتزم راغب الإنهاء إثبات مبرر مشروع لموقفه.

غير أنه إذا كان المتعاقدان قد اتفقا عند تحديد مدة العقد على أنه لا ينتهي بانقضاء هذه المدة إلا إذا أخطر أحد المتعاقدين الآخر بتمسكه بهذا الإنهاء فإن عقد العمل محدد المدة لا ينتهي في هذه الحالة بمجرد انتهاء مدته، بل يجب على راغب الإنهاء مراعاة ما اتفق عليه من مهلة للإخطار، ولا يتحول العقد لهذا السبب إلى عقد عمل غير محدد المدة. ويكون تحديد مهلة الإخطار في هذا الشأن من سلطة الطرفين دون أن يتقيداً في ذلك بالميعاد الذي يستلزمه القانون للإخطار بالنسبة إلى عقد العمل غير محدد المدة⁽¹⁾.

ويجوز الاتفاق على مدة لعقد العمل ينتهي بانقضائها دون حاجة إلى إخطار، ولكن ينص في العقد على أنه إذا أخطر رب العمل العامل قبل انقضاء هذه المدة بفترة معينة برغبته في استمراره في العمل، فإن العقد لا ينتهي بل يستمر، وفي هذه الحالة نكون بصدد عقد عمل محدد المدة مقترن بوعد بإبرام عقد عمل من جانب العامل بحيث أنه إذا

قبل الموعد له (رب العمل) هذا الوعد بإخطاره العامل في الموعد المحدد انقلب هذا الوعد إلى عقد عمل جديد يبدأ بعد انتهاء العقد الأول⁽¹⁾.

347- تجديد العقد لمدة أخرى:

تقضى الفقرة الثانية من المادة بأنه إذا كان عقد العمل معين المدة وانتهى من تلقاء نفسه بانقضاء مدته، واستمر طرفاه في تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته، اعتبر ذلك منهما تجديدا للعقد لمدة غير معينة.

وقد أخذ المشرع باتجاه بعض التشريعات الأجنبية⁽²⁾ التي تجعل العقد مجددا لمدة غير معينة وليس لمدة معينة مماثلة للمدة الأولى منعا من تحايل صاحب العمل بتحديد مدة قصيرة جدا للعقد كيوم واحد مثلا حتى يتجدد بعد ذلك من يوم إلى آخر، فيمكن إنهاؤه في أى وقت بدون أية مسئولية.

على أنه يجب مع ذلك الاعتراف بأن هناك بعض حالات كحالة المدرسين والمعلمين في التعليم الخاص الذين يستخدمون لمدة العام الدراسي، وإذا تجدد العقد باستمرار الطرفين في تنفيذه بعد انتهاء مدته، فإنه يتجدد من سنة إلى أخرى. وقد راعى القانون هذه الحالات فوضع لها المادة 680 مدني⁽³⁾.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"الفقرة الأولى تطابق المادة 509 من المشروع الفرنسى الإيطالى.

أما الفقرة الثانية فهي مقتبسة من المادة 625 من التقنين الألمانى والمادة 466 فقرة 2 من التقنين البولونى. وقد اختلفت وجهات النظر فيما يتعلق بتجديد العقد بعد انتهاء مدته: هل يعتبر عقدا غير محدد المدة أم يعتبر عقدا محدد المدة على غرار العقد السابق الذى انتهت مدته؟ فالتقنين الألمانى (م625) يعتبره غير محدد المدة، ويجاربه في ذلك التقنين البولونى (م466 فقرة 2). أما التقنين التونسى (م860 فقرة 2) والتقنين اللبنانى (م651 فقرة 2) وتقنين الالتزامات السويسرى (م346) فتعتبره عقدا محدد المدة، ومدته هي غالبا المدة ذاتها التى انتهت. وقد فضل المشروع الأخذ بالحل الذى قرره كل

(1) محمد ليبب شنب ص383 وما بعدها.

(2) التقنين الألمانى (م625) والتقنين البولونى (م466 فقرة 2).

(3) محمد كامل مرسى ص60 وما بعدها.

من التقنين الألماني والبولوني، لأن التجربة أثبتت في فرنسا أن الأخذ بالحل الآخر قد يسهل الخروج على القواعد الخاصة بعدم جواز الطرد في وقت غير لائق، وذلك عن طريق الاتفاق على تحديد مدة العقد بيوم واحد حتى يتجدد بعد ذلك من يوم إلى آخر فيكون إنهاؤه في أى يوم بدون أية مسئولية. وقد انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك وقررت أن العقد الجديد يعتبر معقوداً لمدة غير محدودة (نقض فرنسي 9 أبريل سنة 1930 مجموعة القضاء الدولي للعمل 1930 فرنسا 25، 4 نوفمبر سنة 1931 مجموعة القضاء الدولي للعمل 1931 فرنسا ن 29. إذ يجب في هذه الحالة أن يعتبر العقد قد تجدد لمدة محددة هي المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرى. والنص ينطبق على حالة المدرسين والمعلمين في معاهد التعليم الحرة وكذلك في الحالات الأخرى المشابهة. والمعيار الموضوع "إذا كان العمل بطبيعته قابلاً لأن يتجدد يحدد من حالات تطبيق النص، حتى لا يستعمل كوسيلة للتهرب من أحكام الطرد في وقت غير لائق" (1).



مادة (680)

- 1- إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه.
- 2- فإذا كان العمل قابلا بطبيعته لأن يتجدد، واستمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه، اعتبر العقد قد تجدد تجديدا ضمنيا المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرى.

الشرح

348- انتهاء العقد بانقضاء العمل المتفق عليه :

إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار سابق.

(راجع في التفصيل شرح الفقرة الأولى من المادة (678).

349- تجديد العقد تجديداً ضمنياً :

إذا كان العمل الذي أبرم العقد لتنفيذه قابلاً بطبيعته لأن يتجدد، واستمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه، اعتبر العقد قد تجدد تجديداً ضمنياً المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرى.

ويعتبر هذا الحكم استثناء من حكم الفقرة الأولى من المادة التي تقضى بانتهاء العقد المبرم لتنفيذ عمل معين بانقضاء العمل المتفق عليه.

ويشترط لتجديد العقد تجديداً ضمنياً توافر شرطين:

أولاً: أن يكون العمل قابلاً بطبيعته لأن يتجدد، كحالة المدرسين والمعلمين في مدارس التعليم الخاص وكذلك في الحالات الأخرى المشابهة.

ثانياً: أن يستمر الطرفان في تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه.

والتجديد هنا تجديد ضمنى مدته المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مدة أخرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الفقرة الأولى: قارن المادة 466 من التقنين البولونى. "

"أما الفقرة الثانية، فهي استثناء من الحكم المقرر بالمادة السابقة في فقرتها الثانية، إذ يجب في هذه الحالة أن يعتبر العقد قد تجدد لمدة محددة هي المدة اللازمة للقيام

بالعمل ذاته مرة أخرى. والنص ينطبق على حالة المدرسين والمعلمين في معاهد التعليم الحرة وكذلك في الحالات الأخرى المشابهة. والمعيار الموضوع "إذا كان العمل بطبيعته قابلاً لأن يتجدد" يحد من حالات تطبيق النص، حتى لا يستعمل كوسيلة للتهرب من أحكام الطرد في وقت غير لائق⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 124 وما بعدها..

مادة (681)

يفترض فى أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عمالا لم
تجر العادة بالتبرع به أو عمالا داخلا فى مهنة من أداه.

الشرح

350- المقصود بالأجر:

الأجر هو كل ما يستحقه العامل فى مقابل أداء العمل، أيا كان نوعه، وأيا كانت
طريقة تحديده وأيا كانت تسميته.

فيجوز أن يكون الأجر نقدا - وهو الغالب - أو عينيا، أو فى جزء منه بالنقد وجزء
منه عينيا.

ويجوز أن يحدد الأجر بالمدة أو بالإنتاج أو بالمدة وبالإنتاج معا فى الأجر
بالطريقة.

وقد عرفت المادة (1 - ج) من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 الأجر بقولها:
يقصد فى تطبيق أحكام هذا القانون بالمصطلحات الآتية المعانى المبينة قرين كل
منها:

(أ) **العامل**: كل شخص طبيعى يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو
إشرافه.

(ب) **صاحب العمل**: كل شخص طبيعى أو اعتبارى يستخدم عاملا أو أكثر لقاء
أجر.

(ج) **الأجر**: كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله، ثابتا كان أو متغيرا، نقدا أو
عينا.

ويعتبر أجرا على الأخص ما يلى:

- 1- العمولة التى تدخل فى إطار علاقة العمل.
- 2- النسبة المئوية، وهى ما قد يدفع للعامل مقابل ما يقوم بإنتاجه أو بيعه أو
تحصيله طوال قيامه بالعمل المقرر له هذه النسبة.
- 3- العلاوات أيا كان سبب استحقاقها أو نوعها.
- 4- المزايا العينية التى يلتزم بها صاحب العمل دون أن تستلزمها مقتضيات العمل.

5- **المنح:** وهى ما يعطى للعامل علاوة على أجره وما يصرف له جزاء أمانته أو كفاءته متى كانت هذه المنح مقررّة فى عقود العمل الفردية أو الجماعية أو فى الأنظمة الأساسية للعمل، وكذلك ما جرت العادة بمنحه متى توافرت لها صفات العمومية والدوام والثبات.

6- **البدل:** وهو ما يعطى للعامل لقاء ظروف أو مخاطر معينة يتعرض لها فى أداء عمله.

7- **نصيب العامل فى الأرباح.**

8- **الوهبة** التى يحصل عليها العامل إذا جرت العادة بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بتحديدّها، وتعتبر فى حكم الوهبة النسبة المئوية التى يدفعها العملاء مقابل الخدمة فى المنشآت السياحية.

ويصدر قرار من الوزير المختص بالاتفاق مع المنظمة النقابية المعنية بكيفية توزيعها على العاملين وذلك بالتشاور مع الوزير المعنى.

(د) **العمل المؤقت:** العمل الذى يدخل بطبيعته فيما يزاوله صاحب العمل من نشاط وتقتضى طبيعة إنجازة مدة محددة، أو ينصب على عمل بذاته وينتهى بانتهائه.

(هـ) **العمل العرضى:** العمل الذى لا يدخل بطبيعته فيما يزاوله صاحب العمل من نشاط ولا يستغرق إنجازة أكثر من ستة أشهر.

(و) **العمل الموسمي:** العمل الذى يتم فى مواسم دورية متعارف عليها.

(ز) **الليل:** الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها.

(ح) **الوزير المختص:** الوزير المختص بالقوى العاملة.

(ط) **الوزارة المختصة:** الوزارة المختصة بشئون القوى العاملة⁽¹⁾.

351- متى يكون العمل مأجورا؟

قد لا يبين من العقد الذى يبرمه الطرفان، أن العمل المتفق على أدائه، يؤدى مقابل أجر.

فى هذه الحالة وضعت المادة قرينة مؤداها أن العمل يكون مأجورا، إذا كان العمل لم تجر العادة بالتبرع به، أو كان داخلا فى مهنة من أداءه، كالمحامى والطبيب والصانع.

(1) راجع دراسة مسهبة للأجر فى مؤلفنا المشار إليه المجلد الأول.

وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز لصاحب العمل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة إثبات أن العمل كان على سبيل التبرع. فإذا ثبت انتفاء نية التبرع كان العقد عقد عمل ولو لم يحدد المتعاقدان قيمة الأجر.



مادة (682)

1- إذا لم تنص العقود الفردية أو العقود الجماعية أو لوائح المصنع على الأجر الذى يلتزم به صاحب المصنع، أخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولى القاضى تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة.

2- ويتبع ذلك أيضاً فى تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أدائها وفى تحديد مداها.

الشرح

352- كيفية تحديد الأجر فى حالة عدم الاتفاق عليه :

وضعت المادة ثلاثة طرق لتحديد الأجر عند عدم الاتفاق عليه فى عقد العمل الفردى أو العقد الجماعى أو النص عليه فى لائحة المصنع، وهذه الطرق يلجأ إليها القاضى فى سبيل تحديد الأجر على الترتيب.

والمادة وإن استعملت لفظ (المصنع)، إلا أن حكمها يسرى على أى صاحب عمل.

والطرق الثلاثة المشار إليها هي :

1- السعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، والمقصود به الأجر المقدر لعمل من ذات النوع لدى صاحب العمل، أى أجر عامل له ذات الخبرة والمؤهلات ويقوم بذات العمل لدى صاحب العمل نفسه⁽¹⁾.

(1) حسن كيره ص 206 - ألبيب شنب ص 118 - عبد الودود يحيى ص 85 - وراجع جمال زكى ص 364 فيذهب إلى أن عبارة "يؤخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع" غير واضحة، ولم يفصح عن معناها فى الأعمال التحضيرية لها، ويغلب على الظن أن المقصود بها الأجر الذى يتقاضاه العمال الآخرون، الذين يقومون بعمل "من ذات النوع" لدى صاحب العمل فى مشروعه. ونرى أن العبارة المذكورة واضحة طبقاً للمعنى المبين بالمتن وهو المعنى الذى غلب المؤلف الظن على أنه المقصود (راجع فى هذا عبد الودود يحيى ص 85 هامش 2).

- 2- عرف المهنة وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل - ويقصد به العرف الذي يحكم مهنة العامل في الجهة التي يؤدي فيها العمل فهو العرف المهني والمحلي⁽¹⁾، لأن تقدير نفس العمل في المهنة الواحدة قد يختلف باختلاف المناطق والجهات.
- 3- مقتضيات العدالة. ويدخل ضمن مقتضيات العدالة نوع العمل ومدى الجهد والخبرة أو المؤهلات التي يتطلبها ومكان أداء العمل وما يدره على صاحب العمل من ربح⁽²⁾، أو مقدار ثراء صاحب العمل إذا لم يكن في العمل كسب له، كما لو كان العامل خادما أو سائقا لسيارة صاحب العمل⁽³⁾.

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "... وكان من المقرر إعمالا لالتزام رب العمل بأن يدفع للعامل أجرا مقابل ما أداه من عمل أنه يجب في حالة تحديد أجر العامل بنسبة مئوية من الأرباح وثبت أن المنشأة التي يعمل بها لم تحقق أى ربح أن يقدر للعامل أجره وفقا للأسس الواردة في المادة 1/682 من القانون المدني ... الخ".

(ظعن رقم 469 لسنة 37ق - جلسة 1973/3/3)

- 2- "إذ كان الثابت في الدعوى - على ما سجله الحكم المطعون فيه - أن تلك الأعمال التي أضافها البنك إلى المطعون ضده الأول تخرج من نطاق عمله الأصلي وتغاير طبيعته وتؤدي في غير أوقات العمل الرسمية وهي بهذه المثابة تعد أعمالا إضافية يفترض أنها في مقابل أجر، فإن أجر المطعون ضده الأول عن هذه الأعمال

- (1) حسن كيره ص 206 - عبد الودود يحيى ص 85 - وانظر جمال زكى ص 364 إذ ينتقد المشرع في جمعه بين عرف المهنة وعرف الجهة مع تعذر الجمع بينهما، ويذهب إلى أنه كان الأولى أن يقدم أحدهما على الآخر، أو ينص على أحدهما دون الآخر - ويرد على ذلك بأن الجمع بينهما أمر ممكن وأقرب لتحقيق العدالة على النحو الواضح بالمتن.
- (2) حسن كيره ص 206 - لبيب شنب ص 118 - عبد الودود يحيى ص 85.
- (3) جمال زكى ص 365 - وقارن عبد الودود يحيى ص 86 الهامش إذ يرى أنه لا دخل لمقدار ثراء صاحب العمل في هذا الطريق لأن العدالة ليست إحسانا - وكل ما تقتضيه بالنسبة لتقدير أجر العامل - هو أن يراعى ما يبذله العامل من جهود وما تحققه المنشأة من أرباح، وواضح أن مقدار الثراء كما هو مبين بالمتن عنصر ضروري في الحالة التي لا يحقق صاحب العمل كسبا من عمل العامل.

يكون أجراً إضافياً ولا يعتبر مكافأة تشجيعية فى مدلول المادتين 13 من نظام العاملين بالشركات الصادر بالقرار الجمهورى رقم 3546 لسنة 1962، 30 من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقرار الجمهورى رقم 3309 لسنة 1966 لما كان ذلك، وكان هذا الأجر إذا لم يتفق على نصين مقداره يتولى القاضى تقديره طبقاً لنص المادة 2/682 من القانون المدنى، فإن الحكم إذا انتهى إلى تقدير أجر المطعون ضده الأول عن تلك الأعمال لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 505 لسنة 39 ق جلسة 1975/5/31)

وقد نصت المادة 36 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 على أن:

"يحدد الأجر وفقاً لعقد العمل الفردى أو اتفاقية العمل الجماعى أو لائحة المنشأة، فإذا لم يحدد الأجر بأى من هذه الطرق استحق العامل أجر المثل إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة من الجهة التى يؤدى فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولت اللجنة المنصوص عليها فى المادة (71) من هذا القانون تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة، وذلك كله مع مراعاة حكم المادتين (34، 35) من هذا القانون".

353- تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أدائها:

كما هو الأمر بالنسبة للأجر، إذا لم يتفق الطرفان على نوع العمل الواجب على العامل أدائه، ومداه، فإن الفقرة الثانية من المادة (682) تكفلت كذلك ببيان الأسس التى تتبع لتحديد نوع العمل ومداه بقولها: "ويتبع ذلك أيضاً فى تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أدائها وفى تحديد مداها".

وتفصيل ذلك، أنه إذا لم يكن هناك اتفاق بين صاحب العمل والعامل على نوع العمل المطلوب من العامل أدائه، يحدد نوع العمل بما يمكن أن يؤديه عامل فى نفس مهارته، فإذا تعذر وجود عامل مثله، وجب الرجوع إلى عرف الجهة التى يؤدى فيها العامل عمله، فإذا تعذر ذلك، وجب تطبيق قواعد العدالة لتحديد نوع العمل الذى يجب على العامل القيام به⁽¹⁾.

(1) الدكتور أحمد حسن البرعى الوسيط فى القانون الاجتماعى الجزء الثانى طبعة 2003 ص 444.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"فى تعيين العمل يكفى بيان جنس الخدمة بغير تحديد لنوعها ومداها فى عقد العمل، وفى تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أدائها وفى تحديد مداها يتعين الرجوع إلى الأعمال التى يقوم بها نظراؤه وإلا تحددت بالرجوع إلى العرف فإن لم يوجد تولى القاضى تحديدها وفقا لمقتضيات العدالة، وفى هذا النطاق وبما لرب العمل من سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها، فإنه يسعه ويكون له، تعديل الأوضاع المادية لمختلف الخدمات التى تؤديها وإعادة توزيعها على عماله ومستخدميه وتحديد اختصاصات كل منهم بما يتفق مع صلاحيته وكفايته ومؤهلاته طالما أنه لا يمس أجورهم ومراكزهم الأدبية".

(طعن رقم 143 لسنة 29 ق جلسة 1967/3/15)



مادة (683)

تعتبر المبالغ الآتية جزءاً لا يتجزأ من الأجر تحسب في تعيين القدر الجائز الحجز عليه:

- 1- العمالة التي تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين.
- 2- النسب المئوية التي تدفع إلى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه والعلاوات التي تصرف لهم بسبب غلاء المعيشة.
- 3- كل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء أمانته أو في مقابل زيادة أعبائه العائلية وما شابه ذلك، إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل الفردية أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح عمال المصنع يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً، على أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز.

الشرح

354- ما يعتبر جزءاً لا يتجزأ من الأجر:

تنص المادة على بعض المبالغ التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الأجر تحسب في تعيين القدر الجائز الحجز عليه.
وهذه المبالغ هي:

أولا العمالة التي تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين:

355- المقصود بالعمولة:

يقصد بالعمولة⁽¹⁾، أو العمالة commission ما يحصل عليه عادة الوسطاء والممثلون التجاريون من نسب مئوية من قيمة التوصيات التي يتوسطون فيها أو يعقدونها لحساب من يمثلونهم من أصحاب الأعمال مقابل عملهم وجهدهم في اجتلاب هذه التوصيات والصفقات⁽²⁾.

(1) والعمولة هي اللفظ الدارج استعماله في القوانين الحديثة.

(2) حسن كيره ص 402 - إيهاب إسماعيل ص 304.

356 - اعتبار العمولة جزءا من الأجر:

نصت المادة على اعتبار العمولة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين جزءا من الأجر.

وكان قد ثار خلاف فى الفقه حول طبيعة عمل الممثلين التجاريين والمندوبين الجوابين الذين يؤجرون على أساس العمولة وهل يعتبر من قبيل الوكالة أو يعد أداء لعمل مقترن بالتبعية، فحسم التقنين المدنى المصرى هذا الخلاف بالنص فى الفقرة الأولى من المادة 676 على سريان "أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين التجاريين والمندوبين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم".

وكانت نتيجة منطقية لهذا التكييف أن تعتبر العمالة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين أجرا⁽¹⁾ إلا أن المشرع حرص على النص على ذلك صراحة لإزالة أى خلاف فى هذا الشأن، وليستبعد فى الوقت نفسه ما ذهبت إليه بعض أحكام القضاء الفرنسى من أن الأجر بالعمولة يعتبر إحدى الخصائص المميزة لعقد الوكالة⁽²⁾.

وواضح مما تقدم، أن اعتبار العمالة أجرا وخضوعها تبعا لذلك للأحكام الخاصة بأجور العمال رهين بكون الوسطاء التجاريين تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم ولو كان الواحد منهم يعمل لحساب جملة من أرباب الأعمال لأنه بدون هذه التبعية وهذا الخضوع لا يعتبر العقد الذى يربط هؤلاء الوسطاء بأرباب الأعمال عقد عمل، ولا يكون ما يتقاضونه من عمالة خاضعا لأحكام أجور العمال⁽³⁾.

357 - تقدير سعر العمولة:

لم يورد الشارع أساسا لتقدير سعر العمالة ولا كيفية احتسابها. ومن ثم فإن الأصل أن يحدد العقد المبرم بين صاحب العمل وبين المندوب التجارى أو الوسيط، النسبة المئوية التى يحصل عليها الأجير كعمولة مقابل العمليات التى يتوصل إلى الحصول عليها، فإذا سكت عن ذلك فيرجع فى تحديد تلك النسبة إلى الضوابط التى وضعها

(1) حلمى مراد ص 311 وما بعدها.

(2) حسن كيره ص 402، عبد الودود يحيى ص 87.

(3) محمد لبيب شنب ص 322.

المشرع لتحديد الأجر فى نص المادة 1/682 من القانون المدنى والتى تجرى على أن: "إذا لم تنص العقود الفردية أو العقود الجماعية أو لوائح المصنع على الأجر الذى يلتزم به صاحب المصنع، أخذ بالسعر المقرر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولى القاضى تقدير الأجر وفقا لمقتضيات العدالة"⁽¹⁾.

وقد لا يتناول العامل أجرا عن عمله سوى العمالة فتكون هى الأجر الوحيد له، وقد تضاف العمالة إلى أجر ثابت يتقاضاه العامل فتعتبر من ملحقات الأجر. ولا تتوقف العمالة على تحقيق ربح وإنما تحسب على أساس قيمة ما يحققه الوسيط أو الممثل التجارى من توصيات أو صفقات⁽²⁾، مما يجعلها متوقعة أساسا على مبلغ جهده ونشاطه. وفى هذا تختلف عن المشاركة فى الأرباح التى تفترض أن المنشأة حققت أرباحا صافية وإلا لا يستحق العامل شيئا. والأصل أن تستحق العمالة على العمليات التى ساهم الوسيط مباشرة فى إتمامها، ولكن ليس ما يمنع من أن يوجد اتفاق أو عادة أو عرف على استحقاق العمالة كذلك على العمليات التى يمكن اعتبار إتمامها راجعا إلى الوسيط بطريق غير مباشر نتيجة نشاطه العام فى المنطقة التى يعمل فيها⁽³⁾.

والأصل كذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف أن تحسب العمالة على أساس الثمن العادى للبيع المتفق عليه، دون احتسابها على قيمة أكبر بإضافة بعض الملحقات كمصاريف النقل والتغليف أو رسم الإنتاج، أو على أساس قيمة أقل باستئزال قيمة الخصم الاستثنائى الممنوح شخصا للعميل.

ولا تستحق العمالة للوسيط فى الأصل إلا بعد قبول صاحب العمل التوصية أو الصفقة وتأكيد لها، ولكن يمكن الاتفاق على تأجيل استحقاقها إلى حين الوفاء بالثمن ورهنها به، وإن كان مثل هذا الاتفاق يعرض الوسيط لمخاطر غير قليلة. ولذلك فإن القضاء الفرنسى يحاول الحد منها بتقرير حق الوسيط فى العمالة إذا كان عدم الوفاء راجعا إلى صاحب العمل أو تأخيرها أو عدم مطابقة البضاعة للعينة، وبتقرير عدم حرمان الوسيط من العمالة إلا إذا كان

(1) المستشار عدلى خليل التعليق على قانون العمل الجديد الطبعة الأولى 1982/1981 ص23.

(2) حسن كيرة ص403 - عبد الودود يحيى ص87 - محمد لبيب شنب ص123 - المستشار أحمد شوقى المليجى ص54 - نقض طعن 291 لسنة 32 ق 1966/5/25.

(3) حسن كيرة ص403، جمال زكى ص430.

عدم تنفيذ الصفقة راجعا إلى خطئه المهني أو ناشئا عن عدم ملاءة العميل الشائعة وقت أخذ الطلب⁽¹⁾.

وإذا كانت العمالة تعتبر من قبيل الأجر على أساس أنها تمثل مقابل جهد أو عمل يقوم به الوسيط، فيجب تقريبا على ذلك اعتبار العمالة مستحقة له عن كل صفقة تبرم، حتى بعد انتهاء عقده مع صاحب العمل متى كانت نتيجة مباشرة لجهد ونشاطه أثناء العقد⁽²⁾.

وعلى هذا نصت المادة 2/676 من القانون المدني بقولها "وإذا انتهت خدمات الممثل التجاري أو المندوب الجواب ولو كان ذلك بانتهاء المدة المعينة في عقد استخدامه، كان له الحق في أن يتقاضى على سبيل الأجر العمالة أو الخصم المتفق عليه أو الذى يقضى به العرف عن التوصيات التى لم تبلغ رب العمل إلا بعد خروج الممثل التجاري أو المندوب الجواب من خدمته، متى كانت هذه التوصيات نتيجة مباشرة لما قام به هؤلاء المستخدمون من سعى لدى العملاء أثناء مدة خدمتهم. على أنه لا يجوز لهم المطالبة بهذا الحق إلا خلال المدة المعتادة التى يقرها العرف بالنسبة إلى كل مهنة".

والنص وإن ذكر طائفتين فقط يسرى عليهما حكمه هما طائفة المندوبين الجوابين والممثلين التجاريين، إلا أنه يسرى بطريق القياس على باقى الطوائف الأخرى المماثلة⁽³⁾. وإذا كان الحكم الوارد بالنص قاصرا على حالة انتهاء عقد عمل الوسيط إلا أنه يسرى بطريق القياس على حالة وقف العقد، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بذلك وجعلت للوسيط الحق فى العمالة.

358 - العمولة قد تكون أجرا أساسيا وقد تكون من ملحقات الأجر:

قد تكون العمولة هي كل الأجر المتفق عليه، وفي هذه الحالة تعتبر أجرا أساسيا، وقد يكون هناك أجر ثابت تضاف إليه العمولة، وفي هذه الحالة تعتبر العمولة من

(1) حسن كيره ص 404.

(2) حسن كيره ص 404 - عبد الودود يحيى ص 87 - محمد لبيب شنب ص 322 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 108.

(3) جمال زكى ص 436 - حسن كيره ص 405 هامش (1) وهو يعلل إغفال الطوائف الأخرى بأنه من قبيل السهو.

ملحقات الأجر.

359- لا تستحق العمولة إذا كانت من ملحقات الأجر إلا إذا تحقق سببها :

إذا كانت العمولة من ملحقات الأجر أى تضاف إلى أجر ثابت للعامل، فإنها تكون من ملحقات الأجر غير الدائمة التى ليس لها صفة الثبات والاستقرار، لأنها لا تستحق إلا إذا باشر العامل العمل الذى قررت من أجله، فإذا لم يباشر هذا العمل فإنه لا يستحق العمولة، ومثل ذلك عمولة البيع أو التوزيع أو الإنتاج ... إلخ. فهى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد بها إيجاد حافز على العمل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن العمولة وإن كانت جزءا لا يتجزأ من الأجر باعتبارها لقاء العمل المتفق عليه - إلا أنها تعتبر أجرا أساسيا إذا كانت هى وحدها الأجر المتفق عليه أما إذا كان هناك أجر ثابت تضاف إليه فإنها تعتبر من ملحقات الأجر التى لا يستحقها العامل إلا إذا تحققت أسبابها هى ملحقات غير دائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار الخ".

(طعن رقم 10 لسنة 47 قى جلسة 1982/3/27 - لم ينشر)

2- "العمولة - ماهيتها - اعتبارها أجرا أساسيا. شرطه أن تكون وحدها الأجر المتفق عليه. إضافتها إلى أجر ثابت اعتبارها من ملحقات الأجر".

(طعن رقم 539 لسنة 59 قى جلسة 1989/7/9)

3- "الأجر لقاء العمل الذى يقوم به العامل. ملحقات الأجر ماهيتها. ملحقات غير دائمة ليست لها صفة الثبات والاستقرار. عدم استحقاقها إلا بتحقيق سببها بمباشرة العمل وزيادة الإنتاج".

(طعن رقم 10616 لسنة 66 قى جلسة 2000/5/21)

(طعن رقم 8856 لسنة 66 قى جلسة 1999/7/4)

4- "العمولة ماهيتها. اعتبارها أجرا أساسيا. شرطه. أن تكون وحدها الأجر المتفق عليه. إضافتها إلى أجر ثابت. اعتبارها من ملحقاته غير الدائمة. عدم استحقاق العامل لها. إلا إذا تحقق سببها".

(طعن رقم 1512 لسنة 43 ق جلسة 2004/2/26)

360 - أمثلة من قضاء النقض :

أ - عمولة البيع والتوزيع والتحصيل :

1- "عمولة التوزيع من ملحقات الأجر غير الدائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار وهى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع الفعلى، وكان الثابت فى الدعوى أن نظام عمولة التوزيع قد ألغى اعتبارا من 1965/5/1 بموجب قرار وزير الصناعة الذى عهد بعملية التوزيع إلى جهة أخرى وأضحى الطاعن لا يباشر عملية التوزيع الفعلى فإنه لا يستحق أية عمولة ابتداء من هذا التاريخ".

(طعن رقم 435 لسنة 42 ق جلسة 1978/4/22)

2- "لما كان الواقع حسبما سجله الحكم المطعون فيه هو أن الشركة المطعون عليها كانت تمنح الطاعن عمولة على المبيعات إلى جانب أجره الأسمى وأن هذه العمولة ترتبط بالبيع الفعلى وجودا وعدما. وكان الأصل فى استحقاق الأجر وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل 91 لسنة 1959 أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة البيع التى تصرفها الشركة المطعون عليها للطاعن والتى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز على العمل ولا تستحق إلا إذا تحققت أسبابها وهو البيع الفعلى، فإذا تم البيع استحق العمولة وبمقدار هذا البيع، أما إذا لم يتم فلا يستحق هذه العمولة".

(طعن رقم 70 لسنة 46 ق جلسة 1981/11/16 - لم ينشر)

3- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن المساواة بين العمال فى الأجر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكون فيما تم على خلاف القانون وأن عمولة البيع وإن كانت من ملحقات الأجر التى لا يجوز لرب العمل أن يستقل بتعديلها أو إلغائها إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الاستقرار والثبات إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها - وهو قيامه بالبيع أو التوزيع الفعلى - فإذا باشر العامل البيع استحق العمولة وبمقدار ما تحقق من بيع - أما إذا لم يباشر العامل البيع فلا يستحق هذه العمولة - لما كان ذلك

وكانت الشركة الطاعنة قد تحدثت أمام محكمة الاستئناف بأن ضم متوسط عمولة البيع إلى أجور العمال المقارن بهم قد تم خطأ بالمخالفة لأحكام القانون وكان الواقع الذى سجله الحكم المطعون فيه وبنى عليه قضاءه هو أن المطعون ضده وزملاءه المقارن بهم نقلوا من قسم البيع إلى أقسام أخرى غير مقرر للعمل فيها عمولة بيع - ومفاد ذلك أن ضم متوسط عمولة البيع إلى أجور العمال المقارن بهم تم خلاف القانون فلا تجوز المساواة بين المطعون ضده وبينهم على أساسه. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على وجوب أعمال مبدأ المساواة حتى لو كان صرف العمولة لأقران المطعون ضده قد تم بطريق الخطأ - فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتفسيره بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 893 لسنة 46 ق جلسة 1981/12/12 - لم ينشر)

4- "لما كان الأصل فى استحقاق الأجر وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها ومن بينها عمولة البيع أو التوزيع.. الخ والتي لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها، والمناطق فى استحقاقه هذه العمولة بمزاولة العمل الذى تقرر من أجله لأنها إنما تدور وجودا وعدما مع أداء هذا العمل ذاته وهو التوزيع الفعلى.. الخ".

(طعن رقم 1048 لسنة 45 ق جلسة 17 يناير 1982 - لم ينشر)

5- "لما كان الواقع حسبما سجله الحكم المطعون فيه هو أن الشركة الطاعنة كانت تمنح المطعون ضده عمولة على المبيعات إلى جانب أجره الأسمى الذى كان فى 1975/5/1 - تاريخ تطبيق قرار رئيس الجمهورية رقم 390 لسنة 1975 بمنح إعانة غلاء معيشة للعاملين بالدولة هو أول مربوط الفئة السابعة الوظيفية وقدرها 20 عشرون جنيها شهريا، وأن هذه العمولة كانت بنسبة معينة على المبيعات التى يحققها المطعون ضده وأنها متغيرة حسب هذه المبيعات، وأن العمولة ترتبط بالبيع الفعلى وجودا وعدما، وإذا كان الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 والمطبق على واقعة الدعوى - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى

ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة البيع التي تصرفها الشركة الطاعنة للمطعون ضده والتي لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز في العمل ولا يستحقها إلا إذا تحقق سببها وهو البيع الفعلي، فإذا باشره المطعون ضده استحق العمولة وبمقدار هذا البيع أما إذا لم يباشره فلا يستحقها وبالتالي فإن هذه العمولة لا يشملها الأجر الذي يتخذ أساساً لمنح إعانة غلاء المعيشة المقررة للعاملين بالدولة وبالقطاع العام بالقرار الجمهوري رقم 390 لسنة 1975".

(طعن رقم 662 لسنة 49 ق جلسة 1985/11/17)

6- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه لما كان الأصل في استحقاق الأجر - بالتطبيق لنص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون 91 لسنة 1959 والذي يحكم واقعة الدعوى - أنه لقاء العمل الذي يقوم به العامل، وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها، فهي ملحقات غير دائمة ليست لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة التوزيع أو التحصيل التي يصرفها صاحب العمل لعماله فوق أجورهم الأصلية والتي لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز في العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع أو التحصيل الفعلي فإذا باشره العامل استحق العمولة وبمقدار ما حققه فيه أما إذا لم يباشره بأن نقل منه إلى عمل آخر غير مقرر له عمولة فلا يستحقها، لما كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن الطاعنة كانت تقوم بصرف عمولة تحصيل للمطعون ضده بالإضافة إلى أجره الأصلي إلا أنها قامت بنقله في 1967/4/1 إلى عمل لا يتعلق بالتحصيل، فإنه لا يكون له الحق في اقتضاء هذه العمولة اعتباراً من هذا التاريخ لزوال سببها، ولا وجه للتحدى في هذا الخصوص بقاعدة المساواة بين العاملين إذ لا مساواة فيما يناهض أحكام القانون، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بأحقية المطعون ضده في ضم متوسط العمولة إلى مرتبه اعتباراً من 1967/4/1 وبإلزام الطاعنة أن تؤدي إليه الفروق المترتبة على ذلك أخذاً بما انتهى إليه تقرير الخبير من أنها أصدرت في 1969/12/13 قراراً بقواعد التسوية التي اتخذت عند تسكين العاملين بشركة شاهر والبالغ عددهم 107 عاملاً وأنها ضمت العمولة إلى مرتب 56 عاملاً منهم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه بغير حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن".

(طعن رقم 1195 لسنة 49 ق جلسة 1986/1/19)

7- "الأصل فى استحقاق الأجر على ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة البيع التى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو البيع الفعلى فإذا باشره استحق العمولة وبمقدار هذا البيع أما إذا لم يباشره فلا يستحق هذه العمولة وبالتالي فلا يشملها الأجر الذى يتخذ أساسا عند تسوية حالته .. الخ".

(طعن رقم 1684 لسنة 50 قى جلسة 1986/2/16)

8- "عمولة التوزيع. من ملحقات الأجر غير الدائمة. عدم استحقاق العامل لها إلا إذا تحقق سببها بقيامه بالتوزيع الفعلى. علة ذلك".

(طعن رقم 391 لسنة 53 قى - جلسة 1989/4/9)

9- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن عمولة البيع تعد من ملحقات الأجر غير الدائمة التى ليس لها صفة الاستمرار والثبات إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو البيع الفعلى، فإذا باشره العامل استحق العمولة وبمقدار هذا البيع أما إذا لم يباشره فلا يستحق هذه العمولة".

(طعن رقم 3287 لسنة 60 قى جلسة 1991/3/25)

ب- عمولة الإنتاج:

1- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العمولة وإن كانت من ملحقات الأجر التى لا يجوز لرب العمل أن يستقل بتعديلها أو إلغائها إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الثبات والاستقرار إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم استحقاق الطاعن لعمولة الإنتاج التى قررتها الشركة المطعون ضدها للطاعن - لعدم تحقق سببها وهو قيادة سيارة الشركة بالفعل وهى محملة بالبضائع، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس".

(طعن رقم 944 لسنة 44 قى جلسة 1980/3/29 - غير منشور)

2- "الأصل فى استحقاق الأجر وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون

العمل رقم 91 لسنة 1959 أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار ومن ذلك عمولة زيادة الإنتاج فهى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز على العمل ولا تستحق إلا إذا تحقق سببها وهو زيادة الإنتاج.

كما يشترط لاعتبار الميزة العينية أجراً أن يكون صاحب العمل ملزماً بصرفها للعامل والنص عليها فى عقد العمل أو فى اللائحة الداخلية للمنشأة ومناطق اعتبارها كذلك أن تستلزمها مقتضيات عمله فتضحي ضرورية لأدائه".

(طعن رقم 156 لسنة 46 قى جلسة 1982/2/15 - غير منشور)

3- "وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك لما كانت العمولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى من ملحقات الأجر إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الاستمرار والثبات إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو قيامه بذات العمل المقررة له فإذا باشره العامل استحق هذه العمولة وبمقدار ما حققه من هذا العمل أما إذا لم يباشره العامل بأن نقل منه إلى عمل آخر غير مقررة له فلا يستحقها، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه - وبعد أن خلص إلى أن الرابل المطالب به هو نوع من العمولة - قد التزم هذا النظر وأسس قضاءه بعدم أحقية الطاعن فى الرابل عن المدة اللاحقة لإدماج الشركة التى كان يعمل بها فى الشركة المطعون ضدها على قوله إن الواضح من الأوراق.. أن ذلك الرابل إنما تقرر لوظيفة بعينها هى مدير الفرع فضلاً عن تأكيد الشركة فى كل مذكراتها لذلك فإنه مما يقطع به ذات الطلب الذى تقدم به المستأنف عليه نفسه - الطاعن - والسابق الإشارة إليه وتقدم به يلتزم فيه تقدير الرابل له وقد أوضح بطلبه أن الرابل إنما تقرر لمديرى الفروع.. فالرابل.. مقرر لوظيفة مدير الفرع عن إنتاج ذلك الفرع. لما كان ذلك وكانت الشركة قد ادعت أن المستأنف عليه منذ تاريخ إدماج شركته فيها... لم يعد مدير فرع بل ترك تلك الوظيفة إلى وظيفة أخرى هى مدير إدارة الحريق وهى إحدى إدارات الفرع فإنه لا يستحق ذلك الرابل.. وكانت هذه الأسباب تتفق وصحيح القانون وتسوغ النتيجة التى انتهى إليها الحكم، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ولا يغير من ذلك تحدى الطاعن بنص المادة 85 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 مادام أن حقه فى اقتضاء الرابل قد زال بزوال سببه بعد شغله لوظيفة غير مقرر لها، كما أنه لا يعيب الحكم المطعون فيه ما استورد إليه من أن الوظيفة التى

شغلها بعد الإدماج لا علاقة لها بالإنتاج لأن ذلك لم يكن لازماً لقضائه في الدعوى، ومن ثم فإن النعى عليه بهذين السببين يكون في غير محله".

(طعن رقم 953 لسنة 49 ق جلسة 1985/11/24)

4- "إن الأصل في استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 137 لسنة 1981 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهي ملحقات غير دائمة، وليس لها صفة الثبات والاستمرار وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن حوافز الإنتاج من ملحقات الأجر غير الدائمة التى ليست لها صفة الاستمرار والثبات ولا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها، وقيامه بالعمل المقرر له فإذا باشر العمل استحق هذه الحوافز، وبمقدار ما حققه فى العمل أما إذا لم يباشره فلا يستحقها وإذا كانت الحوافز الجماعية وفوائدها والنسبة المقررة لشاغلي الدرجة الثانية والأرباح تعتبر من قبيل الحوافز، أما منح رئيس الجمهورية فهي مبالغ إضافية تعطى للعاملين فى مناسبات أو أوقات معينة، هي بذلك لا تعتبر حوافزاً ولا تسرى عليها أحكامها".

(طعان رقما 2124 لسنة 53 ق، 2664 لسنة 58 ق جلسة 1992/4/13)

ج- الأجر الإضافي :

1- "لما كان الأصل في استحقاق الأجر وعلى ما جرى به نص المادة الأولى من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 137 لسنة 1981 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، أما ملحقات الأجر منها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهي ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستمرار وكان الأجر الإضافي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما يقابل زيادة فى ساعات العمل عن المواعيد القانونية أى أن مناط استحقاقه هو تشغيل العامل ساعات عمل إضافية فإذا لم تقتض حاجة العمل هذا التشغيل فإنه لا يستحقه ولا يجوز له أن يطالب به باعتباره جزءاً لا يتجزأ من أجره".

(طعان رقما 1145، 1364 لسنة 60 ق جلسة 1993/2/22)

2- "الأجر. الأصل فيه أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل. م3. ق91 لسنة 95 - ملحقات الأجر غير الدائمة. لا يستحقها العامل إلا بتحقيق سببها. الأجر الإضافي

ماهيته. أجر متغير مرتبط بالظروف الطارئة للإنتاج بما قد تقتضيه من زيادة ساعات العمل عن المواعيد المقررة".

(طعن رقم 1216 لسنة 51 ق جلسة 1997/12/21 - غير منشور)

(طعن رقم 2767 لسنة 60 ق جلسة 1996/10/24)

3- "الأجر. الأصل فيه أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل. م 3 ق 91 لسنة 59 ملحقات الأجر غير الدائمة. لا يستحقها العامل إلا بتحقيق سببها. الأجر الإضافى. ماهيته. أجر متغير مرتبط بالظروف الطارئة للإنتاج بما تقتضيه من زيادة ساعات العمل عن المواعيد المقررة".

(طعن رقم 1548 لسنة 62 ق جلسة 1999/3/21)

د- عمولة الدعاية والترويج:

1- "استحقاق الأجر وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 الأصل فيه أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل. أما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها ومن بينها عمولة البيع و التوزيع أو الدعاية والتى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها".

(طعن رقم 663 لسنة 46 ق جلسة 1981/11/29 - غير منشور)

2- "وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن العمولة وإن كانت جزءا لا يتجزأ من الأجر باعتبارها لقاء العمل المتفق عليه - إلا أنها تعتبر أجرا أساسيا إذا كانت هى وحدها الأجر المتفق عليه أما إذا كان هناك أجر ثابت تضاف إليه فإنها تعتبر من ملحقات الأجر ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن ملحقات الأجر التى لا يستحقها العامل إلا إذا تحققت أسبابها هى ملحقات غير دائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار ومن ذلك العمولة المرتبطة بسبب معين - كالتوزيع أو الترويج - فهى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز على العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها - لما كان ذلك وكان الثابت من الصورة الرسمية لتقرير الخبير - المقدمة بملف الطعن - أن المطعون ضدها تقوم بمنح مندوبى الدعاية من العاملين لديها ومن بينهم الطاعن - أجرا ثابتا بالإضافة إلى عمولة عند تحقيقهم زيادة فى البيع عن البدلات المقررة فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه فى قضائه من أن العمولة - مثار النزاع - من ملحقات الأجر وأنها لا تستحق إلا بتحقيق سببها يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعى

عليه بمخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم 10 لسنة 47 ق جلسة 1982/3/27 - غير منشور)

هل تدخل العمولة في حساب حقوق العامل إذا كانت من ملحقات الأجر؟

361- أولا: رأى الفقه:

يذهب الفقه إلى أنه لما كان الأجر يشمل كل ما يعطى للعامل لقاء عمله أيا كان نوعه، فيشمل إلى جانب ما ينعت بالأجر الثابت جميع ملحقاته التي لها تكييف الأجر ولو كانت غير ثابتة ومنها العمولة، فإنه يتعين احتساب العمولة عندما تكون من ملحقات الأجر أى عندما تضاف إلى أجر ثابت يتقاضاه العامل، ضمن الأجر الذى يحسب على أساسه مستحقات العامل المالية، ولا ينال من ذلك أن العمالة بطبيعتها متغيرة ذلك أنه يمكن تقديرها على أساس ما تناوله العامل عن أيام العمل الفعلية فى السنة الأخيرة، وقد أوضح الشارع ذلك فى القانون الملغى صراحة. فبعد أن نص فى المادة 1/7 من القانون العمل الملغى (المقابلة للمادة 39 من القانون الجديد) على طريقة تقدير عناصر الأجر غير الثابتة كالعمالة أو النسبة المئوية على رقم الأعمال على أساس متوسط ما تناوله العامل عن أيام العمل الفعلية فى السنة الأخيرة أو عن المدة التى اشتغلها إن قلت عن ذلك مقسوما على عدد أيام العمل الفعلية عن ذات الفترة نص فى الفقرة الثانية منها على أن المتوسط وفقا للأساس الذى وضعه "هو المستحق للعامل أثناء الإجازات السنوية أو المرضية أو إجازات الأعياد أو الراحة الأسبوعية أو فى حالات العطل أو التوقف"⁽¹⁾.

وعندنا أن رأى الفقه فى محله.

362- ثانيا: اتجاه محكمة النقض:

لم تأخذ محكمة النقض برأى الفقه، وجرى قضاؤها على أنه إذا كانت العمولة من ملحقات الأجر، فإنها تضحى من ملحقات الأجر غير الثابتة أو المستقرة، ولا تدخل فى حساب حقوق العامل المالية، كأجره فى أيام الإجازات الاعتيادية والمرضية وفى مدة وقفه عن العمل.

(1) من هذا رأى جمال زكى ص 799 وما بعدها - حسن كيره ص 488 وما بعدها - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 171 - إيهاب إسماعيل ص 383 - لبيب شنب ص 208 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 247.

363- أمثلة من قضاء النقض:

(1) عدم استحقاق العامل العمولة عن مدة وقفه عن العمل:

أ- "الأصل فى استحقاق الأجر وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل أما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة البيع والإنتاج التى تصرفها الشركة الطاعنة على ذلك النحو لبعض عمالها فوق أجورهم الأصلية والتى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد بها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو البيع الفعلى أو الإنتاج فإذا باشره العامل استحق العمولة وبمقدار هذا البيع أو الإنتاج أما إذا لم يباشره العامل أو لم يعمل أصلاً فلا يستحقها وبالتالي فلا يشملها الأجر الكامل الذى يودى للعامل عن فترة إيقافه عن العمل، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالمبلغ المقضى به ضدها على ما قرره من أحقية المطعون ضده فى صرف تلك العمولة خلال فترة إيقافه عن العمل على أساس أن هذه العمولة تعتبر جزءاً من أجره واجب الأداء عن الفترة المذكورة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 1453 لسنة 48 قى جلسة 1979/3/18 - ذات المبدأ طعن 350 لسنة

42 قى جلسة 1979/3/10)

ب- "الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة البيع التى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد بها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو البيع الفعلى، فإذا باشره العامل استحق العمولة وبمقدار هذا البيع أما إذا لم يباشره العامل أو لم يعمل أصلاً فلا يستحق هذه العمولة وبالتالي لا يستحقها العامل عن الفترة من وقفه عن العمل حتى إعادته إليه ثانية. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض طلب الطاعنة استرداد ما دفعته من عمولات للمطعون ضده خلال فترة إيقافه عن العمل قولاً منه أن العمولة جزء من الأجر الذى يشمل كل ما يستحقه العامل مقابل أداء العمل أياً كان نوعه وطريقة تحديده

أو تسميته، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه لهذا السبب".

(طعن رقم 17 لسنة 45 قى - جلسة 1980/6/22)

ج- "ولما كان الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار، ومن بينها عمولة التوزيع التى تصرفها الشركة الطاعنة على ذلك النحو لبعض عمالها فوق أجورهم الأساسية التى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل، ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع الفعلى، فإذا باشره استحق العمولة وبمقدار هذا التوزيع، أما إذا لم يباشره أو لم يعمل أصلاً فلا يستحق هذه العمولة. لأنها ترتبط بالعمل وجوداً وعدمًا، ولا يتقرر حق العامل فيها إلا إذا قام بالعمل فعلاً، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بأحقية المطعون ضده فى صرف العمولة موضوع الدعاى عن فترة وقفه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 854 لسنة 45 قى جلسة 1981/2/1 - غير منشور)

(2) عدم استحقاق متوسط العمولة عن أيام الإجازات الاعتيادية والمرضية :

أ- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه لما كان الواقع حسبما سجله القرار المطعون فيه أن الشركة الطاعنة جرت على منح عمولة على التوزيع لعمال قسم البيع بها إلى جانب أجورهم الأصلية وأن هذه العمولة ترتبط بالتوزيع الفعلى وجوداً وعدمًا، وكان الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها عمولة التوزيع التى تصرفها الشركة الطاعنة على ذلك النحو لبعض عمالها فوق أجورهم الأصلية والتى لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع الفعلى فإذا باشره العامل استحق العمولة وبمقدار هذا التوزيع أما إذا لم يباشره العامل أو لم يعمل أصلاً فلا يستحق هذه العمولة وبالتالي فلا يشملها الأجر الكامل الذى يؤدى للعامل عن فترة

الإجازات لما كان ذلك، وكان القرار المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بتقرير حق عمال قسم المبيعات بالشركة الطاعنة في صرف متوسط تلك العمولة عن أيام الإجازات السنوية والمرضية على أساس أن هذه العمولة تعتبر جزءاً من أجورهم واجب الأداء في أيام الإجازات. فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن".

(طعن رقم 155 لسنة 37 ق جلسة 14/4/1973)

ب- "الأصل في استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - أنه لقاء العمل الذي يقوم به العامل وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهي ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها العمولة التي تصرفها الشركة الطاعنة على ذلك النحو لبعض عمالها فوق أجورهم الأصلية والتي لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز في العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو القيادة الفعلية للسيارات المذكورة محملة، فإذا باشرها العامل استحق العمولة وبمقدار مسافات هذه القيادة أما إذا لم يباشرها أو لم يعمل أصلاً فلا يستحق هذه العمولة وبالتالي فلا يشملها الأجر الكامل الذي يؤدي للعامل عن فترة الإجازات. لما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاؤه بتقرير حق سائقي السيارات النقل لدى الشركة الطاعنة في متوسط تلك العمولة عن أيام الإجازات الاعتيادية والمرضية على أساس أن هذه العمولة تعتبر جزءاً من أجورهم واجب الأداء في أيام الإجازات فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 620 لسنة 43 ق جلسة 1/3/1980)

364- ثالثاً : قضاء المحكمة العليا :

أيدت المحكمة العليا الاتجاه الذى سار عليه قضاء محكمة النقض، عندما عرض عليها طلب تفسير المادتين الثالثة والتاسعة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 (الملغى) لبيان مفهوم الأجر الذى يستحق للعاملين بالقطاع العام الذين يعملون بنظام الطريحة وذلك عند قيامهم بالإجازات المقررة.

فذهبت بتاريخ 1972/5/6 فى طلب التفسير رقم 7 لسنة 2 قضائية إلى أن:

"وحيث إن مضمون طلب التفسير هو ما أثاره العاملون من أن أحقيتهم فى مكافأة الإنتاج ضمن الأجر الذى يستحق لهم عن الإجازات فى الحالات التى نص فيها قانون العمل ولوائح العاملين على استحقاق "أجر كامل" عن هذه الإجازات وما تمسكوا به من أن عبارة الأجر الكامل تفيد شمول الأجر لهذه المكافأة واعتبارها أحد عناصره.

ومن حيث إن القاعدة العامة فى استحقاق الأجر، وعلى ما جرى به نص المادة المذكورة، أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل أما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا تحققت أسبابها، فهى ملحقات غير دائمة، وليست لها صفة الثبات والاستقرار، ومنها مكافأة الإنتاج فى نظام الأجر بالطريحة، التى لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو زيادة الإنتاج على المعدلات المقررة، فإذا باشر العامل عمله فعلاً وحقق زيادة فى الإنتاج فإنه يستحق المكافأة وبمقدار هذه الزيادة، أما إذا عمل ولم يحقق زيادة فى الإنتاج، ومن باب أولى إذا لم يعمل أصلاً - فإنه لا يستحق مكافأة الإنتاج. فهى إذن مكافأة مرتبطة بسببها وهو العمل الذى يحقق زيادة فى الإنتاج عن المعدلات المقررة،
يؤيد هذا النظر:

أولاً: أن مكافأة الإنتاج بحكم طبيعتها ليست إلا حافزاً من حوافز الإنتاج فلا يستحقها العامل إلا بزيادة الإنتاج.

ثانياً: أن المشرع أبرز هذا المعنى وأكده فى لوائح العاملين فى القطاع العام، حين أورد نظام مكافأة زيادة الإنتاج ضمن الفصل الخاص بحوافز الإنتاج كما يتضح من مراجعة نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم 3309 لسنة 1966 ونظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1971.

ثالثاً: أن الفقرة الأخيرة من المادة 22 من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1971 قد كشفت عن المعنى المتقدم وأيدته إذ تنص على أنه: "وفى جميع الحالات لا تستحق مكافأة زيادة الإنتاج عن المعدلات القياسية إلا إذا قام العامل بالعمل فعلاً وزاد إنتاجه عن هذه المعدلات".

ومن حيث إنه يخلص مما تقدم أن الأجر الكامل الذى يستحقه العاملون عن فترة الإجازات فى الحالات المنصوص عليها فى قانون العمل وغيره من التشريعات والأنظمة الخاصة بالعاملين بالقطاع العام لا يشمل مكافأة الإنتاج باعتبارها حافزاً ليس له صفة الثبات والاستقرار فلا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو العمل فعلاً وتحقيق إنتاج يزيد على المعدلات المقررة⁽¹⁾.

والمقرر وفقاً للمادة الرابعة من القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 بإصدار قانون المحكمة العليا (قبل إلغائه بالقانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا) أن القرارات الصادرة من المحكمة العليا بالتفسير، ملزمة.

365- احتساب العمولة ضمن الأجر فى تطبيق أحكام القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعى:

تحسب العمولة ضمن الأجر فى تطبيق أحكام القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعى، فتدخل على سبيل المثال فى حساب المعاش أو تعويض الدفعة الواحدة لأن المادة (5/ط) من القانون التى عرفت الأجر أدخلت فيه (العمولات).

366- صدور حكم نهائى بالعمولة يقيد المحكمة عند احتساب العمولة فى أى فترة لاحقة بأساس العمولة الذى انتهى إليه الحكم النهائى:

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسته 1981/12/27 فى الطعن رقم 887 لسنة 51 ق إذ قضت بأن:

"لما كانت المسألة الواحدة بعينها إذا كانت أساسية وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو

(1) وقد سبق عرض الموضوع الذى صدر بشأنه قرار التفسير على الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة فأفتت بتاريخ 1965/7/14 بأن أجر العامل أثناء الإجازة السنوية أو المرضية يحسب على الأجر الثابت فقط دون مكافأة الإنتاج.

الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق المطالب به فى الدعوى أو بانتفائه فإن هذا القضاء - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يحوز قوة الشيء المحكوم به فى تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم ويمنعهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن أى حق جزئى آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابقة الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم أنفسهم أو على انتفاؤها.. لما كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائى الصادر فى 1979/11/27 الذى اعتمد تقرير الخبير الأخير فيما حصله من أساس جديد لحجم الإنتاج الذى تحسب عنه العمولة الإضافية قولا منه بأن الإنتاج يتمثل فى إصدار وثائق تأمين على الحياة وأن محفظة الإنتاج تتكون من جملة هذه الوثائق وتعتبر كل وثيقة تصدر إنما تمثل إضافة لمحفظة الإنتاج وكل وثيقة تلغى بسبب توقف المؤمن عن السداد تشكل نقصا فى المحفظة وأنه يترتب على ذلك قياس زيادة محفظة الإنتاج التى تحسب عنها العمولة بصافى إنتاج الوثائق الجديدة مطروحا منه الوثائق الملغاة الصادرة فى سنوات سابقة. وكان هذا الأساس يخالف الأساس الذى استقر به حساب العمولة الإضافية بموجب الحكم النهائى الصادر فى القضية رقم ... وكان لا عبرة لاختلاف المدة المطالب بالعمولة عنها فى الدعويين مادام الأساس فيهما واحدا، ذلك الأساس الذى فصل فيه الحكم السابق باستحقاق المطعون ضده للعمولة الإضافية بنسبة 002% من جملة الإنتاج الزائد عن الإنتاج الافتراضى الذى تحدده الطاعنة سنويا، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد فصل فى النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى بما يستوجب نقضه".

367- لا يجوز حرمان العامل من العمولة بسبب نقل تبعية القسم الذى يعمل به :

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1981/11/29 فى الطعن رقم 663

لسنة 46ق (غير منشور) بأن:

"المناطق فى استحقاق هذه العمولة هى بمزاولة العمل الذى تقررت من أجله بغض النظر عن تبعية العامل القائم بهذا العمل لقسم معين من الناحية الإدارية بالوحدة الاقتصادية لأنها إنما تدور وجودا وعدما على أداء هذا العمل ذاته فهى منبئة الصلة بتبعية العامل لقسم بهذه الوحدة دون قسم آخر وكان البين من تقارير الخبراء المرافقة صورها الرسمية بحافظة الطاعن المودعة ملف الطعن أنه التحق بالعمل لدى الشركة المطعون ضدها بوظيفة كاتب دعاية أول بقسم الدعاية فى 1965/1/2، واعتبر مندوب

دعاية نصف الوقت وتقرر صرف نصف عمولة له ثم رقى إلى وظيفة مندوب دعاية ثان في 1965/12/5 المقرر لها عمولة كاملة فصرفت له العمولة المقررة لمندوبى الدعاية من ذلك التاريخ. وفي 1965/12/12 ألحق بإدارة التخطيط والمتابعة وهى غير مقرر للعاملين بها عمولة - إلا أن مجلس إدارة الشركة قرر في 1965/3/22 صرف العمولة إليه كاملة أسوة بمندوبى الدعاية تأسيساً على أنه لازال يقوم بعمل مهم مكمل للدعاية رغم إلحاقه بإدارة التخطيط بل قرر رئيسه المباشر أنه أهم من عمل مندوب الدعاية ذاته، كما يبين من التقارير المشار إليها أن عمل الطاعن الذى ظل ثابتاً لم يتغير طيلة منحه نصف العمولة كاملاً وحتى بعد نقله لإدارة التخطيط والمتابعة وهو تحرير النشرات عن الأدوية باللغة الإنجليزية وترجمتها إلى اللغتين العربية والفرنسية ومتابعتها فى المطابع ومراجعتها وأن القسم العلمى يرسل هذه النشرات إلى الأطباء بعد وضع اسمه عليها ويستعين بالمادة العلمية الواردة بها لكى يتمكن المندوب العلمى من القيام بعمله كما يقوم الطاعن بالربط بين عمل المستشار الفنى للشركة وقسم البحوث والرقابة بالمصنع وأنها جميعها من الأعمال اللازمة للدعاية ولها أثرها الكبير فيها، ولما كان مؤدى ما تقدم أن عمل الطاعن لم يتغير منذ بدء مزاولته له عند التحاقه بالشركة المطعون ضدها سواء فى قسم الدعاية أو بعد نقل تبعية هذا العمل إلى إدارة التخطيط والمتابعة، فلا يحق للشركة حرمانه من العمولة التى قررتها له لقاء مزاولته له أثناء عمله بذلك القسم بسبب نقله إلى مكتب الإدارة طالما أنه استمر فى القيام به بتكليف منها بعد هذا النقل وإنما يحق له الحصول عليها على ضوء مدى قيام سببها بمزاولته ذات العمل الذى تقررت أصلاً من أجله ولا يجوز لها وهى صاحب العمل التذرع بحقها فى تنظيم منشأتها لتعدل بإرادتها المنفردة من طريقة استحقاقه هذه العمولة بما يؤدى إلى منعها عنه. لما كان ذلك، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يستوجب نقضه دون ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

368- عدم استحقاق العامل العمولة إذا نقل إلى شركة لا تأخذ بنظام العمولة:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 - الذى يسرى على واقعة الدعوى - أنه لقاء العمل

الذى يقوم به العامل، أما العمولة ومنها عمولة التوزيع فهي وإن كانت من ملحقات الأجر إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الثبات والاستقرار إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى هذا العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع الفعلى فإذا قام به العامل استحق العمولة وبمقدار هذا التوزيع أما إذا لم يزاوله فلا يستحق هذه العمولة وبالتالي لا يشملها الأجر .

لما كان ذلك، وكان الثابت فى الدعوى أن الطاعن عمل ابتداء لدى الشركة المطعون ضدها الأولى وتقاضى منها بالإضافة إلى أجره عمولة توزيع متغيرة القيمة وفق نسب المبيعات لقاء قيامه بتوزيع منتجاتها وأنه نقل إلى الشركة المطعون ضدها الثانية التى لا تأخذ بنظام عمولة التوزيع ولا تصرف أية عمولات للعاملين لديها، ومن ثم فإن الطاعن يضحى بعد نقله إلى الشركة المطعون ضدها الثانية فاقد الحق فى اقتضاء عمولة توزيع، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بسبب الطعن يكون على غير أساس".

(طعن رقم 428 لسنة 48 ق جلسة 1983/1/17 - غير منشور)

369- عدم استحقاق العامل العمولة إذا نقل إلى فرع آخر لصاحب العمل لا يأخذ بنظام العمولة :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"العمولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من ملحقات الأجر إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الاستمرار والثبات إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو قيامه بذات العمل المقررة له فإذا باشره العامل استحق هذه العمولة وبمقدار ما حققه هذا العمل، أما إذا لم يباشره العامل بأن نقل منه إلى عمل آخر غير مقررة له فلا يستحقها، ولما كان من المقرر أيضا فى قضاء هذه المحكمة أن لصاحب العمل أن يكلف العامل بعمل آخر غير المتفق عليه ولا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز آخر أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك. لما كان ذلك وكان واقع الدعوى الذى سجله الحكم المطعون فيه هو أن الشركة الطاعنة كانت تمنح المطعون ضده عمولة تنظيمية بواقع 3 من الألف من

مبيعات قسم البياضات بفرع الفيوم التابع لها بجانب أجره الثابت عندما كان يشغل وظيفة رئيس هذا القسم حتى 1969/5/11 الذى نقل منه إلى وظيفة بائع أول بفرع عبد العزيز بالقاهرة ثم بفرع شبرا غير المقررة لهما هذه العمولة، وأن المطعون ضده لم ينسب إلى الطاعنة ثمة تعسف فى إجراء النقل، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 770 لسنة 45 ق جلسة 1981/11/22 - غير منشور)

370- التحقق من أن العمل الجديد الذى نقل إليه العامل مقرر له عمولة أم لا ، لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ومن حيث إن الطاعن ينعى بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه الفساد فى الاستدلال، وفى بيان ذلك يقول إن الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أقام قضاءه برفض الدعوى على ما انتهى إليه الخبير من أنه لا مجال لمساواته بسلفه لأن عقد الطاعن لم يتضمن اتفاقاً على عمولة بينما نص فى عقد سلفه على تقاضيه العمولة فوق الأجر، وهو استخلاص خاطئ لأنه كان يشغل وظيفة غير مقررة لها عمولة فلم يكن ثمة محل للنص فى عقد عمله عليها، ولكنه قد نقل إلى الوظيفة الجديدة فإنه يستحق العمولة المقررة لها بنسبة 8% إذ هى عنصر من عناصر الأجر المحدد لها بدليل أن سلفه ظل يتقاضاها من 1957/4/1 إلى 1964/9/1.

ومن حيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أنه دفاع قانونى يخالطه واقع هو تحقيق ما إذا كانت الوظيفة الجديدة مقرر لها عمولة أم لا، ولم يسبق للطاعن عرضه على محكمة الموضوع، فلا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام هذه المحكمة".

(طعن رقم 286 لسنة 42 ق - جلسة 1980/2/5 - غير منشور)

371- النسب المئوية التى تدفع إلى مستخدمى المحال التجارية :

يعتبر جزءاً لا يتجزأ من الأجر النسب المئوية التى تدفع إلى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن ما يبيعه.

فقد جرى العمل فى بعض المنشآت، لاسيما فى المحال التجارية التى تقوم ببيع السلع أو تقديم الخدمات للجمهور على إعطاء العمال مبالغ تحسب على أساس نسبة

مئوية محدودة من جملة مبيعاتهم وذلك تشجيعاً لهم على بذل كل جهودهم لحمل العملاء على الشراء. وجرى العمل على إطلاق اسم (الجلدة) على هذه المبالغ. وهذه النسبة شكل من أشكال العمالة وتعتبر جزءاً متغيراً من أجر العامل وتضاف إلى أجره الثابت.

372- العلاوات التي تصرف للعامل بسبب غلاء المعيشة :

(1) المقصود بهذه العلاوات :

يقصد بالعلاوة التي تصرف بسبب غلاء المعيشة، العلاوة التي تعطى للعامل زيادة على أجره الأصلي، لمواجهة أعباء ارتفاع الأسعار وغلاء المعيشة وهى المعروفة بعلاوة الغلاء أو بإعانة الغلاء.

والنص الصريح على اعتبار علاوة الغلاء جزءاً من الأجر يحسم ما قد يثور من شك حول طبيعتها، فليس من اليسير اعتبارها جزءاً من الأجر على ضوء المعيار فى تحديد الأجر، فعلاوة الغلاء تتفاوت بتفاوت الأعباء العائلية للعامل، ولو اقتصر الأمر على تفسير الأجر على أنه مجرد مقابل للعمل الذى يؤديه العامل، لما أمكن تبرير التفاوت فى علاوة الغلاء وفقاً لاختلاف الأعباء العائلية وكان هناك مجال للتردد فى اعتبار علاوة غلاء المعيشة جزءاً من الأجر، لهذا حسم الشارع الأمر بالنص الصريح على اعتبار علاوة الغلاء جزءاً من الأجر⁽¹⁾.

وتصرف علاوة غلاء المعيشة بناء على اتفاق الطرفين بعقد العمل الفردى أو الجماعى أو لائحة النظام الأساسى للعمل، أو إذا جرت عادة صاحب العمل على دفع هذه الإعانة بصفة مستمرة حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر. كما تصرف هذه العلاوة بناء على نص تشريعى.

وتقرير علاوة غلاء المعيشة مظهر هام من مظاهر الطابع الإنسانى أو الحيوى للأجر.

(1) إيهاب إسماعيل ص 312 - المستشار أحمد شوقى المليجى ص 67 - وعكس ذلك حسن كيره ص 422 إذ يرى أن اعتبار علاوة الغلاء جزءاً من الأجر لا يعد خروجاً من المشرع عن المدلول الدقيق لاصطلاح الأجر لأنها بمثابة تصحيح للأجر الأصلى المعطى مقابل العمل بالنظر إلى انخفاض القوة الشرائية للنقود المدفوع بها الأجر وارتفاع الأسعار.

(2) العلاوات التي تقرر بسبب غلاء المعيشة :

(راجع في هذا مؤلفنا المشار إليه ج1 ص88 وما بعدها).

373- خامسا : المنح والمكافآت التي تمنح للعامل :

تعتبر الفقرة الثالثة من المادة كل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء أمانته (المكافأة) جزاء لا يتجزأ من الأجر تحسب في تعيين القدر الجائز الحجز عليه إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل الفردية أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح عمال المصنع يعتبرونها جزاء من الأجر لا تبرعا، على أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار وقت الحجز.

ونعرض فيما يلي لأحكام المنحة والمكافأة:

374- المقصود بالمنحة :

المقصود بالمنحة La gratification هو ما يعطيه صاحب العمل للعمال زيادة على أجورهم المحددة أو المتفق عليها، سواء كان هذا العطاء نقدا أو عينا، مثل إعطاء بعض شركات الغزل والنسيج عمالها بعض الأقمشة، في مناسبات أو أوقات معينة، كالأعياد أو الزواج أو الولادة أو نهاية السنة المالية للمنشأة، وهذه المنحة ترتبط مباشرة بالكفاءة أو الأمانة في أداء العمل.

ويشترط أن تكون المنحة من مال صاحب العمل.

وبالترتيب على ما تقدم، قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان القرار المطعون فيه (قرار هيئة التحكيم) قد أقام قضاءه بتقريره حق العمال في المنحة على أنه لا خلاف بين الطرفين في قيام الشركة الطاعنة (رب العمل) بصرف المنحة بطريقة مستمرة ومنتظمة وعامة وأن التزام الشركة بعد ذلك ثابت من إقرارها، في حين جرى دفاع الشركة على أنها لا تقوم بدفع المنحة من مالها ولكن يدفعها صندوق خاص منفصل عنها في إدارته وماليته وشخصيته وأنكرت بذلك قيام الالتزام بالمنحة في ذمتها، فإن القرار المطعون فيه يكون قد تأول دفاع الشركة واستظهره على وضع من شأنه أن يفسد وجه الرأي فيه ومن ثم يكون مشوبا بالقصور والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 192 لسنة 28 ق جلسة 1962/4/25)

وبالبناء على ذلك فإنه يخرج من عداد المنح التي تعتبر صورة من صور الأجر، المنحة التي يصرفها صاحب العمل للنقابة التي تضم عماله بصفتها أصيلة لا وكيله عنهم، إذ بذلك تكون النقابة هي صاحبة الحق في الحصول عليها وليس العمال، بينما الشرط الأساسى فيما يعتبر أجرا أن يكون للعامل حق شخصى فيه وفى اقتضائه. ولا ينقض ذلك أن يشترط صاحب العمل على النقابة صرف المنحة فى الأوجه التى تعود بالنفع على أعضائها العمال، إذ لا يترتب على ذلك تغيير فى شخص المتعاقد الذى تم التعاقد على صرف المنحة له بصفة أصيلة وهو النقابة بوصفها شخصا اعتباريا مستقلا عن أشخاص أعضائها. ولذلك لا يحق لأى من العمال ولا لمجموع منهم مطالبة صاحب العمل بجزء من هذه المنحة، حتى ولو انفصلوا عن النقابة التى كانوا منضمين إليها، إذ ليس لهم قبله حق شخصى فيها يؤسسون عليه هذه المطالبة⁽¹⁾.

375- المقصود بالمكافأة:

المقصود بالمكافأة La prime هو ما يدفعه صاحب العمل للعمال زيادة على أجورهم المحددة أو المتفق عليها من مقابل نقدى أو عينى، ليس فى مناسبة معينة أو وقت معين - وإنما جزاء أمانتهم أو كفاءتهم أو ما شابه ذلك، ومثل ذلك المكافأة التى تعطى للعامل الذى يحقق تقليلا فى نفقات الإنتاج بتوفير فى استهلاك المواد الأولية، أو زيادة فى الإنتاج، أو تحسينا فى نوعه، أو تعطى له جزاء فرط ضبطه للمواعيد خاصة فى منشآت النقل، أو شدة مواظبته على العمل، أو زيادة مؤهلاته الفنية أو إتقانه لغة. والمكافأة ترتبط بسببها، وتدور مع هذا السبب وجودا وعدما، فمكافأة الإنتاج التى تعطى للعامل إذا حقق زيادة فى الإنتاج فعلا، لا تعطى له إذا لم يحقق هذه الزيادة ومن باب أولى إذا لم يباشر العمل أصلا⁽²⁾.

(1) حسن كيره ص 406.

(2) كما يسرى ذلك على المكافأة التى تمنح للعامل بسبب الاستقالة أو عند انتهاء الخدمة بصفة عامة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان البين من الأوراق وعلى ما سجله الخبير بمحاضر أعماله أن الطاعن كان قد استرشد ببعض زملائه ممن صرفت إليهم منحة نهاية الخدمة وتمسك فى صحيفة الاستئناف بأن المطعون ضدها درجت على صرفها لكل موظف تنتهى خدمته لديها حتى أصبحت =

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "وحيث إن هذا النعى مردود ذلك لما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن لم يكن يباشر العمل بالشركة فى الفترة من 1963/4/14 حتى 1963/11/16 لصدور قرار وزير المواصلات فى التاريخ الأول بإبعاده عن العمل وكانت مكافأة الإنتاج ترتبط بالعمل وجودا وعدما ولا يتقرر حق العامل فيها إلا إذا باشر العمل فعلا، فإن الطاعن لا يستحق تلك المكافأة عن الفترة المذكورة، ويكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 664 لسنة 41 ق جلسة 1976/12/18)

2- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك لأنه لما كان الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل 1959/91 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل. أما ملحقات الأجر فمنها مالا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابها فهى ملحقات غير دائمة ليست لها صفة الثبات والاستمرار ومن بينها أجر زيادة الإنتاج الذى تصرفه الشركة لبعض عمالها فوق أجورهم الأصلية والذى لا يعدو أن يكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهى زيادة الإنتاج الفعلى، فإذا باشره العامل استحق هذه المكافأة بمقدار هذه الزيادة أما إذا لم يباشره العامل أو لم يعمل أصلا فلا يستحق هذه المكافأة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا

= ملزمة بأدائها وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر فى إقامة قضائه برفض هذا الطلب على أنه لم يرد بعقد العمل أو لائحة الشركة نص يقضى بصرف هذه المنحة ودون أن يعرض لدفاع الطاعن السالف بيانه ويرد عليه رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 1137 لسنة 60 ق جلسة 1996/12/22)

2- "مكافأة نهاية الخدمة. ماهيتها. اعتبارها تبرعا من صاحب العمل. التزامه بصرفها للعامل عند انتهاء خدمته. شرطه. أن تكون مقررة فى عقد العمل أو فى اللائحة الداخلية للمنشأة أو جرى العرف على صرفها بصفة عامة ومستمرة وثابتة".

(طعن رقم 1193 لسنة 68 ق - جلسة 1999/12/2)

3- "المكافأة بسبب الاستقالة. ماهيتها. اعتبارها بحسب الأصل تبرعا من صاحب العمل. اعتبارها جزءا من الأجر. شرطه. أن تكون مقررة فى عقود العمل أو الأنظمة الأساسية للعمل أو جرى العرف بمنحها".

(طعن رقم 6488 لسنة 62 ق جلسة 2000/2/27)

النظر، وقضى بإضافة متوسط أجر زيادة الإنتاج التى كان يحصل عليها المطعون ضده عن مدة سابقة إلى أجره الشهرى، دون أن يتحقق من مقدار إنتاجه فى هذه الفترة ويحدد مقدار المكافأة المستحقة عنه وفق الأسس المنققة عليها فى هذا الخصوص، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه دون ما حاجة إلى بحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 224 لسنة 39ق - جلسة 1980/1/13 - غير منشور)

3- "وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك لأن مكافأة الإنتاج من ملحقات الأجر غير الدائمة التى ليس لها صفة الاستقرار والثبات، إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل، بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو زيادة الإنتاج على المعدلات المقررة، وبمقدار هذه الزيادة تستحق المكافأة".

(طعن رقم 1975 لسنة 49ق جلسة 1980/5/18 - غير منشور)

4- "الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل. وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابه فهى ملحقات غير دائمة وليست لها صفة الثبات والاستقرار، وكان الهدف من مكافأة زيادة الإنتاج هو دفع العامل إلى الاجتهاد فى العمل فهو لا يستحقها إلا إذا تحقق سببها وهو مباشرته للعمل وزيادة الإنتاج".

(طعن رقم 589 لسنة 53ق جلسة 1983/12/4)

5- "وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كان الأصل فى استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل وأما ملحقات الأجر فمنها ما لا يستحقه العامل إلا إذا تحققت أسبابه فهى ملحقات غير دائمة وليس لها صفة الثبات والاستقرار ومن بينها مكافأة الإنتاج التى تهدف إلى إيجاد حافز فى العمل وهى لذلك لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو زيادة الإنتاج. لما كان ذلك وكانت المساواة بين عمال صاحب العمل - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قاعدة أساسية ولو لم يجر بها نص فى القانون تفرض قواعد العدالة إعمالها إذا ما جنح صاحب العمل إلى التفرقة بين عماله فى شأن أى حق من حقوقهم".

(طعن رقم 716 لسنة 55 ق جلسة 1986/3/23)

(منشور فى قضاء النقض فى منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية الجزء

السابع ص 70 وما بعدها للأستاذ عصمت الهوارى).

والأصل فى المنحة أو المكافأة أنها تبرع، غير أنها تكون جزءا من الأجر فى حالتين. وعندئذ يكون صاحب العمل ملزما بأدائها إلى العمال ولا يخضع مقدارها لتقديره. وهذا ما نعرض له فى البنود التالية.

376- متى تعتبر المنحة أو المكافأة جزءا من الأجر؟

تعتبر المنحة أو المكافأة جزءا من الأجر فى حالتين:

الحالة الأولى:

إذا كانت المنحة أو المكافأة مقررة فى عقود العمل الفردية أو لوائح المصنع.

ولئن كان الظاهر من النص أنه يقصد المنحة أو المكافأة على عمال الصناعة وحدهم إذ أنه يتكلم عن "لوائح المصنع" و "عمال المصنع"، إلا أن القضاء لم يأخذ - بحق - بظاهر هذه الاصطلاحات وصرفها إلى المعنى الأعم (العمال) بصرف النظر عن هذا الظاهر.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الأصل فى المنحة أنها تبرع وليست لها صفة الإلزام، إلا أنه يرتفع عنها هذا الوصف وتصبح جزءا من الأجر متى التزم صاحب العمل بدفعها فى عقد العمل أو لائحة المنشأة".

(طعن رقم 438 لسنة 31 ق جلسة 1966/2/23 - طعان رقما 436، 437 لسنة 31 ق

جلسة 1966/2/16 - 438 لسنة 30 ق جلسة 1964/1/8 - طعن رقم 347 لسنة

29 ق جلسة 1963/6/12 - طعن رقم 1514 لسنة 50 ق جلسة 1986/12/15)

2- "الأصل فى المكافأة التى تصرف للعامل جزاء أمانته أو كفاءته والمنصوص

عليها فى الفقرة الثالثة من المادة 683 من القانون المدنى والمادة الثالثة من قانون العمل 91 لسنة 1959، أن تكون تبرعا من قبل رب العمل، لا يلزم بأدائها، ولا تعتبر جزءا من الأجر عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة، إلا إذا كانت مقررة فى عقود العمل أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر".

(طعن رقم 565 لسنة 35 ق جلسة 1972/3/2)

3- "إذ كانت المنحة هي مبلغ إضافي يعطى للعامل في مناسبات أو أوقات محددة وتعتبر بحسب الأصل تبرعا من صاحب العمل فلا يلتزم بصرفها إلا إذا كانت مقررة في عقود العمل أو في اللائحة الداخلية للمنشأة أو إذا جرى العرف على صرفها بصفة عامة ومستمرة وثابتة".

(طعن رقم 1137 لسنة 60 ق جلسة 1996/12/22)

4- "المنحة. ماهيتها. اعتبارها بحسب الأصل تبرعا من صاحب العمل لا يلزم بصرفها ويستقل بتحديد مقدارها. عدها من الأجر إذا التزم بها في عقد العمل أو بموجب نص في لائحة المنشأة أو جرى العمل على صرفها بصفة عامة ومستمرة وثابتة".

(طعن رقم 4186 لسنة 64 ق جلسة 1999/7/11)

(طعن رقم 2269 لسنة 54 ق جلسة 1985/4/29)

5- "المنحة. ماهيتها. التزام صاحب العمل بصرفها. شرطه. أن تكون مقررة في عقد العمل أو لائحة المنشأة أو جرى العرف على صرفها بصفة عامة ومستمرة وثابتة. النص في لائحة الشركات على استحقاق العامل منحة ترك الخدمة تحسب على أساس الأجر الشامل للشهر الأخير. وقت ترك الخدمة مقتضاه. عدم اعتبارها تبرعا خاضعا لإدارة الشركة أثره. التزامها بالوفاء به".

(طعن رقم 911 لسنة 73 ق - جلسة 2004/12/19)

وبتعيين الرجوع إلى العقد أو الأنظمة الأساسية للعمل لتحديد قيمة المنحة أو المكافأة وشروط استحقاقها ومواعيد الوفاء بها، ولا يشترط أن يحدد لها العقد قيمة ثابتة لأن هذا الثبات إنما يشترط توافره عندما يكون مصدر المنحة هو العرف الذي جرى بإعطائها لا الاتفاق.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن بمطالعة كشف بيان المنح التي أدتها الشركة لعمالها وموظفيها في السنوات الأخيرة والمقدم من الشركة.. يبين أنها دأبت من سنة 1942 حتى سنة 1952 على منح مستخدميها منحة سنوية بحد أدنى هو شهر واحد كما أنها سارت أيضا على منح عمالها منحة سنوية منذ هذا التاريخ حتى سنة 1952 فيما عدا سنتي 1946، 1951 بحد أدنى هو ثلاثة أيام".

وحيث إنه يبين من ذلك أن مبدأ منح الشركة مكافآت سنوية لموظفيها وعمالها كان

مقررًا من جانبها وإن اختلفت هذه المكافأة من ناحية القيمة فى سنة عنها من أخرى فإذا جاءت الشركة بعد ذلك وأكدت هذا الحق فى اتفاق بينها وبين الموظفين والعمال التزمت بمقتضاه أن تصرف لهم هذه المنح والمكافآت تبعا لحالتها المالية تعين عليها تنفيذ التزامها وليس لها بعد ذلك أن تتمسك بأن هذه المنحة تعتبر تبرعا من جانبها لها أن تمنحها أو تمنعها وفقا لمشيئتها وإرادتها لعدم ثبات هذه المنحة واستقرارها فى الماضى إذا أصبح الخلاف بينها وبين العمال حول صفة هذه المنحة منتها ومحكما بهذا الاتفاق الذى تم بينهما وهو قانونهما الذى يحكم العلاقة بينهما وهو اتفاق صحيح وجائز وليس فيه ما يخالف النظام العام فهو منتج لآثاره القانونية ويتعين على الشركة أن تقوم بصرف هذه المنح لموظفيها وعمالها تبعا لحالتها المالية تنفيذًا لهذا الاتفاق وبما ينبغى من أمانة وثقة بينهما وبين المتعاقد معها فإن هى تقاعدت عن الوفاء أو وفّت به متعسفة فى استعمال حقها أجبرت على التنفيذ قانونًا.

وهذا الذى أورده القرار المطعون فيه مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى كان محمولًا على أسباب سائغة كما هو الشأن فى خصوص هذا النعى. وأما نعى الطاعنة بأن التزامها بأداء المنح لو صح أنه متروك لتقديرها فإنه يكون إراديا محضا فهو مردود بأن القرار قد جعل تقديرها للمنحة مرتبطا بحالتها المالية كما أنه لا وجه لقول الطاعنة أنه يشترط فى المنحة أن تكون ثابتة فى تحديدها ذلك أن هذا الثبات إنما يشترط توافره عندما يكون مصدر المنحة العرف الذى جرى بإعطائها وإذ أولت الهيئة عبارة الصلح بأنها تنطوى على إقرار الشركة بحق المستخدمين والعمال فى المنحة على أن يكون تقديرها مرتبطا بحالة الشركة المالية إذ كان ذلك وكانت الهيئة قد قدرتها فى ضوء حالتها المالية فإنها لا تكون قد خالفت عبارة الصلح المشار إليه أو انحرفت عن مدلول عباراته.

(طعن رقم 135 لسنة 26 ق جلسة 3 يناير 1962)

الحالة الثانية: جريان العرف على المنحة:

وليس المقصود بالعرف فى هذا المجال - طبقا للرأى الراجح فى الفقه - بمعناه الاصطلاحي Coutume، الذى يتطلب لقيامه توافر ركنين: مady ومعنوى، إنما يقصد به (العادة الثابتة) فى المشروع أو المهنة. وتتوافر هذه (العادة الثابتة) إذ جرت عادة رب العمل على إعطاء عماله المنحة أو المكافأة بحيث أنها لم تعد تعتبر تبرعا تخضع لمشيئة صاحب العمل أو إرادته أو تقديره، بل أصبحت التزاما عليه الوفاء به اختيارا أو

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى توافرت عناصر العرف في صرف المنحة أصبحت حقاً مكتسباً للعمال وجزءاً من الأجر يلتزم صاحب العمل بأدائه إليهم لا يمنع من ذلك تحقق الخسارة أو انخفاض الربح بعد استقرار هذا العرف فإذا كان يبين من القرار المطعون فيه أنه ثبت لهيئة التحكيم في دفاع الشركة الطاعنة أنها ظلت تصرف المنحة باستمرار طوال عشر سنوات إلى أن أوقفت صرفها في السنة الأخيرة وأن الهيئة انتهت إلى أن العشر سنوات مدة كافية لتكوين العقيدة عند العمال لاعتبار المنحة جزءاً من الأجر، فإن القرار لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 583 لسنة 25 ق جلسة 1960/12/8)

2- "وحيث إن هذا النعي في غير محله ذلك أن الأصل في المنحة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها تبرع ولا تصبح التزاماً يضاف إلى الأجر إلا إذا كانت مقررة في عقد العمل أو في لائحة المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً، لما كان الثابت مما حصله الحكم أن الطاعنين لم يجادلوا في أن منحة الشهور الثلاثة التي يطالبون بها لم تقرر في عقد عمل محرر بين مورثهم وبين الجمعية المطعون ضدها بوصفها صاحب عمل ولم يثبت من تقرير الخبير المقدم صورة رسمية منه وفق حافظة مستندات الطاعنين أن ثمة عرفاً جرى

(1) جمال زكى ص 402 - شوقي المليجي ص 60 - لبيب شنب ص 332 - عبد الودود يحيى ص 93 وما بعدها - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 111 - وقد أوضح الدكتور جمال زكى أنه لو قصد المشرع العرف بمعناه الاصطلاحي لما أمكن سريان الحكم المذكور إذا فاته وصف العموم بأن لم يشمل الأخذ به، على الأقل أفراد مهنة واحدة - وراجع عكس ذلك حسن كيده ص 411، إذ يرى أن المقصود بالعرف بمعناه الاصطلاحي، وأن الرأي الذي يفسر العرف بالعادة إنما يخلط بين العموم والشمول رغم أن تحقق العموم لا يستلزم توافر الشمول، فالعرف يوجد مادامت السنة المتبعة عامة ولو لم تكن شاملة، وقد يجد أنصار الرأي المخالف - في رأينا - سنداً لرأيهم في عبارة "حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً" الواردة بالفقرة الثالثة من المادة وهي تفيد استلزام توافر الاعتقاد لدى العمال بأن رب العمل يلتزم بصرف المنحة، وهذا هو الركن المعنوي للعرف" لبيب شنب ص 332.

على صرفها لجميع العاملين، وكان ما أثبتته الخير فى تقريره فى هذا الخصوص نقلا على لسان ممثل الجمعية المطعون ضدها أنها صرفت تلك المنحة لجميع العاملين سنة 1961 وهو ما لا يثبت جريان عرف بصرفها فإن الحكم إذ انتهى فى قضائه إلى رفض طلب مورث الطاعنين لها لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو خالف الثابت فى الأوراق ويكون النعى عليه بهذا السبب منطويا على جدل موضوعى لا يقبل إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1514 لسنة 50 ق جلسة 1986/12/15)

377- عدم اعتبار المنحة والمكافأة جزءا من الأجر إذا نص النظام الأساسى للعمل على ذلك :

إذا نص النظام الأساسى للعمل على أن المنحة أو المكافأة لا تعتبر ضمن الأجر، فإن هذا النص يؤكد تمسك صاحب العمل بالإبقاء عليها بوصفها تبرعا لا التزاما ومن شأنه أن ينفى جريان العرف بها، ويتعين اعتبارها تبرعا وليس التزاما⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل فى المنحة أنها تبرع ولا تصبح التزاما يضاف إلى الأجر إلا إذا كانت مقررة فى عقد العمل أو لائحة المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر. ومتى كانت لائحة الشركة قد نصت على أنها لا تدخل ضمن الأجر فإن هذا النص يؤكد تمسك الشركة بالإبقاء عليها بوصفها تبرعا لا التزاما ومن شأنه أن ينفى جريان العرف بها".

(طعن رقم 438 لسنة 30 ق 8 يناير 1964)

(1) عكس ذلك جمال زكى ص 405 هامش 38 وما بعدها، فيذهب إلى أن تكليف التصرف يحدده القانون لا إرادة أحد طرفيه أو كليهما، وقد أضفى القانون بنصوص صريحة على المنحة تكليف الأجر إذا (جرى العرف بمنحها) فلا يستطيع صاحب العمل أن يخلع عن المنحة هذا التكليف متى توافرت له طبقا للقانون وشروطه وأنه لا حاجة بعد ذلك للقول بأن النص المشار إليه فى لائحة الشركة الذى ينكر تكليف الأجر على بعض عناصره يقع باطلا لمخالفته لنص أمر هو المادة 3/3 من قانون العمل رقم 136 لسنة 1981 (م/6، 1، 2 من القانون رقم 91 لسنة 1959)، إذ يكفى لإهمال النص الوارد بلائحة الشركة أن يكون القانون لا الإرادة مرجع تكليف التصرف.

2- "الأصل في المنحة أنها تبرع ولا تصبح التزاما يضاف إلى الأجر إلا إذا كانت مقررّة في عقد العمل أو لائحة المصنّع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا، وإذ نصت لائحة الشركة على أنها لا تدخل ضمن الأجر فإن هذا النص يؤكد تمسك الشركة بالإبقاء عليها بوصفها تبرعا لا التزاما كما ينفي جريان العرف بها".

(طعن رقم 399 لسنة 42 ق جلسة 1979/3/17 - ذات المبدأ طعن رقم 594 لسنة 50 جلسة 1981/6/7 غير منشور)

378- الشروط الواجب توافرها في المنحة أو المكافأة التي يجرى العرف على اعتبارها جزءا من الأجر:

(أ) - عمومية المنحة أو المكافأة:

يشترط في المنحة أو المكافأة أن تكون عامة. وليس المقصود بعمومية المنحة ضرورة شمولها للمهنة كلها وإنما يكفي أن تصرف المنحة أو المكافأة لكافة العاملين في المنشأة، أو أن تصرف لفئة أو فئات معينة من العمال، كأن تصرف لطائفة العمال المشتغلين في فرع الإنتاج أو لطائفة العمال المتصل عملهم بالجمهور مباشرة، أو لطائفة العمال دون الموظفين⁽¹⁾.

كذلك يتوافر شرط العمومية بالنسبة للمكافأة إذا كانت تعطى لكل عامل لم يتأخر عن موعد بدء العمل مطلقا خلال السنة السابقة أو حقق وفرا في استخدام الوقود بلغ قدرا معيناً⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أنه لا يخل بشرط العمومية وضع قواعد منظمة للحرمان من المنحة، كالنص في لائحة النظام الأساسي للعمل في المنشأة على حرمان العامل من المنحة إذا توقع عليه عدد معين من الجزاءات⁽³⁾.

(1) حسن كيره ص 411 وما بعدها - لبيب شنب ص 334 وما بعدها - محمد عمران ص 287 وما بعدها.

(2) لبيب شنب ص 325.

(3) وعكس ذلك حلمى مراد ص 315 - حسن كيره ص 412 هامش (1) إذ يرى أنه لا يجوز النص

ويبدو أن هذا الرأى يتفق مع اتجاه محكمة النقض التى أجازت النص فى لائحة النظام الأساسى للمنشأة على عدم اعتبار المنحة جزءا من الأجر أصلا. (راجع الحكمين المنشورين بالبند السابق).

إنما يتخلف شرط عمومية المنحة إذا كان لصاحب العمل حرمان من يشاء من عمال المشروع أو من عمال الطائفة المقررة لها المنحة.

(ب) - استمرار المنحة أو المكافأة:

يجب أن تكون المنحة أو المكافأة مستمرة، ويقصد بذلك أن يطرد دفعها إلى العمال مدة كافية لإثبات أن أمرها لم يعد فى يد رب العمل إن شاء أعطاها وإن شاء منعها، إنما أصبح ملزما بدفعها إلى عماله⁽¹⁾.

ولم يحدد القانون المدة الزمنية الكافية للقول باستمرار المنحة أو المكافأة. ومن ثم فإن القاضى هو الذى يستقل بتحديد هذه المدة على ضوء ظروف وملابسات الحال. وقد جرت هيئات التحكيم على تحديد هذه المدة بخمس سنوات متتالية على الأقل⁽²⁾.

(هيئة تحكيم القاهرة 1955/4/24 النزاع رقم 189 لسنة 1954 - مدونة الفكهانى ج1/1 ص540 وما بعدها - تحكيم المنصورة فى 1956/6/7 النزاع رقم 10 لسنة 1955 المرجع السابق ص560 وما بعدها - هيئة تحكيم الاسكندرية 1962/3/27 النزاع رقم 5 لسنة 1961 موسوعة الهوارى ج2 قاعدة رقم 210)⁽³⁾.

على هذا الحرمان فى لائحة النظام الأساسى للعمل لأن الفرض هنا أن المنحة قد تقررت بالعرف، فلا تملك لائحة العمل - وهى صادرة عن إرادة صاحب العمل المنفردة - تعديل المستقر من العرف فى هذا الشأن، بل لا يجوز ذلك حتى لو كانت المنحة مقررة أصلا بمقتضى اللائحة لكل عمال المشروع أو لكل عمال طائفة منهم إذ لا يصح تعديل اللائحة بعد ذلك بما يتضمن الحرمان من هذه المنحة فى أحوال معينة لأن صاحب العمل إذا كان يملك تعديل اللائحة فهو مقيد بألا يمس بتلك الحقوق المكتسبة للعمال.

(1) لبيب شنب ص336 - عمران ص288 وما بعدها.

(2) ويتطلب القضاء الفرنسى مدة أطول، ففى بعض القضايا اعتبر أن مدة 7 سنوات غير كافية لتكوين هذا الاستمرار.

(3) وقد رفضت بعض هيئات التحكيم اعتبار مدة أربع سنوات كافية لتكوين العرف الذى يجعل

وقد أيدت محكمة النقض ما ذهب إليه هيئات التحكم من اعتبار مدة خمس سنوات كافية لتوافر شروط الاستمرار .

فقد ذهبت بتاريخ 1982/3/21 فى الطعن رقم 221 لسنة 46 ق (غير منشور) إلى أن :

"وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك لأنه وإن كانت العمولة تعد من ملحقات الأجر وقد جرى تعريفها - كأصل عام - على أنها لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل ولا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها، والمناطق فى استحقاق هذه العمولة هو بمزاولة العمل الذى تقررت من أجله لأنها إنما تدور وجودا وعدما مع أداء هذا العمل ذاته، وكان البين مما قرره الحكم فى الدعوى رقم 6045 سنة 1969 عمال كلى شمال القاهرة والذى أصبح نهائيا بتأييده فى الاستئناف رقم 315 سنة 88 ق القاهرة من أنه "وإذ كان الثابت من تقرير الخبير وما قدم من مستندات أن المدعى.. كان يتقاضى بالإضافة إلى راتبه عمولة ... ثم صارت مبالغ العمولة 1000 جنيه سنويا بصفة مستمرة وثابتة ومنظمة وقد تقاضاها على هذا الأساس منذ سنة 1961 حتى تاريخ إيقاف صرفها إليه فى 1961/12/29 وهو التاريخ الذى تم استدعاؤه فيه إلى المؤسسة لما كان ذلك، فإن المدعى يغدو على حق فى مطالبته بالعمولة التى كان يتقاضاها واعتبارها جزءا لا يتجزأ من أجره الاتفاقى وليس بذى بال بعد ذلك أن يكون ثمة قرار قد صدر من المؤسسة التى يمثلها المدعى عليه بصفته (المطعون ضدها الثانية) لاستدعائه للتحقيق وإبقائه بالإدارة القانونية لتلك المؤسسة منذ يوم 1966/12/29 حتى الآن إذ أن هذا الإجراء لا يعدو فى القانون مسوغا لامتناع الشركة التى يعمل بها عن إعطائه مستحقاته ولا يبيح لها التنصل من الآثار القانونية التى يربتها عقد العمل المبرم بينهما.. ويتعين إجابته إلى طلباته"، ولازم ذلك هو التقيد بما قضى به الحكم النهائى من اعتبار العمولة بواقع 1000 جنيه سنويا جزءا من الأجر بعد أن استبان له دوامها وثباتها واستقرارها مدة تزيد على خمس سنوات قبل تاريخ وقف صرفها له منذ

1966/12/29 حتى تاريخ الحكم في 1970/2/17 بحجة إبقائه بالإدارة القانونية بالمؤسسة خلال تلك المدة في غير العمل الذي تقرره له هذه العمولة وتبقى لهذا الحكم حجتيه المانعة من المجادلة حول تحديد أجر الطاعن في الشركة المنقول منها لقاء عمله. ولا يغير من ذلك كما قرر الحكم نقله أو إبقاؤه في أى عمل آخر بتلك الشركة خلاف ذلك الذي تقرر له العمولة ابتداء طالما استقرت ودامت وأصبحت بعد ذلك الحكم لا تعد من قبيل ملحقات الأجر غير الدائمة أو غير الثابتة أو التي تنقيد وجودا وعدمها بسببها، ومن ثم فلم يكن للشركة المنقول منها الطاعن (المطعون ضدها الثانية) أن تتفرد بإلغائها على نحو يؤدي إلى تخفيض أجر الطاعن وذلك إعمالا لأحكام المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 التي تنص على أنه "يقصد بالأجر في تطبيق أحكام هذا القانون كل ما يعطى للعامل لقاء عمله مهما كان نوعه مضافا إليه جميع العلاوات أيا كان نوعها وعلى الأخص 2000- كل منحة تعطى للعامل علاوة على الأجر وما يصرف له جزاء أمانته أو كفايته وما شابه ذلك إذا كانت هذه المبالغ مقرررة في عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة السياسية للعمل أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا... الخ".

(أنظر أيضا نقض طعن رقم 386 لسنة 23 ق جلسة 1960/2/11 المنشور

بالبند التالي).

(ج) - ثبات المنحة أو المكافأة:

يقصد بثبات المنحة أو المكافأة، أن تكون قيمة المنحة أو المكافأة محددة بطريقة ثابتة لا تتغير إذ أن ذلك يؤدي إلى القول بانتفاء سلطة رب العمل التقديرية بشأنها، ومثل ذلك أن تحدد المنحة بمائة جنيه كل سنة أو بأجر نصف شهر. بل قيل بأن المنحة تعتبر ثابتة ولو كانت محددة بنسبة معينة من الأرباح عن كل سنة، إنما يشترط أن تكون هذه المنحة أو المكافأة مقدرة وفقا لاعتبارات موضوعية بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية.

أما إذا كانت قيمة المنحة أو المكافأة تتأرجح بين الزيادة والنقصان بطريقة لا يمكن معها القول بأنها خرجت عن سلطة رب العمل التقديرية فإنها لا تعدو أن تكون في هذه الحالة تبرعا⁽¹⁾.

ولا يقتضى ثبات المنحة أو المكافأة جمود قيمتها دون طرؤ أى تعديل عليها، وإنما يكفي لثباتها عدم الانقراض من قيمتها، سواء كان هذا الانقراض عابرا أو مستمرا⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إنه يبين من القرار المطعون فيه أنه أقيم على "أن الثابت مما قرره العمال أنفسهم أن المنح التى كانت الشركة تصرفها لم تكن ثابتة وقد تذبذبت من ستة شهور إلى شهرين نزولا بين سنة 1942، سنة 1948"، وإذن فلا أساس للقول من النقابة فى الوقت ذاته بأن المنحة كانت لها صفة الأجر لعموميتها واطراد صرفها وثباتها".

(طعن رقم 383 لسنة 23 ق جلسة 1957/4/18)

2- "إذا كانت هيئة التحكيم استخلصت من تراوح المكافأة التى صرفتها الشركة لعمالها نهاية كل عام خلال السنوات من 1946 إلى 1951 بين أجر شهر واحد وأجر ثلاثة شهور أن صرف المكافأة لهم على أساس مرتب شهرين فى نهاية كل عام لم يجزبه العرف، فإن تقريرها أن مكافأة نهاية العام بالقدر الذى يطلبه العمال ليست جزءا من المرتب يعد تقريراً سائغا لا مخالفة فيه للقانون، وليس فى هذا الذى انتهت إليه تعارض

(1) محمد عمران ص 289.

(2) سعيد حبيب ص 114 - مغاوى شاهين ومنير عبد المجيد التنظيم القانونى لعلاقات العمل بالقطاع العام 1967 ص 261.

مع تقريرها حق العمال في صرف أجر نصف شهر في كل عيد لاستنادها في هذا الخصوص إلى أن الشركة كانت تصرف مكافأة العيد باطراد وباستمرار وبمقدار ثابت أجر نصف شهر لكل عيد".

(طعن رقم 386 لسنة 23 ق - جلسة 1960/2/11)

3- "لما كان ذلك، وكان المنحة التي تعطى للعامل علاوة على الأجر - وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة 683 من القانون المدني والفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 - لا تعتبر جزءا من الأجر إلا إذا كانت مقررّة في عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمال أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من أجورهم لا تبرعا، ويتوافر العرف في هذا الخصوص إذا جرى صاحب العمل على إعطاء عماله المنحة بحيث أنها لم تعد تعتبر تبرعا خاضعا لإرادته بل أصبحت التزاما عليه الوفاء به اختيارا أو إجبارا، ويستلزم ذلك توافر عموميتها بكونها لا تخص عاملا بالذات واستمرارها بدوام دفعها مدة كافية تؤكد أنها ليست معلقة على مشيئة صاحب العمل وثبات قيمتها خلال هذه المدة، ولما كان البين من الأوراق أن الطاعنين تقاضوا عن عام 1965 منحة قررها صاحب المصنع محل النزاع باسم منحة إنتاج استثنائية تعادل مرتب شهر نتيجة زيادة أرباحه فيه عن تلك المحققة في السنة السابقة عليه وتقاضوا عن عام 1966 منحة إنتاج قدرت بذات القيمة من مندوب الحارس العام على ذات المصنع الذي لم يبين أساس صرفها كما تقرر منحهم عن عام 1967 منحة إنتاج تعادل 5/12 من حسابات المصنع عن المنحة الاستثنائية الأولى.

لما كان ما تقدم، فإن المنحة موضوع التداعى تكون - وهى بهذا الوصف على مدى فترة منحها المشار إليها - قد افترقت الاستمرار والثبات وهما من المقومات اللازمة لاعتبارها جزءا من الأجر وليست تبرعا فلا يحق للطاعنين طلب ضمها إلى أجورهم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون ... الخ".

(طعن رقم 77 لسنة 44 ق جلسة 1981/3/15 - لم ينشر)

غير أنه إذا تعهد صاحب العمل بصرف المنحة أو المكافأة على الأساس المنتقص

فحينئذ يلزم بالمنحة بمقتضى هذا التعهد لا بمقتضى العرف⁽¹⁾.

ولذلك لا يعتبر شرط الثبات متخلفاً إذا طرأت زيادة على قيمة المنحة أو المكافأة، لأنه إذا كانت هذه الزيادة عابرة فالمنحة أو المكافأة فى قيمتها الأصلية ثابتة وملزمة، أما الزيادة فتكون مجرد تبرع. أما إذا طرأت الزيادة واستمرت المدة الكافية فحينئذ تكون قيمة المنحة أو المكافأة قد زيدت زيادة ملزمة لصاحب العمل.

أما إذا تذبذبت قيمة المنحة أو المكافأة بين الزيادة والنقصان، فإن شرط الثبات يضحى متخلفاً، إذ مفاد ذلك أنه لم يتكون بعد العرف الذى يلزم صاحب العمل بالمنحة أو المكافأة وأنه ما يزال حراً فى تحديد قيمتها. ولكن إذا أتيح لقيمة المنحة بعد فترة التذبذب هذه أن تثبت على نحو معين وأن يستمر هذا الثبات المدة الكافية، فحينئذ يتحقق شرط الثبات المطلوب ويمكن القول بقيام عرف بالمنحة بهذه القيمة الثابتة⁽²⁾.

وفى هذه قضت محكمة النقض بتاريخ 11/2/1960 فى الطعن رقم 386 لسنة 23 ق بأن:

"وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه يبين من القرار المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض طلب مستخدمى شركة النيل للمنسوجات أحقيتهم فى صرف مرتب شهرين كمكافأة فى نهاية كل عام على ما جاء به من "أن البيان الوارد بمذكرة الشركة وميزانياتها يدل على أن المكافآت التى كانت تصرف فى نهاية السنة لم تكن محددة المقدار، فبدأت

(1) وفى هذا ذهبت محكمة النقض بتاريخ 18/4/1975 فى الطعن رقم 283 لسنة 23 ق سالفه الذكر، بعد أن نفت توافر العرف بسبب عدم ثبات المنحة نتيجة الإنقاص المستمر فى قيمتها بأن "وأما عن تعهد الشركة عن سنة 1948، بأن يكون صرف المنحة فى المستقبل على اطراد بواقع شهرين على الأقل كل سنة، فقد ورد فى مذكرة النقابة نفسها أن العمال احتجوا على إنقاص المنح مما يدل على أن هذا التعهد إنما نشأ عن هذا الاحتجاج وعامل الرغبة من جانب الشركة لدفع آثاره مما قد يضر بمصالحها، ولما كان مفاد هذا الذى أثبتته القرار المطعون فيه أن هناك منحة اعتبرتها الشركة ثابتة وتعهدت بصرفها باستمرار وعلى اطراد، وهذه المنحة هى ما يوازى مرتب شهرين سنوياً.. وكان القرار المطعون فيه قد رفض المطلب.. الخاص بصرف المنحة بما يعادل مرتب شهرين عن كل سنة، فإنه يكون قد خالف القانون".

(2) كيره ص 414 - محمد عمران ص 289 وما بعدها - وفى هذا المعنى عبد الودود يحيى ص 195.

بشهر في سنة 1946، ثم ثلاثة أشهر سنة 1947 ثم شهرين في سنتي 1948، 1949 ثم ثلاثة أشهر سنة 1950 ثم شهر سنة 1951، مما يدل على أن الشركة لم تكن تصرفها بانتظام حتى يصبح ما ادعاه العمال من أنها أصبحت جزءا من المرتب يدخل في نطاق المادة 3/683 من القانون المدني "ولما كانت هيئة التحكيم قد استخلصت من ذلك أن صرف المكافأة لمستخدمي الشركة على أساس مرتب شهرين في نهاية كل عام لم يجز به العرف، إذ تراوحت المكافأة خلال السنوات من 1946 إلى 1951 بين أجر شهر واحد وأجر ثلاثة شهور كل عام، لما كان ذلك فإن تقرير هيئة التحكيم بأن مكافأة نهاية العام بالقدر الذي تطلبه الطاعنة ليست جزءا من المرتب يعد تقريراً سائعا لا مخالفة فيه للقانون. وليس في هذا الذي انتهى إليه القرار المطعون فيه تعارض مع ما قرره بشأن مكافأة عيدي الفطر والأضحى من تقرير حق مستخدمي الشركة في صرف أجر نصف شهر في كل عيد، وذلك لاستناده في هذا الخصوص إلى أن الشركة كانت تصرف مكافأة العيدين باضطراد وباستمرار وبمقدار ثابت منذ عام 1946 حتى عام 1951 وهو أجر نصف شهر كل عيد.

وحيث إنه لما تقدم يكون الطعن على غير أساس ويتعين رفضه".

379- إثبات العادة:

إذا ادعى العامل وجود عرف (عادة) بإعطاء المنحة أو المكافأة كان عليه وفق المادة الأولى من قانون الإثبات عبء إثبات هذه العادة، وإثبات الشروط اللازمة لتوافرها. ويعتبر قيام العادة أو عدم قيامها مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض، طالما كان استخلاصه لقيام العادة أو عدم قيامها سائعا ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان الحكم إذ اعتبر المنحة السنوية جزءا من أجر العامل وأجرى احتساب مكافآته على هذا الأساس قد استند إلى ما استخلصه من شهادة الشهود وما ثبت من هذه الشهادة من أن رب العمل اعتاد لعدة سنوات صرف المنحة لعماله جميعا بصفة عامة وعلى أساس نسبة معينة من مرتباتهم وأن هذا الاعتياد أنشأ عرفا خرج بهذه المنحة من اعتبارها تبرعا إلى جعلها إلزاما يضاف إلى أجر العامل الأصلي ويعتبر مكملا له، ولم يدع رب العمل أمام قضاء الموضوع أنه توقف عن إعطاء عماله المنحة السنوية أو أنه

أنقص من قدرها الذى جرى على احتسابه سنويا على أساس نسبة معينة من مرتباتهم كما أنه لم يوجه أى مطعن فيما اعتبره الحكم عرفا فإن استخلاص محكمة الموضوع فى هذا الصدد هو مما يدخل فى حدود سلطتها الموضوعية التى هى بمنأى عن رقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا ويؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فى خصوصه".

(طعن رقم 259 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/28)

2- "متى كان المحكمة قد وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لاقتناعها بالرأى الذى انتهت إليه فى شأن المكافأة من أن العرف لم يجر فى الشركة إلا على صرف مكافأة تعادل مرتب شهرين سنويا دون حاجة إلى إجابة الطاعن - العامل - إلى طلبه بندب خبير لتحقيق قيام عرف مخالف على النحو الذى أثاره فى دفاعه فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس".

(طعن رقم 565 لسنة 35 ق جلسة 1972/2/2)

3- "التحقق من توافر شرائط العرف متروك لقاضى الموضوع وإذ تحقق الحكم المطعون فيه من عدم توافر شرط الاستمرار فى أداء المنح حتى استقرت عرفا وأصبحت جزءا لا يتجزأ من الأجر عملا بأحكام الفقرة الثالثة من كل من المادتين 683 من القانون المدنى والثالثة من القانون رقم 91 لسنة 1959 وذلك بأسباب سائغة مستمدة من تقرير الخبير وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 399 لسنة 42 ق جلسة 1979/3/17)

380- (هـ) المكافأة تدور وجودا وعدما مع سبب استحقاقها :

المكافأة تدور وجودا وعدما مع سبب استحقاقها فإذا كانت تمنح فى حالة زيادة الإنتاج فإن العامل لا يستحقها إلا فى حالة زيادة الإنتاج بالفعل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1980/6/7 في الطعن رقم 913 لسنة 45 ق بأن:

"وكان الحق في تقاضى مكافأة الإنتاج - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يدور وجودا وعدما مع أداء العمل الذى يحقق زيادة فى الإنتاج عن ذلك المعدل، فإذا نقل العامل من العمل الذى تستحق هذه المكافأة بسببه امتنع عليه المطالبة بمتوسط ما كان يتقاضاه منها قبل هذا النقل، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بأحقية العامل فى حساب أجره بما يتضمن متوسط ما كان يتقاضاه فى السنة الأخيرة من مكافأة بعد نقله من العمل الذى كانت تستحق هذه المكافأة بسببه فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

381- لا يجوز لرب العمل إلغاء المنحة أو المكافأة بإرادته المنفردة:

إذا توافرت الشروط اللازمة لجريان العرف على المنحة أو المكافأة، فإن صاحب العمل يضحى ملزماً بأدائها إلى عماله. ولا يجوز له إلغاؤها بإرادته المنفردة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1981/11/28 في الطعن رقم 792 لسنة 50 ق (غير منشور) بأن:

"المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 تنص على أنه: "يقصد بالأجر فى تطبيق أحكام هذا القانون كل ما يعطى للعامل لقاء عمله مهما كان نوعه مضافا إليه جميع العلاوات أيا كان نوعها وعلى الأخص ما يأتي: كل منحة تعطى للعامل علاوة على الأجر وما يصرف له جزاء أمانته أو كفاءته، وما شابه ذلك إذا كانت هذه المبالغ مقررة فى عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمال أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا. وإذا كان ما أثبتته الحكم المطعون فيه فى مدوناته ورتب عليه قضاءه إنما تتحقق به عناصر العمومية والاستمرار والثبات المكونة للعرف فى شأن منح النسبة موضوع النزاع فيكون العرف قد جرى بمنحها للعمال حتى أصبحوا يعتبرونها جزءا لا يتجزأ من الأجر لا تبرعا ومن ثم لا يحق لرب العمل إلغاؤها بإرادته المنفردة ... الخ".

(ذات المبدأ الطعن رقم 77 لسنة 44 ق جلسة 1981/3/15 - غير منشور)

382- لا يجوز لرب العمل إلغاء المنحة أو المكافأة إذا كانت المنشأة لم تحقق

ربحا أو منيت بخسارة أو أشهر إفلاس رب العمل :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى توافرت عناصر العرف فى صرف المنحة أصبحت حقا مكتسبا للعمال وجزءا من الأجر يلتزم صاحب العمل بأدائه إليهم لا يمنع من ذلك تحقق الخسارة أو انخفاض الربح .. الخ".

(طعن رقم 583 لسنة 25 ق جلسة 1960/12/8)

383- آثار اعتبار المنحة أو المكافأة جزءا من الأجر :

يترتب على اعتبار المنحة أو المكافأة جزءا من الأجر عدة نتائج منها:

1- التزام صاحب العمل بالوفاء بالمنحة أو المكافأة عند تحقق شروطها فى الوقت المعين لأدائها، فلا يكون الوفاء بها متروكا لتقديره.

وإذا ترك العامل العمل قبل حلول موعد صرف المنحة أو المكافأة، فإن حقه فيها لا يسقط، بل يستحق جزءا منها يقدر بنسبة المدة التى قضاها فى خدمة رب العمل من السنة الأخيرة التى تستحق عنها المنحة أو المكافأة⁽¹⁾.

2- احتساب المنحة أو المكافأة ضمن الأجر، عند احتساب الحد الأدنى للأجر⁽²⁾.

3- احتساب المنحة أو المكافأة ضمن الأجر الذى يحسب على أساسه التعويض عن عدم مراعاة مهلة الإخطار، وعن التعسف فى إنهاء العقد ذى المدة غير المحددة، أو نقض العقد ذى المدة المحددة قبل حلول أجله، إذا صدر الإنهاء فى الحالتين من صاحب العمل.

(1) لبيب شنب ص 338 - إيهاب إسماعيل ص 322 - القاهرة الابتدائية الدعوى 492 لسنة

1955 فى 1955/5/2 مدونة الفكهانى 1/1 ص 561 - الدعوى 1803 لسنة 1955 فى

1956/4/23 المرجع السابق ص 562.

(2) جمال زكى ص 408 وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 18/12/1976 فى الطعن رقم 664 لسنة 41ق بأن:

"... وكان ضم هذه المنحة إلى أجر الطاعن وإن كان لا يغير من مقابل الإجازة الذى استحق له لأن الأجر الذى يحسب على أساسه هذا المقابل هو الأجر الثابت الذى يتقاضاه دون اعتبار لما قد يكون له من ملحقات إلا أنه يرتب زيادة بدل مهلة الإنذار المقضى له به كما أن الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به الخ".

4- احتساب المنحة أو المكافأة ضمن الأجر الذى تحسب على أساسه مكافأة نهاية الخدمة أو المعاش.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الحكم قد اعتبر المنحة السنوية التى تمنح للعامل جزءا من الأجر وقدر مكافأته على هذا الأساس وفقا لقانون عقد العمل الفردى رقم 41 لسنة 1944 فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون....".

(طعن رقم 259 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/28)

2- "متى كان الحكم إذ اعتبر المنحة السنوية جزءا من أجر العامل وأجرى احتساب مكافأته على هذا الأساس قد استند إلى ما استخلصه من شهادة الشهود.. فإن استخلاص محكمة الموضوع فى هذا الصدد هو مما يدخل فى حدود سلطتها الموضوعية التى هى بمنأى عن رقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا ويؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فى خصوصه".

(طعن رقم 259 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/28)

5- احتساب المنحة أو المكافأة عند تحديد الزيادة فى الأجر عن ساعات العمل الإضافية، وفى تعيين مقابل الأجر خلال الإجازة السنوية، إلا إذا كانت المنحة أو المكافأة سنوية، لأنها تمنح - عندئذ - عن السنة كاملة، ومنها مدة الإجازة، وتؤدى إضافتها إلى الأجر لحساب مقابل الإجازة إلى حصول العامل عليها مرتين⁽¹⁾.

إلا أن محكمة النقض خالفت هذا النظر، وقضت بتاريخ 1976/12/28 فى الطعن رقم 664 لسنة 41ق بأن ضم المنحة إلى أجر العامل لا يغير من مقابل الإجازة الذى

استحق له لأن الأجر الذى يحسب على أساسه المقابل هو الأجر الثابت وحده دون ملحقاته.

ثم خرج المشرع على هذا الأثر من آثار اعتبار المنح والمكافآت الجماعية جزءا من الأجر، فى القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعى، إذ استبعدت المادة (5/ط) من عناصر الأجر المنح والمكافآت التشجيعية وبالترتيب على ذلك فإنه طبقا لهذا القانون لا تدخل المنحة أو المكافأة التشجيعية فى تحديد الأجر الذى يحسب على أساسه المعاش أو تعويض الدفعة الواحدة.

384- ما يصرف للعامل مقابل زيادة أعبائه العائلية وما شابه ذلك :

ما يصرف للعامل مقابل زيادة أعبائه العائلية هو ما يعبر عنه بالعلوة الاجتماعية، فهى زيادة فى أجر العامل تعطى له مقابل زيادة أعبائه العائلية، كالزواج أو إنجاب الأولاد.

وتعد العلوة الاجتماعية مظهر هام من مظاهر الطابع الإنسانى أو الحيوى للأجر. وتعتبر العلوة الاجتماعية جزءا لا يتجزأ من الأجر تحسب فى القدر الجائز الحجز عليه، وذلك إذا كانت هذه العلوة مقررة فى عقود العمل الفردية أو لوائح المصنع - بالمفهوم الذى ذكرناه سلفا - أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح عمال المصنع يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا، على أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز.

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى ما ذكرناه بالنسبة للمنحة والمكافأة.

385- الحكم فى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 :

تنص المادة الأولى (ج) على أن الأجر: كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله، ثابتا كان أو متغيرا، نقدا أو عينا.

ويعتبر أجرا على الأخص ما يلى :

- 1- العمولة التى تدخل فى إطار علاقة العمل.
- 2- النسبة المئوية، وهى ما قد يدفع للعامل مقابل ما يقوم بإنتاجه أو بيعه أو تحصيله طوال قيامه بالعمل المقرر له هذه النسبة.
- 3- العلاوات أيا كان سبب استحقاقها أو نوعها.

- 4- المزايا العينية التى يلتزم بها صاحب العمل دون أن تستلزمها مقتضيات العمل.
- 5- المنح: وهى ما يعطى للعامل علاوة على أجره وما يصرف له جزاء أمانته أو كفائته متى كانت هذه المنح مقررة فى عقود العمل الفردية أو الجماعية أو فى الأنظمة الأساسية للعمل، وكذلك ما جرت العادة بمنحه متى توافرت لها صفات العمومية والدوام والثبات.
- 6- البذل: وهو ما يعطى للعامل لقاء ظروف أو مخاطر معينة يتعرض لها فى أداء عمله.
- 7- نصيب العامل فى الأرباح.
- 8- الوهبة ... إلخ".
- (راجع فى التفصيل مؤلفنا المشار إليه المجلد الأول).



مادة (684)

- 1- لا يلحق بالأجر ما يعطى على سبيل الوهبة إلا فى الصناعة أو التجارة التى جرى فيها العرف بدفع وهبة تكون لها قواعد تسمح بضبطها.
- 2- وتعتبر الوهبة جزءا من الأجر، إذا كان ما يدفعه منها العملاء إلى مستخدمى المتجر الواحد يجمع فى صندوق مشترك ليقوم رب العمل بعد ذلك بتوزيعه على هؤلاء المستخدمين بنفسه أو تحت إشرافه.
- 3- ويجوز فى بعض الصناعات كصناعة الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب، ألا يكون للعامل أجر سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام.

الشرح

الوهبة:

386- المقصود بالوهبة:

يقصد بالوهبة Le pourboire أو البقشيش كما يسمى فى اللغة الدارجة، ما يحصل عليه عمال بعض المنشآت من عملاء صاحب العمل، من مال بمناسبة عمل يؤدونه بمقتضى عقد العمل.

والوهبة قد تكون نقودا - وهذا هو الغالب - كالمبلغ الذى يدفعه المستأجر فى أول كل شهر إلى بواب المنزل أو المبالغ التى يدفعها رواد المقاهى أو النوادى إلى الجرسون. وقد تكون الوهبة عينية، كما هو الحال بالنسبة لعمال المطاحن حيث يأخذ عمال المطحن على سبيل الوهبة حفنة من الغلال من كل مقطف حبوب.

فغناصر الوهبة ثلاثة: انتفاء العلاقة العقدية بين العامل والعميل، وحدوث اتصال بينهما، وأن يكون هذا الاتصال بمناسبة العمل.

387- الأصل فى الوهبة أنها تبرعية:

الأصل فى الوهبة أنها تبرعية فالذى يقوم بأدائها هو العميل معبرا بذلك عن رضائه عن الخدمات التى يؤديها له العامل وإذا كان الأصل فى الوهبة أنها تبرعية فإنه لا يمكن تبعا لذلك إلحاقها بالأجر وبالتالي فهى لا تأخذ حكمه، إلا أن شيوع منح الوهبة فى

بعض الأعمال كما في الفنادق والمطاعم أدى في الواقع إلى أن أصبح من العسير على العملاء في هذا النوع من أنواع الأعمال الامتناع عن دفع الوهبة⁽¹⁾. بل أكثر من ذلك فإن قيمة الوهبة أصبحت تضاف إلى قائمة الحساب وجرت عادة العمال على المطالبة بها إذا لم يتم العمل بأدائها، وترتب على ذلك بطبيعة الحال أن تغيرت النظرة إلى الوهبة، وأصبحت حصيلة الوهبة التي يحصل عليها العامل من العملاء تدخل في تقدير رب العمل عند تقديره لأجره، بل أصبح العامل في بعض الأعمال يعتمد أساساً على ما يحصل عليه من وهبة. ولذلك تدخل الشارع لتحديد الشروط الواجبة لاعتبار الوهبة جزءاً من الأجر.

388- شروط اعتبار الوهبة جزءاً من الأجر:

يشترط لاعتبار الوهبة جزءاً من الأجر توافر الشروط الآتية:

(1) أن يجرى العرف بدفعها:

يشترط لاعتبار الوهبة جزءاً من الأجر، أن يجرى العرف بدفعها. والمقصود بالعرف - طبقاً للرأى الراجح - ليس معناه الاصطلاحى وإنما المقصود به (العادة). فيكفى أن تكون عادة العملاء قد جرت على دفع الوهبة إلى عمال رب العمل، بحيث يكون ذلك قد روعى عند تقدير الأجر الذى يحصل عليه العامل، سواء كان دفعها ملزماً للعملاء أو غير ملزم⁽²⁾.

وإذا لم يجر العرف بدفع الوهبة فإنها لا تعتبر أجراً، بل يعتبر قبضها رشوة يعاقب عليها العامل وفقاً للمادة 106 عقوبات إذا كان قبضها قد تم دون علم صاحب العمل أو رضائه.

(2) أن توجد قواعد تسمح بضبطها:

-
- (1) محمود جمال الدين زكى ص 436 وما بعدها - سعد حبيب ص 101.
- (2) حلمى مراد ص 325 - لبيب شنب ص 340 - المستشار شوقي المليجى ص 64 - عمران ص 294 - عبد الودود يحيى ص 100 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 113 - محمود جمال زكى ص 439 - وعكس ذلك حسن كيره ص 426، فيرى أن المشرع يقصد هنا - كما قصد في شأن المنحة - العرف بمعناه الدقيق فلا يكفى تكرار دفع الوهبة وانتظامه مدة كافية، بل يجب كذلك أن ينشأ اعتقاد في التزام العميل بهذا الدفع.

يشترط أن توجد قواعد تسمح بضبط الوهبة. ويتحقق ذلك إذا وجدت قواعد تسمح بمعرفة مقدارها ولو على وجه التقريب.

ومثل ذلك أن تكون الوهبة عبارة عن نسبة مئوية من حساب العملاء أو تتحقق رقابة صاحب العمل على مبلغ الوهبة الذى يدفعه العملاء، أو يكون صاحب العمل هو الذى يتقاضاه من العملاء ثم يدفعه إلى العمال.

وترجع أهمية هذا الشرط إلى أن اعتبار الوهبة جزءا من الأجر يؤثر فى مدى حقوق العامل التى تحسب على أساس الأجر - الأمر الذى يقتضى تحديد مقدار الأجر الذى يتقاضاه العامل بصورة منضبطة.

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة تطبيقا خاصا للحالة التى تعتبر فيها الوهبة أجرا لتحقق طريقة من طرق التحديد المنضبط لها فجرت على أن "تعتبر الوهبة جزءا من الأجر إذا كان ما يدفعه منها العملاء إلى مستخدمى المتجر الواحد، يجمع فى صندوق مشترك ليقوم رب العمل بعد ذلك بتوزيعه على هؤلاء المستخدمين بنفسه أو تحت إشرافه".

والوهبة فى الصورة المنصوص عليها فى هذا النص لا تعتبر جزءا من الأجر إلا إذا كان العرف قد جرى بدفعها⁽¹⁾.

ويعتبر وضع صندوق فى المنشأة لجمع الوهبة قرينة على توافر هذه العادة، دون تحمل عبء إثبات ذلك⁽²⁾.

ويلاحظ أن الصورة سالفة الذكر، وإن اقتصر فى النص على (الصناعة أو التجارة)، إلا أنها تسرى على كافة المحال الأخرى التى جرت العادة على دفع وهبة إلى عمالها.

أما إذا لم تكن هناك قواعد تسمح بضبط الوهبة، فإن الوهبة لا تعتبر أجرا أو جزءا

(1) حسن كيره ص 428 - محمد لبيب شنب ص 341 وما بعدها - محمد عمران ص 295 - حلمى مراد ص 325 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 114 - وعكس ذلك جمال زكى ص 441 إذ يذهب إلى أن الفقرة الثانية من المادة 684 مدنى الخاصة بالصندوق المشترك لا تنطبق إلا عندما يتمتع تطبيق الفقرة الأولى، لتخلف أحد القيدىين الواردىين فىها.. إذا لم تجر العادة بدفعها، أو إذا لم تكن لها قواعد تسمح بضبطها.

(2) كيرة ص 428، شنب ص 342، ويعتبره البعض دليلا على العادة وليس مجرد قرينة (عبد الودود يحيى ص 101).

من الأجر، وبالترتيب على ذلك فإن الوهبة التى يدفعها المترددون على المقاهى والمطاعم إلى العمال القائمين بخدمتهم دون أن توضع فى صندوق مشترك لا تعتبر أجرا أو جزءا من الأجر لأنها غير منضبطة.

389- هل يجوز أن تكون الوهبة هى كل الأجر؟

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أنه: "يجوز فى بعض الصناعات كصناعة الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب ألا يكون للعامل أجر سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام".

والمتبادر من ظاهر النص أنه يجوز أن يتكون أجر العامل مما "يحصل عليه من وهبة" و "ما يتناوله من طعام"، وهذا غير صحيح لأن من المسلم به جواز أن يقتصر أجر العامل على ما يتناوله من وهبة فقط أو ما يتناوله من طعام فحسب⁽¹⁾.

وبهذا رأى قضت هيئة التحكيم بمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ 14/5/1953 (فى نزاع عمال جروبي بطلب تحديد مرتب ثابت للسفرجية فوق نسبة الـ 10%) بأن () :

"وحيث إن المادة 684 من القانون المدنى أجازت صراحة ألا يكون للعامل فى بعض الصناعات كصناعة الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب أجر سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناول من طعام، فإذا ما اتفق صاحب مؤسسة من هذا النوع من المؤسسات الواردة فى المادة المذكورة مع عماله على احتساب أجرهم بالطريقة المبينة فى تلك المادة فإن اتفاقه يكون صحيحا لا غبار عليه ولا يحق للعامل بعد إبرامه أن يتظلم من هذا النظام الذى يقرره القانون ويؤيده العرف فى مصر وفى البلاد الأخرى كما أن الفقه والقضاء قد استقروا على أن أجر العامل يتكون من كل ما يحصل عليه فى مقابل ما يقوم به من عمل مهما كانت الصورة التى يظهر فيها الأجر".

390- كيفية توزيع الوهبة :

(1) جمال زكى ص 446 وما بعدها هامش (49).

(2) منشور بالمرجع فى قانون عقد العمل الفردى - كامل بدوى ص 186.

الواقع أن العميل يقصد إعطاء الوهبة إلى العامل الذي قدم له الخدمة أو السلعة، إعراباً عن تقديره أو امتنانه، لما أداه له، وينبنى على ذلك أن تكون الوهبة من حق العمال المتصلين بالعملاء دون غيرهم، وأنه لا يحق لرب العمل أن يستأثر لنفسه بالوهبة أو يقتطع جزءاً منها، بل يجب عليه أن يؤديها كاملة للعمال، سواء كان العملاء يدفعونها تلقائياً أم كانت تفرض عليهم بنسبة مئوية معينة. ففي الحالة الأولى يكون صاحب العمل وكيلاً عنهم في قبض الوهبة وفي الحالة الثانية يكون مشروطاً لصالح العمال ووكيلاً عنهم في قبض الوهبة.

ويكون توزيع هذه الوهبة على العمال طبقاً لما يتم الاتفاق عليه بين صاحب العمل والعمال، سواء ورد هذا الاتفاق في عقود العمل الفردية أو في عقود العمل الجماعية، أو طبقاً لما جرى عليه العرف في المنشأة.

وكانت المادة 591 من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تقضى بأنه "إذا أنشأ رب العمل نظام الصندوق المشترك أو نظاماً آخر، تضاف بمقتضاه ضمن حساب العملاء نسبة معينة من هذا الحساب نظير الخدمات المؤداة إليهم، وجب عليه ألا يوزع المبالغ المتجمعة بهذه الصفة وكذلك المبالغ التى يدفعها العملاء باختيارهم لهذا الغرض، إلا على العمال الذين يكون لهم اتصال مباشر بالعملاء وكانت العملاء من قبل ينقدونهم عادة هذه المبالغ مباشرة".

ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص دون أن تبين فى الأعمال التحضيرية، أسباب هذا الحذف. إلا أن هذا الحذف يرجع إلى عدم لزومه لأن فى القواعد العامة ما يمنع رب العمل من الاستئثار بجزء من الوهبة لنفسه أو لغير المتصلين بالعملاء من عماله⁽¹⁾.

غير أنه لا يوجد ما يمنع رب العمل من الاتفاق مع العمال على مخالفة القاعدة السابقة، بأن يتفق معهم على أن يستأثر لنفسه بالوهبة مقابل أجر ثابت يعطيه لهم، أو يحتفظ لنفسه بجزء منها مقابل ما يتلفه العمال من أدوات، أو يوزع الوهبة على جميع العمال بدلاً من قصرها على أولئك الذين يتصل عملهم بالعملاء⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(1) جمال زكى ص 445.

(2) عبد الودود يحيى ص 102 وما بعدها - حسن كيره ص 429 وما بعدها - محمد عمران ص 298.

1- "ليس في نصوص القانون ما يمنع رب العمل من أن يتفق مع عماله على أن يختص بجزء من الوهبة مقابل زيادة أجورهم الثابتة وبمراعاة الحد الأدنى لها، فهو لا يعدو أن يكون وسيلة لتحديد الأجر، وإذ كان ذلك، وكان القرار المطعون فيه قد التزم هذا النظر وجرى في قضائه على أن مناط صرف الوهبة "يرجع إلى ما ينشأ من اتفاق بين صاحب العمل وعماله بشأنها وطالما أن صاحب العمل في هذه الشكوى قد حدد نصيب مساعدي الجرسون من هذه الوهبة بـ 2% على ما هو ثابت في عقود عملهم كما احتجز 2% منها لما يقوم العمال بإتلافه وجرى العمل بذلك منذ التحاق الشاكين بالعمل فلا جناح عليه في ذلك" فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 153 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/17)

2- "ليس في نصوص القانون ما يمنع صاحب العمل من أن يتفق مع عماله على أن يختص بجزء من الوهبة مقابل أدواته الفاقدة والتالفة فهو لا يعدو أن يكون وسيلة لتحديد الأجر لا تمس حقوقا قررتها قوانين العمل لهم، ولما كان الثابت من الأوراق أنه بموجب العقد المحرر رقم 23 من فبراير سنة 1953 بين نقابة عمال ومستخدمى الفنادق والمحلات العامة وبين ممثلين لهذه الفنادق والمحلات تم الاتفاق على توزيع حصيلة الوهبة ومقدارها عشرة في المائة بواقع 8% للعمال و 2% لأصحاب العمل لتغطية خسائرهم الناشئة عن فقد وتلف أدواتهم، وإذ انتهى القرار المطعون فيه إلى رفض منازعة النقابة الطاعنة في هذا الخصوص تأسيسا على أن الاتفاق المبرم بذلك العقد قد استقر عرفا بين الفنادق وعمالها المستفيدين من حصيلة الوهبة مع اعتبار أن نسبة 2% منها هي الحد الأقصى الجائز لصاحب العمل خصمه لقاء فقد وتلف أدوات العمل وأن الشركة المطعون ضدها الأولى لم تمس شيئا من الحقوق المكتسبة للعمال في تلك الحصيلة لأنها خصمت في الفترة منذ ضمها إلى القطاع العام حتى نهاية السنة المالية، فإن النعي عليه بمخالفة القانون والقصور في التسيب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 37 لسنة 39 ق جلسة 1979/3/17)

391- الوهبة في قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 :

تنص المادة (1/ج) على أن الأجر: "كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله، ثابتا كان أو متغيرا، نقدا أو عينا.

ويعتبر أجرا على الأخص ما يلي:

8- الوهبة التى يحصل عليها العامل إذا جرت العادة بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بتحديدھا، وتعتبر فى حكم الوهبة النسبة المئوية التى يدفعها العملاء مقابل الخدمة فى المنشآت السياحية.

ويصدر قرار من الوزير المختص بالاتفاق مع المنظمة النقابية المعنية بكيفية توزيعها على العاملين وذلك بالتشاور مع الوزير المعنى".

وتتفيذا لذلك صدر قرار وزير القوى العاملة والهجرة رقم 125 لسنة 2003 بشأن توزيع حصيلة مقابل الخدمة فى المنشآت الفندقية والسياحية.



2- أحكام العقد

التزامات العامل :

مادة (685)

يجب على العامل :

- أ- أن يؤدي العمل بنفسه، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد.
- ب- أن ياتمر بأوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في وظيفة العامل، إذا لم يكن في هذه الأوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب، ولم يكن في إطاعتها ما يعرض للخطر.
- ج- أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله.
- د- أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد.

الشرح

392- الالتزامات التي تقع على العامل :

أوردت المادة عدة التزامات تقع على عاتق العامل. إلا أن هذه الالتزامات ليست هي كل الالتزامات المفروضة على العامل، وإنما أوردتها المشرع على سبيل المثال باعتبارها من أهم الالتزامات التي يجب على العامل القيام بها، وترد جميعها إلى قاعدة عامة وردت في التقنين المدني هي وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ومن ثم يجوز لصاحب العمل أن يضمن لائحة تنظيم العمل التزمات أخرى لا تخالف النظام العام أو الآداب أو تعرض العامل للخطر⁽¹⁾.

والالتزامات الواردة بالمادة هي:

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون العمل رقم 137 لسنة 1981 (الملغى).

الالتزام الأول:

أن يؤدي العامل العمل بنفسه وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد.

ونتولى دراسة هذا الالتزام على النحو الآتى:

(أ) أداء العامل العمل بنفسه:

فأهم التزامات العامل، هو أداء العمل المتفق عليه. ويتحقق ذلك بأن يضع العامل نفسه تحت تصرف صاحب العمل فى الوقت المعين لأجل تنفيذ العمل المتفق عليه. والأصل فى التزام العامل بتأدية العمل أنه التزام ذو طابع شخصى بالنسبة للعامل، لأن الغالب أن تكون شخصية العامل وصفاته وقدراته قد روعيت عند التعاقد⁽¹⁾.

وعلى ذلك يجب أن يكون الوفاء بهذا الالتزام من نفس المدين به وهو العامل، وذلك على خلاف القاعدة العامة التى تجيز الوفاء من غير المدين (م 323 مدنى). وينبنى على ما تقدم، أنه لا يجوز للعامل إنابة غيره فى أداء عمله أو أن يعهد إلى آخر بمساعدته فى أدائه، ويكون لصاحب العمل رفض قبول هذا الأداء الكلى أو الجزئى من غير العامل.

كما أنه يترتب على الطابع الشخصى للعامل أيضاً، انقضاء العقد عند وفاة العامل، فلا ينتقل التزام العامل بأداء العمل إلى ورثته⁽²⁾ وتطبيقاً لذلك نصت المادة 697 مدنى على أن يفسخ العقد بوفاء العامل.

غير أن الطابع الشخصى للالتزام العامل ليس أمراً متعلقاً بالنظام العام، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على خلافه⁽³⁾.

كما يمكن النص على التحلل من هذا الطابع، كما هو الحال فى القانون الفرنسى الذى يسمح للبواب بأن يحل غيره محله فى عمله فى فترة الإجازة السنوية، كما يسمح العرف أحياناً باستبعاد هذا الطابع.

وفى الأحوال التى يجوز فيها إيجاد بديل أو مساعد للعامل فإن تكيف العلاقة مع البديل أو المساعد يرجع فى شأنها إلى الإرادة، وإلا وجب الاستهداء بالعرف الجارى.

(1) حسن كيره ص 236 - إيهاب إسماعيل ص 236.

(2) محمد على عمران ص 124.

(3) أحمد شوقى عبد الرحمن ص 80.

والغالب هو اعتبار البديل أو المساعد عاملاً لدى صاحب العمل وليس لدى العامل الأصل، إذ من النادر قبول الأخير التحمل تجاه البديل بما يقع على أصحاب الأعمال من أعباء والتزامات. ومع ذلك ففي حالة استعانة العامل بمساعدين خاصة يبدو أن العبرة حيث لا توجد إرادة واضحة أو عرف سائد تكون بمدى خضوعهم لأوامر أو إشراف صاحب العمل أو العامل الأصل، فحيث تكون تبعيتهم في أداء العمل لصاحب العمل فهم يرتبطون معه برابطة عمل وحيث تكون هذه التبعية للعامل الأصل فهم يرتبطون معه لا مع صاحب العمل بهذه الرابطة⁽¹⁾.

وقد ورد النص على هذا الالتزام في قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 إذ نصت المادة (56/أ) منه على أنه يجب على العامل: "أن يؤدي بنفسه الواجبات المنوطة به بدقة وأمانة، وذلك وفقاً لما هو محدد بالقانون ولوائح العمل وعقود العمل الفردية والجماعية، وأن ينجزها في الوقت المحدد، وأن يبذل فيها عناية الشخص المعتاد".

(ب) بذل العامل في عمله عناية الشخص المعتاد:

إذا لم يحدد في عقد العمل الفردى أو الجماعى درجة العناية التى يجب أن يبذلها العامل فى عمله فإن هذه العناية تكون هى (عناية الشخص المعتاد). وفى هذا نصت المادة 685/أ مدنى على أنه يجب على العامل أن يؤدي العمل بنفسه، وأن يبذل فى تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. وعناية الشخص المعتاد هذه لا تتطلب من العامل أن يكون حريصاً أشد الحرص ولا أن يكون مهملاً أشد الإهمال، ولكنه يجب أن يبذل فى قيامه بعمله العناية التى يبذلها الرجل العادى.

ويملك الطرفان الاتفاق على تطلب عناية أكثر أو عناية أقل. ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً كما يمكن أن يستخلص ضمناً من الظروف الدالة على اتجاه الإرادة إلى ذلك، فمثلاً يستخلص من كون صاحب العمل يستخدم عاملاً على درجة عالية من الكفاءة أو يلتزم قبل بأجر أكبر من الأجر العادى، أنه ينتظر منه عناية أكبر من العناية المعتادة فى أداء العمل.

وقد يستخلص من كون صاحب العمل قد قبل التعاقد مع عامل على بيئة من قلة كفاءته المهنية أو إهماله أنه يقنع منه بعناية أقل من العناية المعتادة.

إنما يجب الحذر من إطلاق مثل هذا الاستخلاص في كل الحالات، فقد يوجد رغم هذه الوقائع ما ينفي هذا الاستخلاص.

ويذهب الشراح - بحق - إلى أنه إذا كان إنتاج العامل يزيد عما ينتجه العامل العادي فإنه يعد مخلا بالتزامه إذا ما عمد في وقت ما إلى تقليل إنتاجه بحيث يكون مساويا للمتوسط، وكثيرا ما يلجأ العمال إلى سلاح تقليل الإنتاج كوسيلة لحمل أصحاب الأعمال على قبول مطالبهم وهو ما يسمى بالإضراب بالقطارة⁽¹⁾.

الالتزام الثاني:

ائتمار العامل بأوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في وظيفة العامل:

وهذا الالتزام مترتب على علاقة التبعية التي تربط العامل بصاحب العمل وتتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وهي ما تميز عقد العمل عن غيره من العقود.

فيجب على العامل إطاعة صاحب العمل وتنفيذ الأوامر الصادرة إليه شفوياً كانت أم كتابية، من صاحب العمل أو من وكلائه وهم رؤساء العمل دون مجادلة، لأن صاحب العمل هو المسؤول عن نتيجة أوامره⁽²⁾.

إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً لصاحب العمل، إذ يجوز للعامل الامتناع عن تنفيذ أوامر صاحب العمل في الحالات الآتية:

1- إذا كان الأمر مخالفاً لعقد العمل: وذلك نزولاً على كون العقد شريعة المتعاقدين. وتظهر هذه الصورة واضحة في حالة تكليف صاحب العمل العامل بأداء عمل غير العمل المتفق عليه بالعقد وعلى خلاف مقتضى المادة 76 من قانون العمل ومثال ذلك أن يكلف كاتباً بتنظيف المحل.

2- إذا كان الأمر غير مشروع لتعارضه مع القانون أو الآداب. كأن يأمر الصيدلي بمساعده بغش الدواء، أو يأمر صاحب العمل كاتبه بالتزوير في الدفاتر، ذلك أنه لا طاعة في معصية⁽³⁾.

(1) حسن كيره ص 237 وما بعدها.

(2) محمد حلمي مراد ص 381.

(3) كامل بدوى ص 264.

وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها بأنه لا يجوز لصاحب العمل تكليف عماله بتقديم الخمر بكافة أنواعها بقصد تناولها فى طائراته لمخالفة ذلك لأحكام القانون رقم 63 لسنة 1976 بحظر شرب الخمر.

إذ ذهبت محكمة النقض بتاريخ 1987/2/22 فى الطعن رقم 799 لسنة 555 إلى أن:

"وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كانت المادة الثانية من القانون رقم 63 لسنة 1976 بحظر شرب الخمر تنص على أن: "يحظر تقديم أو تناول المشروبات الروحية أو الكحولية والمخمرة فى الأماكن العامة أو المحال العامة، ويستثنى من هذا الحكم: (أ) الفنادق والمنشآت السياحية المحددة طبقاً لأحكام القانون رقم 1 لسنة 1973 فى شأن المنشآت الفندقية والسياحية. (ب) الأندية ذات الطابع السياحى التى يصدر بتحديدها قرار من وزير السياحة طبقاً لأحكام القانون رقم 77 لسنة 1975 بإصدار قانون الهيئات الأهلية لرعاية الشباب والرياضة وقد جاء فى تقرير لجنة الشؤون الدينية عن الاقتراح بمشروع هذا القانون أن اللجنة "قد وافقت من حيث المبدأ على حظر علانية شرب الخمر أخذاً بمبدأ التدرج نحو الحظر الكامل". ومفاد ذلك أن هذا القانون وكما هو واضح من تسميته قد صدر لحظر شرب الخمر وقصر هذا الحظر على تناولها علانية أو تقديمها بمقابل أو بغير مقابل بقصد هذا التناول فى الأماكن والمحال العامة غير المستثناة بهذا النص وقرر عقوبة على من يخالف ذلك إلا أنه لم يحظر نقلها أو بيعها وهما فعلا متميزان عن التناول والتقديم فلا يسوغ مد الحظر الوارد به إليهما وتأنيهما بدون نص. لما كان ذلك وكانت المادة 78 من قانون نظام العاملين بالقطاع العام رقم 48 لسنة 1978 والتى تقابل المادة 685 من القانون المدنى والمادة 58 من قانون العمل رقم 137 لسنة 1981 تنص على أن "يجب على العامل مراعاة الأحكام الآتية (8) أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر وذلك فى حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها ... وكان مفاد هذا النص أن العامل يلتزم بإطاعة جهة العمل فيما تصدره من أوامر إليه بصدد العمل القائم بتنفيذه فى حدود وظيفته طالما أنها لا تتضمن ما يخالف القانون واللوائح والنظم المعمول بها. لما كان ما تقدم وكانت محكمة الموضوع - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - غير مقيدة فى تكليف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكليف الصحيح الذى تتبينه من وقائع الدعوى وتطبيق القانون

عليها، فإن الحكم المطعون فيه وقد خلص في قضائه إلى أن المشرع قصر الحظر الوارد في القانون رقم 63 لسنة 1976 بحظر شرب الخمر على واقعتى تناولها أو تقديمها بقصد هذا التناول في الأماكن العامة المبينة به ورتب على ذلك أن الطاعنين ليس لهم في حدود صلة العمل التى تربطهم بالمطعون ضدها سوى الحق فى طلب إلزامها بعدم تكليفهم بتقديم الخمور بكافة أنواعها بقصد تناولها فى طائرتها على جميع خطوطها بالمخالفة لأحكام القانون رقم 63 لسنة 1976 سالف الذكر يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذين السببين غير سديد".

3- إذا كان تنفيذ الأمر يعرض العامل للخطر ولو كان الأمر الصادر من صاحب العمل غير مخالف للعقد أو القانون. ومن أمثلة ذلك تكليف العامل بالعمل على آلة دون ارتداء أجهزة الوقاية اللازمة ودون اتخاذ الحيطة الواجبة قانونا من جانب صاحب العمل لضمان سلامة العامل⁽¹⁾.

وقد ورد النص على هذا الالتزام فى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 إذ نصت المادة (56/ب) منه على أنه يجب على العامل: "أن ينفذ أوامر وتعليمات صاحب العمل الخاصة بتنفيذ الواجبات التى تدخل فى نطاق العمل المنوط به، إذا لم يكن فى هذه الأوامر والتعليمات ما يخالف العقد أو القانون أو اللوائح أو الآداب العامة ولم يكن فى تنفيذها ما يعرض للخطر".

الالتزام الثالث:

أن يحرص العامل على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله.

يجب على العامل أن يحرص على وسائل الإنتاج وأدوات العمل الموضوعة تحت تصرفه وأن يحافظ عليها، ويستوى أن تكون وسائل الإنتاج مواد أولية توجد تحت تصرفه لتصنيعها أو كانت مواد مصنوعة تظل فى حراسته.

ولما كانت المادة تتطلب من العامل عناية الشخص المعتاد، فإنه ينبنى على ذلك مسئولية العامل عن الخطأ اليسير شأن كل عاقد بأجر، ولكن العامل لا يسأل عن القوة القاهرة أو فعل الغير أو عن الخطأ البسيط الذى يجرى العرف على التجاوز عنه.

(1) الدكتور على عوض حسن الوجيز فى شرح قانون العمل الجديد 1982 ص 277.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"التزام العامل بالحرص على وسائل الإنتاج وأدوات العمل. التزام جوهري يرتبه عقد العمل. عدم مراعاته. خطأ جسيم يجيز لرب العمل إنهاء خدمته".

(طعن رقم 347 لسنة 67 ق جلسة 1998/3/26)

وقد ورد النص على هذا الالتزام فى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 إذ نصت المادة (56/د) منه على أنه:

يجب على العامل: "أن يحافظ على ما يسلمه إليه صاحب العمل من أدوات أو أجهزة أو مستندات أو أية أشياء أخرى، وأن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لسلامتها، ويلتزم بأن يبذل فى ذلك عناية الشخص المعتاد".

الالتزام الرابع:

أن يحتفظ العامل بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد: أوجبت المادة فى فقرتها الرابعة على العامل، أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية.

والحكمة من هذا الالتزام أن قيام العامل بالعمل مع صاحب العمل، يمكنه من الوقوف على أسرار عمله، ولو أبيع له أن يفشى هذه الأسرار للغير لأمكن لهذا الأخير منافسة رب العمل مع وقوفه على خفايا أسرارها مما يضر به وبمشروعه⁽¹⁾.

ورغم أن النص اقتصر على ذكر أسرار العمل الصناعية والتجارية، إلا أن الفقه عموماً هذا الالتزام على كل أنواع العمل على اختلافها إذ يعتبر هذا الالتزام من مستلزمات عقد العمل ويوجبه مبدأ حسن النية، إنما⁽²⁾ عنى الشارع بذكر الأسرار الصناعية والتجارية باعتبارها الأسرار بالغة الأهمية فى الحياة العملية لأنها عماد المنافسة فى الصناعة والتجارة.

ولم يضع الشارع تعريفاً لأسرار العمل. ويمكن تعريف أسرار العمل بأنها المعلومات التى تتعلق بالمنشأة التى أوجب القانون كتمانها، أو طلب صاحب العمل أو ممثله

(1) إيهاب إسماعيل ص 249.

(2) حسن كيره ص 247 - إيهاب إسماعيل ص 249 - عبد الودود يحيى ص 185 - سعد حبيب عقد العمل فى القانون الموحد طبعة 1959 ص 312 - السيد على ومحمود الهمشوى النظام القانونى للعاملين فى القطاع العام طبعة 1964 ص 289 وما بعدها.

كتمانها، أو جرى العرف على ذلك بحيث يترتب على إذاعتها الإضرار بمجموع المنشأة أو زعزعة الثقة بها⁽¹⁾.

وعلى العموم فإن تقدير ما يعتبر سرا أو ما لا يعتبر كذلك مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع⁽²⁾.

ويقصد بالأسرار الصناعية ما يتعلق بطريقة الإنتاج.

ويقصد بالأسرار التجارية ما يتعلق بمعاملات المحل ومدى نشاطه، مثل وجود خسائر والاستدانة وتوقف المصنع ووجود خلاف بين الورثة⁽³⁾.

ويعتبر من الأسرار التجارية سعر السلعة، فلا يجوز للعامل فى محل تجارى أن يفهم العميل حقيقة الأسعار ولا أن يخبره أن عميلا آخر اشترى بسعر أدنى من السعر المعروف عليه لأنه بإفشاء ذلك تنعدم الثقة فى المحل ويقل الإقبال عليه⁽⁴⁾.

ويعد سرا من أسرار العمل ما جرى العرف على اعتباره كذلك مثل طريقة الإنتاج والمواد المستخدمة فيه والمعلومات الخاصة بالمنشأة⁽⁵⁾.

واختراع العامل أثناء قيام علاقة العمل لا يعتبر سرا من أسرار العمل ولو كان هذا الاختراع قد استنبط بمناسبة تأديته لعمله الذى نيظ به وذلك مالم تكن طبيعة هذا العمل تقتضى من العامل أن يفرغ جهده فى الابتداء والابتكار أو كانت الشركة أو المؤسسة قد وضعت شرطا صريحا مقتضاه أن ما يستنبطه العامل من أفكار وأبحاث وأعمال مما يعتبر اختراعا أو ابتكارا يصبح خاصا لصاحب العمل فى هذه الحالات لا يجوز للعامل إفشاء هذه الأسرار أو إذاعتها.

وسنتناول اختراعات العامل بالتفصيل فى شرح المادة 688.

وأسرار العمل لا يقصد بها الأسرار المتصلة بالمنشأة فقط، وإنما تشمل تلك المتعلقة بالعمال، كظروفهم المالية والاجتماعية، والجزاءات التى وقعت عليهم وأية أسرار أخرى يتيسر للعامل الاطلاع عليها بحكم عمله ويكون من شأنها زعزعة الثقة بالمنشأة وعمالها. والأسرار التى يتعين على العامل الاحتفاظ بها إما أن تكون سرية بطبيعتها أو تكون

(1) فى هذا المعنى على عوض حسن ص 278.

(2) محمد حلمى مراد ص 383.

(3) استئناف الاسكندرية فى 1956/11/27 مشار إليه فى سعد حبيب ص 312.

(4) القاهرة الابتدائية الدعوى رقم 16 لسنة 1945 مجموعة منيب رقم 95.

(5) السيد على ومحمود الهمشرى ص 290 - إيهاب إسماعيل ص 205.

سرية بمقتضى تعليمات تصدر له من صاحب العمل أو نائبه ويستقل بتقديرها مستهدفا مصلحة المنشأة، وعلى هذا نصت صراحة المادة 1/97 من القانون رقم 48 لسنة 1978 بإصدار قانون نظام العاملين بالقطاع العام بقولها: "يحظر على العامل بالذات أو بالواسطة ما يأتى:

1- إفشاء المعلومات المتعلقة بالعمل إذا كانت سرية بطبيعتها أو بمقتضى تعليمات تصدر بذلك ... إلخ".

والالتزام بالاحتفاظ بأسرار العمل مرهون بسرية المعلومات التى توصل العامل إلى معرفتها بحكم عمله. فإذا داعت هذه المعلومات وأصبحت معروفة وأمكن للغير الوقوف عليها لم تعد أسراراً، ولم يعد العامل لذلك ملتزماً بعدم إفشائها⁽¹⁾.

وينسحب التزام العامل بالاحتفاظ بأسرار العمل إلى ما بعد انقضاء عقد العمل، لأن إذاعة أسرار العمل لا يقتصر حظرها على فترة تنفيذ العقد فحسب بل إن حظر إذاعتها يظل قائماً كذلك حتى بعد انقضاء العقد، لأنه لو قصر تحريمها على وقت تنفيذه وقيامه فحسب، لسهل التحايل على التحريم بإقدام العامل على سرعة إنهاء العقد أو فسخه لكى يستعمل الأسرار التى اطلع عليها بحكم عمله ببيعها إلى منافس لرب العمل مثلاً⁽²⁾.

والالتزام العامل بالاحتفاظ بأسرار العمل حتى بعد انقضاء العقد يقتصر على عدم إفشاء هذه الأسرار إلى الغير فحسب، ولكنه لا يمنع العامل من استخدامها بنفسه ولحسابه الخاص بعد انقضاء علاقة العمل ما لم تكن هذه الأسرار من المخترعات مسجلة البراءات.

ولما كان استعمال العامل للأسرار التى اطلع عليها بحكم عمله يتضمن منافسة خطيرة لصاحب العمل فإن عقود العمل كثيراً ما تتضمن شرطاً يلزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل بعد انتهاء العقد. وهذا هو شرط عدم المنافسة الذى عنى المشرع بتنظيمه فى المادتين 686، 687 مدنى وسنتناوله بالتفصيل فى شرح هاتين المادتين.

والسر قد يكون معلناً لجهة أخرى غير جهة العمل، كمكتب العمل أو التأمينات الاجتماعية أو وزارة الصناعة أو مصلحة الضرائب مثلاً، ولكن هذا لا يمنع من اعتباره سراً يتعين على العامل إذا كان يعلمه بحكم عمله أن يحافظ عليه وألا يفشيه لأنه ليس له

(1) محمد لبيب شنب ص 154 - إيهاب إسماعيل ص 251.

(2) حسن كيره ص 248.

أن يحتج بعلم جهات أخرى بالسر كسبب لإفشائه⁽¹⁾.

إنما لا يعد من قبيل إفشاء الأسرار، أن تكون المعلومات التي توصل إليها العامل بسبب عمله تنبئ عن ارتكاب صاحب العمل واقعة جنائية لأن إبلاغ السلطات الجنائية عن الجرائم واجب على الكافة عملاً بالمادة 25 من قانون الإجراءات الجنائية التي تقضى بأن "لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها". كذلك فإن إبلاغ الجهات الإدارية كمكتب العمل عن المخالفات التي تصل إلى علم العامل، لا يعد من قبيل إفشاء الأسرار.

وإذا أفشى العامل أسرار العمل حال قيام علاقة العمل فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيماً يبرر فصله عملاً بالمادة 5/69 من قانون العمل وعلى النحو الوارد بها من قانون العمل. أما إذا كان إفشاء الأسرار بعد انقضاء علاقة العمل فإنه يكون خطأ من جانب العامل يرتب الحق لصاحب العمل في التعويض.

393- المقصود بالإفشاء:

المقصود بإفشاء السر، هو اطلاع الغير على السر سواء كان هذا الغير شخصاً أو منشأة.

ولا يشترط أن يكون الإفشاء علنياً بل يكفي أن يكون لشخص واحد⁽²⁾. ولا يشترط أن يكون إفشاء السر كلياً، وإنما يكفي الإفشاء الجزئي طالما أن الضرر يقع على المنشأة في مجموعها⁽³⁾.

وقد ورد النص على هذا الالتزام في قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 إذ نصت المادة (56/ط) منه على أنه يجب على العامل: "أن يحافظ على أسرار العمل، فلا يغيث المعلومات المتعلقة بالعمل متى كانت سرية بطبيعتها أو وفقاً للتعليمات الكتابية الصادرة من صاحب العمل".

مادة (686)

1- إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو

(1) على عوض حسن ص 279.

(2) شنب ص 153 - الدكتور محمود مصطفى قانون العقوبات القسم الخاص ص 340 وما بعدها.

(3) شنب ص 153 - محمود مصطفى ص 340.

بالاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل، ولا أن يشترك في أى مشروع يقوم بمنافسته.

2- غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتى:

(أ) أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد.

(ب) أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل، على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة.

3- ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد.

مادة (687)

إذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة فى جملته.

الشرح

التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل :

394- التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء العقد :

المقرر أن العامل يلتزم أداء عمله فى المواعيد المتفق عليها أو المحددة فى القانون، وبعد انتهاء عمله تكون له الحرية الكاملة فى الاستفادة بأوقات فراغه. فللعامل أن يقضى أوقات فراغه على أى وجه، سواء فى الراحة، أو فى مباشرة هواية أو ممارسة رياضة.

كما أن له أن يقوم بالعمل لحسابه الخاص أو لحساب صاحب عمل آخر، وليس لصاحب العمل الأول أن يعترض على ذلك مادام العامل يقوم بما يكلفه به من أعمال

على النحو المتفق عليه، وطالما لم يتفق عند التعاقد على منع العامل من القيام بأى عمل آخر فى أوقات فراغه⁽¹⁾.

ولكن إذا كان العامل يعمل بعد انتهاء مواعيد العمل سواء لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر إلا أنه لا يجوز له بعمله هذا أن ينافس صاحب العمل، وهذا أمر يقتضيه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد.

وعلى ذلك فالعامل الذى يشتغل فى مصنع أحذية، لا يجوز له أن يعمل فى وقت فراغه فى صناعة أحذية يقوم ببيعها مباشرة إلى المستهلكين أو لحساب مصنع آخر للأحذية، ولكن يجوز لهذا العامل أن يقوم بأعمال التجارة لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر، ذلك أنه لا ينافس بذلك صاحب مصنع الأحذية⁽²⁾.

كذلك إذا كان العمل الذى يقوم به العامل بعد انتهاء مواعيد العمل يؤدى إلى إرهاقه وعدم حصول بدنه على الراحة اللازمة له مما يؤثر على عمله فى اليوم التالى فإنه يتمتع عليه القيام بمثل هذا العمل.

ويعتبر هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية، ويضحي الإخلال به من قبيل الخطأ الجسيم الذى يبرر فصل العامل عملاً بالمادة 69 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003.

395- الاتفاق على عدم المنافسة بعد انتهاء العقد :

رأبنا فيما تقدم أن العامل يلتزم أثناء تنفيذ العقد بعدم منافسة رب العمل، أما بعد انتهاء العقد فإن العامل يكون حراً فى مزاوله العمل الذى يريده وأن ينافس رب العمل. فله أن يمارس ذات العمل الذى يمارسه رب العمل، وله أن يعمل لدى آخر يمارس العمل ذاته. وكل ما يلتزم به العامل قبل صاحب العمل بعد انتهاء عقد العمل هو الاحتفاظ بأسرار صاحب العمل بالتفصيل الذى عرضناه فيما تقدم.

غير أنه فى كثير من الحالات لا يكتفى رب العمل بهذا الالتزام القانونى الذى يقع على عاتق العامل لأنه لا يحقق له الحماية الكاملة إذ من الممكن أن يشتغل العامل هذه الأسرار لنفسه ولذلك يلجأ صاحب العمل إلى طريق آخر أكثر فاعلية يضمن له حماية

(1) على عوض حسن ص 279.

(2) محمد لبيب شنب ص 155 وما بعدها - استئناف القاهرة فى 1960/1/31 الاستئناف رقم

486 لسنة 76 ق - موسوعة الهوارى ج1 ص 256.

أكبر، ويتحقق ذلك فيما يسمى بشرط الاتفاق بعدم المنافسة، ويكثر هذا الشرط فى العقود الخاصة بالصناعات الكيماوية وبالنسبة للوسطاء التجاريين وكبار العاملين فى الأعمال المصرفية.

ولاشك أن الشرط المذكور يعتبر قيذا على حرية العامل فى العمل وهى متعلقة بالنظام العام، ولهذا عنى الشارع فى القانون المدنى بتنظيم أحكامه فى المادتين 686، 687 منه.

396- الشروط اللازمة لصحة الاتفاق بعدم المنافسة:

يشترط لصحة الاتفاق بعدم المنافسة توافر الشروط الآتية:

(1) أن يكون العامل بالغاً سن الرشد وقت إبرام العقد:

فلا يكفى لصحة هذا الشرط أن يتوافر لدى العامل الأهلية اللازمة لإبرام العقد، أو أن يقبله وليه أو وصيه نيابة عنه إذا كان قاصراً، وإنما يلزم لصحته أهلية خاصة هى بلوغه سن الرشد.

وبناء على ذلك إذا كان العامل قد بلغ الرابعة عشرة من عمره ولكنه لم يبلغ الحادية والعشرين وأبرم عقد عمل وضمنه شرطاً بعدم المنافسة فإن العقد يكون صحيحاً ويقع شرط عدم المنافسة باطلاً.

والحكمة فى تشدد الشارع بتطلب الأهلية الكاملة لصحة الشرط، هى خطورة هذا الشرط على حرية العامل التى تعد متعلقة بالنظام العام وحتى يكون العامل على بينة من أمره مدركاً للنتائج التى تترتب على هذا الاتفاق.

(2) أن يكون العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو

الاطلاع على سر عمله :

ذلك أن معرفة العامل لعملاء صاحب العمل أو لأسراره هى التى يخشى معها من منافسة العامل لصاحب العمل بعد انقضاء العقد، وتجعل لصاحب العمل مصلحة مشروعة فى هذا الشرط⁽¹⁾، أما إذا لم يكن العمل المكلف به العامل يسمح له بمعرفة

هؤلاء العملاء ويكشف أسرار صاحب العمل، فلا يخشى منه شيئا بعد تركه العمل، وتكون منافسته لصاحب العمل كمنافسة أى شخص أجنبى لم يقيم أبدا بالعمل لحسابه، وبالتالي لا تتوافر لدى صاحب العمل مصلحة مشروعة فى هذا الشرط.

فإذا كان العمل الموكول إلى العامل هو تنظيف أرضية مصنع من المصانع فلا يجوز لصاحب العمل أن يشترط فى عقده مع هذا العامل، منعه من منافسته بعد انقضاء العقد، لأن أعمال النظافة فى المصنع لا تسمح للعامل بمعرفة عملاء صاحب المصنع أو بالاطلاع على أسرارته الصناعية أو التجارية، فإذا اتفق على عدم المنافسة فى مثل هذه الحالة كان الاتفاق باطلا⁽¹⁾.

(3) أن يكون شرط المنع من المنافسة نسبيا.

ويقصد بذلك على ما نصت عليه المادة 686 مدنى صراحة أن يكون مقصورا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصلحة رب العمل المشروعة.

فيجب أن يكون نسبيا من حيث الزمان، بأن يكون محددا بمدة زمنية معقولة، وهى المدة الضرورية لحماية مصالح رب العمل المشروعة.

ومعنى ذلك أنه لا يجوز أن يكون المنع من المنافسة مؤبدا، ويعادل التأييد الاتفاق على شرط المنع من المنافسة مدة حياة العامل، لأن المنع المطلق من المنافسة يتضمن إهدارا كاملا لحرية العامل وهو أمر مخالف للنظام العام، فضلا عن أنه لا ضرورة له، لأنه بعد فترة من الزمن يتغير العملاء ولا يستطيع المنافس الجديد أن يستأثر بمعرفتهم⁽²⁾.

وتقدير ما إذا كانت المدة المتفق عليها معقولة أم لا، من المسائل الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع فى ضوء الظروف والملابسات التى تحيط بالعمل.

ويجب أن يكون المنع نسبيا من حيث المكان. وهذا يقتضى أن يكون الشرط محددا بنطاق مكان معين. فلا يجوز الاتفاق على منع العامل من المنافسة مطلقا فى أى مكان، إنما يجب أن يكون المنع قاصرا على المكان الضرورى الذى يحقق مصالح رب العمل المشروعة، بأن يكون قاصرا على مكان معين بذاته هو غالبا المكان الذى يمتد إليه

(1) محمد لبيب شنب ص 159.

(2) جمال زكى ص 737.

نشاط رب العمل إذ لا مصلحة مشروعة لرب العمل في منع العامل من منافسته في مكان لا يمتد إليه نشاطه⁽¹⁾.

غير أنه يمكن تصور المنع المطلق من حيث المكان في حالة ما إذا كان نشاط صاحب العمل ممتدا إلى الدولة أو العالم جميعه⁽²⁾.

ويجب أن يكون المنع نسبيا من حيث نوع العمل، فيتعين أن يكون المنع قاصرا على المهنة أو الحرفة أو النشاط الذي يباشره صاحب العمل وهو القدر الضروري اللازم لحماية مصلحة رب العمل المشروعة.

ويكون المنع مشروعا إذا اقتصر على ذات العمل أو النشاط الذي يمارسه رب العمل، وكذلك إذا انصرف المنع إلى عمل آخر يرتبط بالعمل أو النشاط الأصلي لرب العمل طالما أن للأخير مصلحة مشروعة في اشتراط منع المنافسة في شأنه⁽³⁾.
ويبنى على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على منع العامل من مباشرة أى عمل، وإلا وقع هذا الشرط باطلا⁽⁴⁾.

(4) يجب ألا يقرن الاتفاق بعدم المنافسة بشرط جزائي مغالى فيه :

والقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 223 مدنى تقضى بأنه إذا تضمن الاتفاق على المنع من المنافسة شرطا جزائيا يوقع على العامل في حالة إخلاله بهذا الالتزام فإن الاتفاق يكون صحيحا.

غير أن المشرع خشى أن يبالغ صاحب العمل في التعويض المتفق عليه ليتخذ من

(1) حسن كيره ص 252.

(2) محمد لبيب شنب ص 160.

(3) محمد لبيب شنب ص 160 - حسن كيره ص 252 - إيهاب إسماعيل ص 259.

(4) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر من الدائرة المدنية بتاريخ 1936/10/27 (مشار إليه في محمد لبيب شنب ص 161 هامش 56) إلى أن العامل يلتزم احترام تعهده بعدم المنافسة ولو كان لا يصلح إلا للعمل الممنوع من القيام به، وقد انتقد الدكتور محمد لبيب شنب - بحق - هذا القضاء استنادا إلى أن المنع في هذه الصورة يعتبر منعا مطلقا من المنافسة يبطل الاتفاق على عدم المنافسة، ويلاحظ في هذا الشأن أن المادة 953/ب من المشروع التمهيدى للقانون المدنى كانت تقيد شرط عدم المنافسة بألا يؤثر (في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيرا ينافى العدالة) - إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة دون بيان سبب حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الخامس ص 141 وما بعدها).

الشرط الجزائي وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمته مدة طويلة تجاوز المدة المتفق عليها، وهو ما يتضمن إهدارا كبيرا لحرية العامل، فرأى الشارع إمعانا في حماية العامل النص على بطلان الشرط الجزائي في هذه الحالة وانسحاب البطلان إلى شرط عدم المنافسة أيضا إذ نصت المادة 687 مدني على أنه: "إذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلا وينسحب بطلانه أيضا إلى شرط عدم المنافسة في جملته".

وفى هذا النص خروج على القواعد العامة من ناحيتين:

الأولى : أن المبالغة في الشرط الجزائي تخول القاضي سلطة تخفيض التعويض المتفق عليه فقط (م/2/224 مدني)، دون أن تؤدي إلى بطلان الشرط.

الثانية : أن المشرع نص على انسحاب بطلان الشرط الجزائي إلى شرط عدم المنافسة ذاته، بينما تقضي القواعد العامة ببقاء الاتفاق الأصلي صحيحا بالرغم من بطلان شرط من الشروط التي تضمنها.

397- أثر الاتفاق على عدم المنافسة:

إذا انعقد الاتفاق على عدم المنافسة صحيحا، كان هذا الاتفاق ملزما للعامل، ويرتب في ذمته التزاما بامتناع عن عمل: الامتناع عن الخدمة أو عن إقامة صناعة أو تجارة وذلك في الحدود الواردة بالاتفاق. وإذا أخل العامل بالتزامه، جاز لصاحب العمل الرجوع عليه بالتعويض، ويقدر هذا التعويض وفقا للقواعد العامة على أساس المسؤولية العقدية. كما يجوز لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني متى كان ممكنا، كأن يطلب إغلاق المحل التجاري أو المصنع الذي أقامه العامل على خلاف هذا الاتفاق.

ويجوز اللجوء إلى التهديد المالي لقهر العامل على الكف عن المخالفة بإنهاء عقد العمل الذي أبرمه خلافا لتعهد⁽¹⁾ وإذا التحق العامل بمنشأة أخرى بالمخالفة للاتفاق فإن صاحب العمل الثاني يكون مسئولا قبل صاحب العمل الأول، إذا ثبت علمه بوجود هذا الاتفاق وقت التحاق العامل لديه، أو ثبت علمه به بعد التحاق العامل لديه ورغم ذلك استبقى العامل في خدمته.

(1) جمال زكي ص 743 وما بعدها.

ومسئولية صاحب العمل الثانى، مسئولية تقصيرية لأنه لا يربطه ثمة عقد بصاحب العمل الأول⁽¹⁾.

أما عقد العمل الذى يبرمه العامل إخلالا منه بشرط عدم المنافسة فإنه يقع صحيحا لأن جزاء إخلال صاحب العمل الثانى قاصر على التعويض النقدى. وإذا كان الأصل - كما رأينا - هو التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل تنفيذيا للاتفاق المبرم بينه وبين الأخير، إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل حالتين، أجاز فيهما للعامل عدم التقيد بهذا الاتفاق ومنافسة صاحب العمل، وهاتان الحالتان هما:

(1) إذا فسخ رب العمل العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك :

فإذا كان العقد محدد المدة وفسخه صاحب العمل قبل انتهاء مدته دون أن يقع من العامل ما يبرر هذا الفسخ، أو إذا رفض صاحب العمل تجديد العقد بعد انتهاء مدته دون أن يكون العامل قد ارتكب ما يبرر هذا الرفض، حتى لو كان لدى صاحب العمل مبرر مشروع لعدم تجديد العقد كسوء أحواله المالية الناتج عن الظروف الاقتصادية، فلا يجوز لصاحب العمل التمسك بشرط عدم المنافسة.

وكذلك إذا كان العقد غير محدد المدة وأنهاه صاحب العمل بإرادته المنفردة، فإنه لا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بشرط عدم المنافسة ولو كان هذا الإنهاء مشروعاً لتوافر مبرراته مادام لم يقع من العامل ما يبرر هذا الإنهاء⁽²⁾.

والحكمة فى هذا الاستثناء هى حماية العامل، بعد انتهاء العقد من قيد ثقل على حريته فى العمل لا يجد فى الحقوق الناشئة له عن العقد نظراً لقصر مدته، مقابلاً كافياً فيصبح التزامه بعدم المنافسة غير مبنى على سبب، وكذلك توفى غشا محتملاً من جانب صاحب العمل الذى قد يستخدم عاملاً يخشى منافسته أو ليفيد من خبرته لمدة قصيرة، ويرهقه بعدها بالتزام ثقل فى ذمته⁽³⁾.

(2) إذا وقع من صاحب العمل ما يبرر فسخ العامل للعقد :

إذا وقع من صاحب العمل ما يبرر فسخ العامل للعقد، كما إذا كلف رب العمل

(1) محمد لبيب شنب ص 162 - حسن كيره ص 254 - عبد الودود يحيى ص 189.

(2) محمد لبيب شنب ص 164 - إيهاب إسماعيل ص 264.

(3) جمال زكى ص 738.

العامل بأداء عمل غير العمل المتفق عليه في غير الحالتين المنصوص عليهما بالمادة 76 من قانون العمل فرغم أن العامل هو الذى ترك العمل بإرادته إلا أنه يتحلل من التزامه بعدم المنافسة لأن تركه العمل وليد خطأ ارتكبه صاحب العمل، فيكون إعفاء العامل من هذا الالتزام جزاء لخطأ رب العمل.

وتوافر إحدى الحالتين السابقتين وإن كان يؤدي إلى تحلل العامل من الالتزام بعدم المنافسة الذى سبق له الاتفاق عليه إلا أنه لا يعفيه من التزم آخر هو الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل لأن نص المادة 687 مدنى واضح فى الاقتصار على منع رب العمل من التمسك بشرط عدم المنافسة، وهو فى ذاته حكم له تأثيره على رب العمل⁽¹⁾.

398- إفادة الخلف الخاص لرب لعمل من الاتفاق بعدم المنافسة:

القاعدة أن الخلف الخاص يخلف السلف فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن أى عقد من العقود إذا كانت من مستلزمات الشيء الذى ينتقل إليه وكان يعلم بها. وحق صاحب العمل فى اقتضاء الوفاء بالالتزام بعدم المنافسة من العامل حق مكمل للمحل الذى ينتقل إلى الخلف الخاص فيكون من مستلزماته وبطل لهذا التزم العامل بعدم منافسة رب العمل الأصلي مقيدا للعامل رغم انتقال المحل إلى الخلف الخاص، خاصة وأن العامل يلتزم بعدم المنافسة تجاه المشروع وليس فقط تجاه صاحب العمل⁽²⁾.

399- هل يجب تقاضى العامل مقابلا للاتفاق بعدم المنافسة؟

كانت المادة 953/ج من المشروع التمهيدي للقانون المدنى توجب لصحة الاتفاق بعدم المنافسة "أن يقرر العقد للعامل تعويضا عن هذا القيد الوارد على حريته فى العمل يتناسب مع مدى هذا القيد".

إلا أن هذا النص حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وعللت هذا الحذف بـ (ترك الحكم الوارد فيه للقواعد العامة والعدالة والاتفاق)⁽³⁾. ومقتضى القواعد العامة والعدالة أن يكون لهذا الالتزام مقابل، إلا أنه لا يتعين أن يحدد المقابل فى العقد صراحة، ذلك أن الالتزام بعدم المنافسة يكون مع عقد العمل كلا لا يتجزأ بحيث يجد العامل فيما

(1) إيهاب إسماعيل ص 264 وما بعدها.

(2) إيهاب إسماعيل ص 265 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الخامس ص 141 وما بعدها.

يحصل عليه من العقد عوضا عنه على تقدير زيادة الأجر المتفق عليه عما يستحقه العامل عن العمل الذي يؤديه، بحيث تعتبر هذه الزيادة مقابلا لالتزامه بعدم المنافسة الذي يلتزم به بعد انقضاء العقد⁽¹⁾.

400- عبء إثبات توافر المصلحة المشروعة في شرط عدم المنافسة :

رأينا فيما تقدم أنه يجب لصحة شرط عدم المنافسة أن تكون هناك مصلحة مشروعة لصاحب العمل في هذا الشرط.

وقد ثار الخلاف فيمن يجب عليه إقامة الدليل على هذه المصلحة، هل هو صاحب العمل؟ أم يقع على العامل عبء إثبات انتفاءها بإقامة الدليل على أن العمل الذي يؤديه لا يسمح له بالاتصال بعملاء المشروع ولا يكشف له عن أسرارها؟

فقد ذهب البعض استنادا إلى الظروف الخاصة بإدراج هذا الشرط وقوامه نزول العامل مقدما عن حرية عامة إلى إلقاء عبء الإثبات على صاحب العمل، لاسيما وأن وضع العامل في المشروع قد يتغير أثناء قيام علاقات العمل بانتقاله إلى وظيفة بعيدة عن عملائه وعن أسرارها فتنتفي مصلحة العامل فيه بعد أن كانت قائمة وقت إدراجه.

غير أن القضاء الفرنسي لم ير في هذه الاعتبارات حائلا دون تطبيق القاعدة التي تلزم من يتمسك ببطلان الالتزام أن يقيم الدليل عليه، وعلى ذلك فإن العامل هو الذي يضحى مكلفا بإقامة الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة لرب العمل في هذا الشرط⁽²⁾.

401- إثبات مخالفة الاتفاق على عدم المنافسة :

يجوز لصاحب العمل إثبات مخالفة الاتفاق على عدم المنافسة بكافة طرق الإثبات

(1) وهناك رأى عكسي يذهب إلى أن الاتفاق على عدم المنافسة متميز عن عقد العمل ولو تضمنهما محرر واحد، فيختلف كل منهما عن الآخر في عناصره، محل كل منهما يختلف عن الآخر، ويبدأ تنفيذ كل منهما في وقت مختلف عن الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ الآخر، ولا تربطهما وحدة السبب. ذلك أن التزام العامل بتنفيذ العمل سببه التزام صاحب العمل بدفع الأجرة، فإذا لم يحصل العامل على مقابل للالتزام الذي يفرضه بند عدم المنافسة، عوضا عن القيد الذي يرد على حريته كان هذا الالتزام بغير سبب ويقع تبعا لذلك باطلا. (مشار إلى هذا الرأي في جمال زكي ص 741 هامش 53).

(2) راجع جمال زكي ص 736.

- بما فيها شهادة الشهود والقرائن - ولو كانت هذه المخالفة هي إبرام العامل عقد عمل مع منافس له. ذلك أن محل الإثبات ينصب على واقعة مادية بالنسبة لصاحب العمل الأول.

402- النزول عن شرط عدم المنافسة :

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن شرط عدم المنافسة يقوم لمصلحة صاحب العمل وحده وله بالتالي النزول عنه، ولا يستطيع العامل بعد هذا النزول أن يطالب بما تقرر في العقد الفردى أو الاتفاق الجماعى فى مقابله، بينما ذهب رأى فى الفقه - نؤيده - إلى أنه لا يجوز لصاحب العمل أن ينزل بإرادته المنفردة عن الشرط الذى يقتترن بعوض يقتضيه العامل فى مقابله، لأن ما تقيمه الإرادة المشتركة لا يمكن أن تزيله إرادة واحدة⁽¹⁾.

وبراعى أنه لا يعتبر نزولا من جانب صاحب العمل أن يذكر فى خطاب فصل العامل أو فى شهادة نهاية الخدمة أنه (خال من كل التزام) لأن هذه الجملة لعموم عبارتها إذا انطبقت على التزامات العامل فى أثناء سريان العقد فإنها لعدم تحديدها لا تكفى للدلالة على نزول صاحب العمل عن التزام ألقى على عاتق العامل بعد انقضاء العقد⁽²⁾.

403- تفسير شرط عدم المنافسة :

يخالف شرط عدم المنافسة، مبدأ حرية العمل أو حرية التجارة والصناعة، ومن ثم فإن له صفة استثنائية توجب التضييق فى تفسيره، بما هو أصلح للعامل طبقا لقواعد التفسير المرعية فى قانون العمل، وتمشيا مع مبدأ الشك "يفسر لصالح المدين" والعامل هو المدين بهذا الالتزام⁽³⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا قام شك حول عبارة معينة فى العقد وثار التساؤل عما إذا كانت تتضمن التزاما على العامل بعدم المنافسة أو تتضمن إباحة هذه المنافسة فإنه

(1) جمال زكى ص 742.

(2) جمال زكى ص 247 وما بعدها.

(3) إيهاب إسماعيل ص 265.

يجب صرف العبارة إلى الإباحة⁽¹⁾.

وأخذاً بقاعدة التفسير هذه، فإن الالتزام بالامتناع عن إنشاء معمل للتحاليل الطبية في بلدة معينة لا يمنع فتح صيدلية في ذات البلدة.

والالتزام بالامتناع عن إدارة محل تجارى له طبيعة محل صاحب العمل أو يمكن أن ينافسه، لا يمنع المدين به من العمل مديراً فنياً في محل تجارى.

والالتزام بالامتناع عن العمل في المنطقة التي كان المستخدم يروج فيها للمشروع خلال مدة خدمته فيه، لا يمنع هذا الأخير من العمل في منطقة وقف عن الترويج فيها خلال أكثر من سنتين سابقتين على استقالته⁽²⁾.

على أن قاعدة التفسير الضيق لا تتنافى مع وجوب تفسير الشرط على هدى النية المشتركة لطرفيه، فلا يعتبر البند عاماً في المكان، لمجرد إغفال تحديد نطاق جغرافى له فيه، متى ظهر في خطاب الاستخدام، أنه محصور وفقاً للنية المشتركة في المنطقة التي يمارس فيها المستخدم وظيفته.



(1) محمد لبيب شنب ص 158.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 742.

مادة (688)

- 1- إذا وفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة رب العمل، فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة رب العمل.
- 2- على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداء، أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات.
- 3- وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقا لمقتضيات العدالة، ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته.

الشرح

404- اختراعات العامل :

كان ينظم براءات اختراع القانون رقم 132 لسنة 1949 ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية المعدل بالقوانين رقم 543 لسنة 1953، ورقم 650 لسنة 1955، ورقم 47 لسنة 1981، ورقم 46 لسنة 1979 ولائحته التنفيذية الصادر بالقرار الوزارى رقم 230 لسنة 1951 المعدل. وقد ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية الملكية الفكرية، وصدرت لائحته التنفيذية للكتب الأول والثانى والرابع من القانون بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1366 لسنة 2003.

405- المقصود بالاختراع :

تنص المادة الأولى من القانون رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية الملكية الفكرية على أن:

"تمنح براءة اختراع طبقا لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق

الصناعى، يكون جديداً، ويمثل خطوة إبداعية، سواء كان الاختراع متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة. كما تمنح البراءة استقلالا، عن كل تعديل أو تحسين أو إضافة ترد على اختراع سبق أن منحت عنه براءة، إذا توافرت فيه شروط الجدة والإبداع والقابلية للتطبيق الصناعى على النحو المبين فى الفقرة السابقة، ويكون منح البراءة لصاحب التعديل أو التحسين أو الإضافة وفقاً لأحكام هذا القانون".

كما تنص المادة الثانية من القانون على أن:

"لا تمنح براءة اختراع لما يأتى:

- 1- الاختراعات التى يكون من شأن استغلالها المساس بالأمن القومى أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو الأضرار الجسيمة بالبيئة أو الإضرار بحياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات.
- 2- الاكتشافات والنظريات العلمية والطرق الرياضية والبرامج والمخططات.
- 3- طرق تشخيص وعلاج وجراحة الإنسان أو الحيوان.
- 4- النباتات والحيوانات أياً كانت درجة ندرتها أو غرابتها وكذلك الطرق التى تكون فى أساسها بيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات، عدا الكائنات الدقيقة والطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة لإنتاج النباتات أو الحيوانات.
- 5- الأعضاء والأنسجة والخلايا الحية والمواد البيولوجية الطبيعية والحمض النووى والجينوم".

كما تنص المادة الثالثة على أن:

"لا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه فى الحالتين الآتيتين:

- 1- إذا كان قد سبق طلب إصدار براءة اختراع أو صدرت براءة عنه أو عن جزء منه فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج قبل تاريخ تقديم طلب البراءة.
 - 2- إذا كان قد سبق استعمال الاختراع أو استغلاله فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج بصفة علنية أو كان قد أفصح عن وصفه على نحو يمكن ذوى الخبرة من استغلاله قبل تقديم طلب البراءة.
- ولا يعد إفصاحاً فى حكم البند السابق الكشف عن الاختراع فى المعارض الوطنية أو الدولية خلال الستة أشهر السابقة على تاريخ التقدم بطلب البراءة.
- وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون أوضاع وإجراءات الكشف عن الاختراع".

وكانت المحكمة الإدارية العليا - فى ظل القانون رقم 132 لسنة 1949 (المعدل) ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية (الملغى) قد عرفت الاختراع فى حكمها الصادر بتاريخ 1966/5/14 فى الطعن رقم 1582 لسنة 7 ق بقولها:

"المقصود بالاختراع هو تقديم شيء جديد للمجتمع أو إيجاد شيء لم يكن موجودا من قبل وقوامه أو مميزه أن يكون ثمة فكرة ابتكارية أو نشاط ابتكارى يتجاوز الفن الصناعى القائم فلا يعد من قبيل المخترعات التنقيحات أو التحسينات التى لا تضيف إلى الفن الصناعى القائم أو التعديلات الجزئية غير الجوهرية التى لا تغيب عن رجل الصناعة المتخصص فى حدود المعلومات الجارية والتى هى وليدة المهارة الحرفية وحدها ومثل هذه الصور تدخل فى نطاق الصناعة لا فى نطاق الاختراع".

حقوق العامل فى اختراعاته :

لحق الاختراع جانبان: جانب أدبى وجانب مالى نعرض لهما على التوالى.

406- الجانب الأدبى للاختراع:

يتمثل الجانب الأدبى للاختراع فى حق المخترع فى نسبة الاختراع إليه وذلك بأن يذكر اسمه فى براءة الاختراع، وفى سلطة المخترع فى التغيير والتبديل فيه. وهذا الجانب الأدبى يثبت للعامل المخترع فى كافة الحالات لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولا يجوز التنازل عنها.

407- الجانب المالى للاختراع:

يتمثل الجانب المالى لاختراع العامل فى سلطة استغلال هذا الاختراع فله التصرف فيه بالبيع أو الرهن أو الهبة. وفى هذه الحالة ينتقل الحق فى البراءة إلى المشتري أو المرتهن الموهوب له وتصدر باسمه وفى حالة الوفاة تصدر البراءة باسم الورثة. وهذا الجانب المالى لا يثبت للعامل فى كافة الحالات. فقد يثبت لرب العمل فى بعض الحالات، وقد يكون لكل منهما نصيب فيه فى بعض آخر.

وقد جرى فقه العمل - فى هذا الشأن - على التمييز بين ثلاثة أنواع من الاختراعات هي:

الاختراع الحر - اختراع الخدمة - الاختراع العرضى. ونعرض لهذه الأنواع على

التوالى.

408- (1) الاختراعات الحرة:

الاختراعات الحرة هي الاختراعات التي يتوصل إليها العامل، وتكون منقطعة الصلة تماماً بالعمل الذي يقوم به العامل بمقتضى العقد وبنشاط المشروع الذي يعمل فيه على السواء.

وواضح - أن هذه الاختراعات لا تتصل بالعمل زمانياً أو مكانياً، ولم يستعن العامل للوصول إليها بأية أدوات أو مواد مملوكة لصاحب العمل. ولا يغير من الأمر أن تكون الخبرة التي اكتسبها العامل عن عمله هذا هي التي هيأت له الوصول إلى الاختراع. وهذا النوع من الاختراعات يكون من حق العامل وحده، فيبقى للعامل عليها الحق الأدبي والحق المالي على السواء.

وهذا يتفق مع نص الفقرة الأولى من المادة 6 من قانون براءات الاختراع التي تقضى بأن: "يكون الحق في البراءة للمخترع أو لمن آلت إليه حقوقه". فإذا تضمن عقد العمل شرطاً يعطى لرب العمل حقوقاً على مخترعات العامل الحرة، فمثل هذا الشرط يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعارضه مع النظام العام لأن من شأنه أن يثني العامل عن الاختراع مادام أنه لن يستطيع توجيه اختراعه واستغلاله بالصورة التي يفضلها⁽¹⁾.

غير أن هذا التنازل يكون حائزاً إذا كان نظير مقابل خاص⁽²⁾، وما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع يوحى بأن التنظيم الذي ورد فيه متعلق بالنظام العام فيما كفه للعامل من حقوق قبل صاحب العمل، فقد جاء بها: "لما كان مبدأ حرية التعاقد قد لا يكفل التوازن العادل بين مصلحة صاحب العمل، ومصلحة التابع، في شأن الاختراعات التي يبتكرها هذا الأخير أثناء قيام رابطة التبعية، كان من المتعين تنظيم هذه العلاقة وتنسيقها".

(1) حسن كيره ص 256 هامش (1) - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 90 - عبد الودود يحيى ص 190 - وعكس ذلك كمال أبو سريع بحث في حق الملكية في براءة الاختراع (الجزء الثاني من البحث) منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة 26 العدد الثاني أبريل ويونيه 1982.

(2) محمد ليبب شنب ص 166.

409- (2) - اختراعات الخدمة :

وهى الاختراعات التى يتوصل إليها العامل خلال عمل يقتضى منه إفراغ جهده فى الاختراع والابتداع، فهى اختراعات توصل إليها عامل مكلف من قبل صاحب العمل بأن يعمل بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة فى البحث والاختراع ويتقاضى أجره مقابل هذا العمل، وصاحب العمل هو الذى يمول البحث ويقدم للعامل المعامل والآلات والمواد والمعاونين الذين يحتاج إليهم للقيام به وتقديم البحوث والتجارب السابقة ويتحمل النفقات اللازمة لمواصلة البحث والتجربة.

وهذا النوع من الاختراعات يثبت الحق المالى فيه لرب العمل لا لذات العامل المخترع.

وقد نصت على ذلك المادة 2/688 مدنى بقولها: "إن ما يستتبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الإبداع"، وكما نصت عليه أيضا الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون براءات الاختراع بقولها: "لصاحب العمل جميع الحقوق المترتبة على الاختراعات التى يستحدثها العامل أو المستخدم أثناء قيام رابطة العمل أو الاستخدام، متى كان الاختراع فى نطاق العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مقتضى العلاقة التنظيمية التى تربط الموظف بالدولة أن ما يكتشفه الموظف من اكتشاف أو يهتدى إليه من اختراع أثناء أو بسبب قيامه بأعمال وظيفته ويكون داخلا فى نطاق هذه الوظيفة تملكه الدولة من دون الموظف الذى لا يكون له أى حق فيه وهذه القاعدة التى تستمد أساسها من أصول القانون العام قد قننها فيه وهذه القاعدة التى تستمد أساسها عليه فى المادة 281 من قانون موظفى الدولة رقم 210 سنة 1951 من أنه: "تكون الاختراعات التى يبتكرها الموظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ملكا للدولة إذا كان الاختراع داخلا فى نطاق واجبات الوظيفة" وهذا الذى تقتضيه علاقة الموظف بالدولة تقتضيه كذلك علاقة العامل برب العمل - على ما بين العلاقين من تباين - وذلك إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تتطلب منه إفراغ جهده فى الكشف أو الاختراع وهىأت له ظروف العمل الوصول إلى ما اهتدى إليه من ذلك وقد قنن المشرع هذه القاعدة المقررة فنص فى المادة 2/688 منه على أن: "ما يستتبطه العامل

من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده في الابتداء أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات" لما كان ذلك، وكان اكتشاف المطعون عليه الأول معدن الكروميت أثناء إيفاده في بعثة على نفقات شركة مصر للمناجم والمحاجر لا يؤدي وحده إلى أن يكون صاحب الحق في هذا الكشف إذ لو كانت هذه البعثة أوفدت خصيصاً لهذا الكشف وكان استخدام المطعون عليه في تلك الفترة لهذا الغرض فإنه وفقاً للقواعد المتقدمة يكون الحق فيما اهتمت إليه البعثة من كشف لشركة مصر دون المطعون عليه ولما كان الحكم المطعون فيه قد غفل عن القواعد المتقدمة ولم يعن ببحث العلاقة التي كانت تربط المطعون عليه بشركة مصر في فترة الإعارة على ضوء هذه القواعد ولا أثر البعثة الثانية التي أوفدته فيها المصلحة التابع لها على ما وصل إليه من اكتشاف فإن الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 372 لسنة 28 ق جلسة 1963/11/21)

ولكن تقرير الحق المالى لصاحب العمل في هذه الحالة لا يعنى حرمان العامل كلياً من أى مقابل مالى عن اختراعه، فإذا لم يتفق رب العمل مع العامل على أجر يتقاضاه عن اختراعه، كان للعامل الحق في تعويض عادل ممن كلفه الكشف عن الاختراع أو من صاحب العمل.

وهذا التعويض يراعى فيه القيمة الاقتصادية للاختراع ومدى الجهد الذى بذله العامل فى سبيل التوصل إليه.

وتفصيل ذلك، أن الفقرة الثالثة من المادة 3/688 مدنى كانت تنص على أنه: "وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جديدة جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة. ويراعى في تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشآته"، وبعد ذلك صدر القانون رقم 132 لسنة 1949 الخاص ببراءات الاختراع (الملغى) ونص في الفقرة الثانية من المادة السابعة على أن للعامل "أجره على اختراعه في جميع الحالات، فإذا لم يتفق على هذا الأجر كان له الحق في تعويض عادل ممن كلفه الكشف عن الاختراع أو من صاحب العمل"، ولم تشرط الفقرة الأخيرة لتقاضى العامل تعويضاً عن اختراعه أن يكون الاختراع ذا أهمية اقتصادية جديدة، أى أنها

أجازت له تقاضى هذا التعويض بصرف النظر عن أهمية الاختراع، وإن كانت أهمية الاختراع دون شك لها دخل فى مقدار التعويض، ولما كان قانون براءات الاختراعات لاحق فى صدوره والعمل به للتقنين المدنى، وقد نظمت من جديد الفقرة الثانية من المادة السابعة منه موضوع الفقرة الثالثة من المادة 688 مدنى، فإن الفقرة الأخيرة تكون ألغيت ضمنا، ويتعين إعمال نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون براءات الاختراع⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة

2002 بقولها:

"إذا كلف شخص آخر الكشف عن اختراع معين فجميع الحقوق المترتبة على هذا الاختراع تكون للأول، وكذلك لصاحب العمل جميع الحقوق المترتبة على الاختراعات التى يستحدثها العامل أو المستخدم أثناء قيام رابطة العمل أو الاستخدام، متى كان الاختراع فى نطاق العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام".

ويذكر اسم المخترع فى البراءة، وله أجره على اختراعه فى جميع الحالات فإذا لم يتفق على هذا الأجر كان له الحق فى تعويض عادل ممن كلفه الكشف عن الاختراع، أو من صاحب العمل.

وفى غير الأحوال السابقة، وعندما يكون الاختراع ضمن نشاط المنشأة العامة أو الخاصة الملحق بها المخترع، يكون لصاحب العمل الخيار بين استغلال الاختراع، أو شراء البراءة مقابل تعويض عادل يدفعه للمخترع، على أن يتم الاختيار فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار بمنح البراءة.

وفى جميع الأحوال يبقى الاختراع منسوباً إلى المخترع".

410- (3) - الاختراعات العرضية؛

وهى الاختراعات التى يوفق إليها العامل فى أثناء خدمة رب العمل وبمناسبة هذه الخدمة، دون أن يكون لها علاقة بنوع العمل الذى يؤديه فى المنشأة، بمعنى أن عمله

(1) فى هذا المعنى حسن كيره ص 259 هامش (3)، إذ يرى أن الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون براءات الاختراع وإن أغفلت الشرط المذكور، إلا أن هذا الشرط محل اعتبار القاضى بالنظر إلى تعلق الأمر باختراع من اختراعات الخدمة يكون العامل مكلفاً بالقيام به بحكم وظيفته ويتحمل صاحب العمل نفقاته منه موضوع الفقرة الثالثة من المادة 688 مدنى، فإن الفقرة الأخيرة تكون ألغيت ضمنا، ويتعين إعمال نص الفقرة الثانية من المادة السابعة.

في المنشأة لا يقتضى منه البحث للتوصل إلى هذه الاختراعات، والحق المالى للاختراع في هذه الحالة يكون للعامل دون صاحب العمل.

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة 688 مدنى بقولها: "إذا وفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة رب العمل فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة رب العمل". إلا أن الفقرة الثانية من المادة 688 مدنى أجازت لرب العمل أن يشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فى استغلال هذا الاختراع، وأجازت الفقرة الثالثة للعامل إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقا لمقتضيات العدالة. ويراعى فى هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآت.

كما أجازت المادة الثامنة من قانون براءات الاختراع (الملغى) لصاحب العمل رغم عدم وجود الشرط الصريح السابق، الخيار بين استغلال الاختراع، أو شراء البراءة مقابل تعويض يدفعه للمخترع على أن يتم الاختيار فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار بمنح البراءة.

وهذا النص مننقد لأنه يتضمن قيда على حرية العامل فى استغلال اختراعه بغير رضا رغم أنه لم يثلق أى عون من قبل صاحب العمل فيما توصل إليه من اختراع، ولعل المشرع قد أدخل فى اعتباره عند تقرير هذا الحكم خطر استعمال هذه الاختراعات فى منافسة رب العمل إذا أعطى حق استغلالها إلى غيره.

وقد تدارك المشرع ذلك فى قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، إذ نص فى المادة السابعة منه - كما رأينا - على أن العامل المخترع يذكر اسمه فى البراءة، وله أجره على اختراعه فى جميع الحالات فإذا لم يتفق على هذا الأجر كان له الحق فى تعريض عادل من صاحب العمل.

غير أنه كان يحسن الاعتراف للعامل بحقه فى بيع البراءات أو استغلال الاختراع إلى الغير مع إعطاء صاحب العمل حقا فى الاسترداد مقابل دفع الثمن الحقيقى الذى تم به البيع⁽¹⁾.

411- تعقب اختراعات العامل بعد ترك الخدمة :

خشى المشرع وقوع غش من جانب العامل بأن يعتمد إلى إخفاء خبر الاختراع الذى وفق إليه أثناء الخدمة حتى ما إذا ما انتهى عقده قام بتسجيل الاختراع باسمه على أنه

(1) حسن كيره ص 257 وما بعدها.

توصل إليه بعد انتهاء الخدمة، أو بأن يعتمد إلى ترك الخدمة إثر توصله إلى الاختراع ليقوم بتسجيله باسمه على النحو المتقدم، فنص في المادة التاسعة من براءات الاختراع (الملغى) على أن: "الطلب المقدم من المخترع للحصول على براءة اختراع في خلال سنة من تاريخ تركه المنشأة الخاصة أو العامة يعتبر كأنه قدم في خلال تنفيذ العقد أو قيام رابطة العمل أو الاستخدام ويكون لكل من المخترع وصاحب العمل جميع الحقوق المنصوص عليها في المادتين السابقتين تبعاً للأحوال". وهذا النص يقيم قرينة على أن الاختراع الذي يطلب تسجيل براءته في خلال السنة التالية لترك العامل للخدمة، يعتبر قد تم أثناء هذه الخدمة، ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بإقامة الدليل على أن الاختراع لم يتم إلا بعد ترك العامل لخدمة صاحب العمل، ويقع على العامل إثبات هذا العكس⁽¹⁾.

وقد تضمنت المادة الثامنة من قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 حكماً يحقق حماية أكبر لصاحب العمل، فزادت المدة إلى ثلاث سنوات إذا أنشأ العامل أو التحق بمنشأة منافسة وكان الاختراع نتيجة مباشرة لنشاطه وخبرته السابقة بالمنشأة التي كان يعمل بها إذ قضت بأن:

"الطلب المقدم من المخترع للحصول على براءة اختراع في خلال سنة من تاريخ تركه المنشأة الخاصة أو العامة، يعتبر كأنه قدم في خلال تنفيذ العقد أو قيام رابطة العمل أو الاستخدام، ويكون لكل من المخترع وصاحب العمل جميع الحقوق المنصوص عليها في المادة السابقة تبعاً للأحوال.

وتزداد المدة إلى ثلاث سنوات إذا أنشأ العامل أو التحق بمنشأة منافسة، وكان الاختراع نتيجة مباشرة لنشاطه وخبرته السابقة بالمنشأة التي كان يعمل بها".

(1) محمد لبيب شنب ص 169 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 92 - كمال أبو سريع الجزء الثاني من البحث المشار إليه ص 73.

مادة (689)

يجب على العامل إلى جانب الالتزامات المبينة فى المواد السابقة، أن يقوم بالالتزامات التى تفرضها القوانين الخاصة.

الشرح

412- قيام العامل بالالتزامات التى تفرضها القوانين الخاصة:

لم يكن نص المادة (689) واردا فى المشرع التمهيدى للتقنين المدنى، وإنما عند عرض مشروع القانون فى لجنة المراجعة اقترح معالى السهنورى باشا وضع نص جديد يحيل فى التزامات العامل على القوانين الخاصة إلى جانب ما هو وارد بهذا المشروع، ذلك لأن نصوص المشروع التمهيدى فى عقد العمل كانت شاملة للأصول العامة والأحكام التفصيلية الهامة للعقد المذكور بسبب أن قانون عقد العمل الفردى لم يكن صدر فى الوقت الذى وضع فيه المشروع ولكن وقد صدر هذا القانون فإن المصلحة تقضى بأن تكون أحكام المشروع فى عقد العمل مقصورة على الأصول العامة مع الإحالة على القوانين الخاصة بالنسبة إلى المسائل التفصيلية والتطبيقية التى شملتها أحكام قانون عقد العمل الفردى باعتبار أن أحكامها عرضة من وقت لآخر لتعديلات تقتضيها تطور الحركة العمالية وتباين أوجه نشاطها فى الأزمنة المختلفة ومن أهم ما يحال عليه فى ذلك التزامات العامل فوضع هذا النص على غرار النص الخاص بالتزامات رب العمل. (المادة 693 من القانون)⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإنه يقع على عاتق العامل فضلا عن قيامه بالالتزامات المبينة فى القانون المدنى بالفصل الخاص بالعمل، أن يقوم بتنفيذ أى التزام آخر يرد فى قانون خاص كقانون العمل رقم 12 لسنة 2003 إذا كان العامل يخضع لأحكام هذا القانون.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص148 وما بعدها.

مادة (690)

يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته في الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة في ذلك.

الشرح

413- زمان ومكان دفع الأجرة للعامل:

يلتزم رب العمل بأن يدفع للعامل أجرته في الزمان الذي يحدده العقد، إذ العقد شريعة المتعاقدين.

وتقضى القواعد العامة، استحقاق العامل للأجر عند نهاية وحدة الزمن التي اتخذت أساسا لحسابه، فإذا كان العامل من عمال المشاهدة فإنه يستحق أجرة عند نهاية الشهر، وإذا كان من عمال المياومة فإنه يستحق أجره في نهاية اليوم كل يوم، ويستحق العام بالقطعة أجرة عند استكمال الوحدة التي اتخذت أساسا لحساب الأجر، أي أن القاعدة أن الأجر يستحق بعد أداء الخدمة.

فإذا لم يتفق الطرفان على زمان الوفاء بالأجر التزم رب العامل بأن يدفع الأجر في الزمان الذي يحدده العرف.

ويسرى ما تقدم على مكان دفع الأجر فإن رب العمل يلتزم بدفعه بالمكان المتفق عليه في العقد فإن خلا العقد من اتفاق، التزم بدفعه في المكان الذي يحدده العرف.

414- وجوب مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة:

يجب أن يراعى في زمان ومكان دفع الأجر ما تقضى به القوانين الخاصة في هذا الشأن، وهذا منطقي لأن الخاص يقيد العام.

ومثال ذلك ما تقضى به المادة (38) من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 من أنه:

"تؤدى الأجور وغيرها من المبالغ المستحقة للعامل بالعملة المتداولة قانونا في أحد أيام العمل وفي مكانه، مع مراعاة الأحكام التالية:

(أ) العمال المعينون بأجر شهري تؤدى أجورهم مرة على الأقل في الشهر.

(ب) إذا كان الأجر بالإنتاج واستلزم العمل مدة تزيد على أسبوعين وجب أن يحصل العامل كل أسبوع على دفعة تحت الحساب تتناسب مع ما أتمه من العمل وأن يؤدى له باقى الأجر خلال الأسبوع التالى لتسليم ما كلف به.

(ج) فى غير ما ذكر فى البندين السابقين تؤدى للعمال أجورهم مرة كل أسبوع على الأكثر ما لم يتفق على غير ذلك.

(د) إذا انتهت علاقة العمل يؤدى صاحب العمل للعامل أجره وجميع المبالغ المستحقة له فوراً إلا إذا كان العامل قد ترك العمل من تلقاء نفسه فيجب فى هذه الحالة على صاحب العمل أداء أجر العامل وجميع مستحقاته فى مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ مطالبة العامل بهذه المستحقات".



مادة (691)

- 1- إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك.
- 2- ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل أو إلى شخص موثوق به بعينه ذوو الشأن أو بعينه القاضى، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره.

الشرح

415- حالة استحقاق العامل جزء من الأرباح أو نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر:

إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك.

فلكى يقف العامل على قدر ما يخصه من ذلك ألزمت المادة رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك.

ولتحقيق مزيد من الضمانات والحماية للعامل أوجبت الفقرة الثانية على رب العمل بالإضافة إلى ما تقدم أن يقدم إلى العامل أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره.



مادة (692)

إذا حضر العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل، أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه من العمل إلا سبب راجع إلى رب العمل، كان له الحق فى أجر ذلك اليوم.

الشرح

416- دواعى النص:

هدف الشارع بهذا النص كفالة مورد رزق العامل فى فترة تعطله بتقرير حقه فى أجره أو نصف أجره ليتمكن من مواجهة متطلبات الحياة باعتبار أجر العامل هو مورد رزقه الوحيد فى الغالب، فضلا عن أن تعطله يعزى إلى سبب خارج عن إرادته. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون العمل رقم 137 لسنة 1981 (الملغى) عن نص المادة (36) منه المستمدة من نص المادة (692) مدنى. "وفى هذا تقنين لما استقر عليه قضاء التحكيم تمشيا مع مبادئ العدالة من جهة واستقرارا لعلاقات العمل من جهة أخرى وإقامته لضمانة جديدة من ضمانات الأجر من جهة ثالثة"⁽¹⁾.

417- الأصل أن الأجر مقابل العمل:

الأصل أن العامل يستحق أجره إذا قام بأداء العمل المتفق عليه، لأن سبب التزام صاحب العمل بدفع الأجر للعامل هو قيام هذا الأخير بأداء العمل المتفق عليه لحساب صاحب العمل⁽²⁾.

(1) راجع أيضا تقرير لجنة القوى العاملة عن الاقتراح بمشروع القانون.

(2) من ناحية أخرى يحق للعامل الانقطاع عن العمل بسبب تخلف صاحب العمل عن أداء أجره بلا مبرر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مقتضى القواعد العامة أنه يحق للعامل الانقطاع عن العمل بسبب تخلف صاحب العمل عن أداء أجره بغير مبرر ولا يعتبر ذلك غيابا بدون سبب مشروع إذ يكون الانقطاع عن العمل فى هذه الحالة دفعا بعدم التنفيذ - لما كان ما تقدم وكان الحكم =

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وكان الأصل فى استحقاق الأجر طبقا لنص المادة الثالثة من قانون العمل 91 لسنة 1959 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، وكان الثابت أن الطاعن قد فصل من عمله فى 1980/9/9 وإذ انتهى الحكم إلى عدم أحقية الطاعن لأجره عن المدة اللاحقة لإنهاء خدمته فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 1906 لسنة 52ق - جلسة 1987/2/16)

(ذات المبدأ: طعن 197 لسنة 52ق جلسة 1987/4/12)

على أن المشرع يقضى فى بعض الحالات بالإلزام صاحب العمل بدفع أجر العامل عن أوقات لا يقوم فيها العامل بالعمل فعلا، ومن بين هذه الحالات ما أتى به هذا النص، وهو ما نعرض له تفصيلا على النحو الآتي:

418- استحقاق الأجر فى حالة المنع عن العمل لأسباب ترجع إلى صاحب العمل :

نصت المادة عن أنه إذا حضر العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى رب العمل، كان له الحق فى أجر ذلك اليوم. وعبارة "سبب راجع إلى رب العمل" وردت مطلقة والأصل أن المطلق على إطلاقه ولا يجوز تخصيصه بغير مخصص وقصر هذه الأسباب على حالة الخطأ الذى يقع من صاحب العمل، لأن المشرع لو شاء ذلك لعبر عنه بما يفيد هذا القصر، فضلا عن أن القواعد العامة تقضى ببقاء التزام صاحب العمل بدفع الأجر رغم عدم أداء العامل للعمل، إذا كان ذلك راجعا إلى خطأ صاحب العمل إذ لا يملك صاحب العمل التحلل من التزام مفروض عليه بفعل خاطئ منه ومن ثم فلو كان المشرع يقصد حالة الخطأ فحسب لما كان فى حاجة إلى هذا النص طالما أنها مستفادة من القواعد العامة.

= المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وأغفل الرد على ما أثاره الطاعن فى هذا الخصوص فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 114 لسنة 48ق جلسة 1983/1/16)

ولذلك فالرأى الراجح أن الأسباب التى ترجع إلى صاحب العمل وتؤدى إلى منع العامل من أداء عمله، تشمل حالة وقوع خطأ من جانب صاحب العمل، سواء كان عمدياً أو غير عمدي، كما تشمل الحالات التى لا يقع فيها خطأ من جانبه. ويمكن القول أن السبب يكون راجعاً إلى صاحب العمل مادام ليس أجنبياً عنه، ويكون السبب أجنبياً إذا كان نتيجة قوة قاهرة، أو خطأ الغير⁽¹⁾.

ومن أمثلة السبب الذى يرجع إلى الخطأ العمدى من جانب صاحب العمل:

- تعتمد صاحب العمل عدم تكليف العامل بأى عمل نكاية فيه.

(1) حسن كيره ص 339 - لبيب شنب ص 355 - إيهاب إسماعيل ص 282 - عبد الودود يحيى ص 233 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 139 - فتحى عبد الصبور فى الوسيط ص 169.

غير أن هيئات التحكيم جرت فى ظل المادة 692 مدنى على قصر اصطلاح (السبب الراجع إلى رب العمل، إلى حالة فعل أو إرادة رب العمل فضلاً عن حالة الخطأ من جانبه، بحيث يتحمل صاحب العمل من التزامه بإعطاء العامل أجره كاملاً فى حالات العطل الأخرى الناشئة عن غير خطأ صاحب العمل أو بدون فعل إرادى من جانبه (حسن كيره ص 338).

ولذلك قررت هيئة تحكيم القاهرة بتاريخ 1955/4/3 فى النزاع 347 لسنة 53 (مدونة الفكهانى 1/1 ص 364 وما بعدها) بأن "وحيث إن رب العمل ملزماً بأن يدفع للعامل أجرته كما بينها القانون العام والخاص، وليس له أن ينقص منها دون سبب قانونى، أو يحول بينه وبين العمل ليحرمه منها - وقد أصبح من المبادئ التى سارت عليها قرارات هيئات التحكيم أن صاحب العمل مسئول عن العطل الذى يلحق آلات المصنع إذا كان ذلك العطل بسببه أو بفعله بحيث لا يمس ذلك العطل الأجر الذى يتقاضاه العامل".

(راجع أيضاً النزاع رقم 30 لسنة 1954 جلسة 1954/3/25 المرجع السابق ص 368، النزاع رقم 14 لسنة 1955 جلسة 1955/4/17 المرجع السابق ص 365).

وانظر أيضاً جمال زكى ص 914 إذ يذهب إلى أن المادة 36 من القانون رقم 137 لسنة 1981 الملغى المقابلة لنص المادة 692 إذ قابلت بين الأسباب القهرية الخارجة عن إرادة صاحب العمل والأسباب التى ترجع إليه، لا بد أن يكون المقصود بهذه الأسباب الأخيرة، الأسباب التى ترجع إلى إرادته أو إلى تقصيره.

- إغلاق المنشأة للضغط على العمال في نزاع بينه وبينهم⁽¹⁾.
- ومن أمثلة السبب الذي يرجع إلى الخطأ غير العمدى من جانب صاحب العمل:
- إهمال صاحب العمل في صيانة الآلات الذى يترتب عليه تلفها وتوقفها عن العمل.
- مخالفة صاحب العمل أحكام قانون العمل الآمرة مما ترتب عليه صدور قرار أو حكم بإغلاق المنشأة فترة من الزمن كجزاء له على هذه المخالفة.
- ومن أمثلة السبب الذى لا يرجع إلى خطأ من جانب صاحب العمل:
- تعطيل صاحب العمل للآلات نظرا لعدم وجود مواد خام فى المنطقة.
- تعطيل العمل للرغبة فى تقليل الإنتاج لقلة الطلب على منتجات صاحب العمل. ما لم يكن صاحب العمل قد أنهى عقود عماله قبل ذلك وكانت الظروف تبرر هذا الإنهاء.
- وفى الحالة الأخيرة لا يوجد ثمة خطأ عمدى أو غير عمدى من جانب صاحب العمل، فهو لم ينحرف فى سلوكه وإدارته للعمل عن عناية الشخص المعتاد.
- ومن أمثلة السبب الأجنبى الذى ينتفى معه التزام صاحب العمل بدفع أجر العامل كاملا:

- حدوث حريق بالمصنع بفعل الغير أو بسبب مجهول.
- إذا قررت جهة الإدارة إغلاق منشأة صحفية معارضة فى فترة من فترات الاضطراب السياسى دون أن تقع مخالفة تبرر هذا الإغلاق⁽²⁾.
- ويراعى دائما أن كون المنع من العمل بسبب راجع إلى صاحب العمل، مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع، دون رقابة عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاها على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"يدل النص فى المادتين الأولى من القانون رقم 48 لسنة 1978، 36 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 137 لسنة 1981 على أن العامل يستحق أجره إذا حضر لمزاولة عمله، وثبت أن منعه من العمل كان بسبب راجع إلى صاحب العمل، وتقدير سبب

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج8 ص451.

(2) إيهاب إسماعيل ص282.

منع العامل من عمله، وما إذا كان راجعا إلى صاحب العمل من عدمه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاؤها على أسباب سائغة".

(طعان رقما 2124 لسنة 53ق، 2664 لسنة 58ق جلسة 13/4/1992)

419- صاحب العمل هو المكلف بإثبات السبب الأجنبي :

إذا أقام العامل الدليل على حضوره إلى مكان العمل أو إبداء استعداده لمزاولة العمل، فإنه يقع على صاحب العمل عبء إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى منع العامل من أداء عمله، لأن صاحب العمل ملزم بتقديم العمل إلى العامل وهو التزام بنتيجة لا ببذل عناية⁽¹⁾.

420- لا يشترط حضور العامل يوميا إلى مكان العمل :

لا يشترط لاستحقاق العامل لأجره عن جميع أيام العطل أن يحضر كل يوم إلى مكان العمل في المواعيد العادية، بل يكفي أن يكون مستعدا لمعاودة العمل في أى وقت يحدده رب العمل⁽²⁾.

421- استحقاق العامل الأجر عن كامل المدة التي يعمل فيها :

إذا ثبت أن المنع من العمل كان لسبب راجع إلى صاحب العمل، فإن العامل يستحق أجره عن كل المدة التي لم يشتغل فيها، وليس عن اليوم الأول الذي تعرض فيه للمنع من العمل، طالما أن المنع قائم في الأيام التالية، فأساس التزام رب العمل بالأجر هو كون المنع راجعا إليه وليس عدم مباغته العامل بحرمانه من العمل.

ورغم أن ظاهر نص المادة 692 مدني كان يوحي بغير ذلك لما تضمنته في عجزها من أن "... كان له الحق في أجر ذلك اليوم"، إلا أن الرأي الغالب كان جاريا على ما أسلفناه⁽³⁾.

ومنعنا من حدوث لبس في هذا الصدد لم تتضمن المادة (36) من القانون 137 لسنة

(1) حسن كيره ص339 - إيهاب إسماعيل ص283.

(2) لبيب شنب ص355 - عبد الودود يحيى ص234.

(3) لبيب شنب ص355 - عبد الودود يحيى ص234 - إيهاب إسماعيل ص285 -

جمال زكي ص912 - وعكس ذلك على العريف ص299.

1981 (المغى) ومن بعده المادة 41 من القانون رقم 12 لسنة 2003 (الحالى) العبارة التى كان منصوصا عليها فى المادة 692 مدنى. إلا أن مناط استحقاق العامل لأجره عن المدة التى يشتغل فيها، أن تكون علاقة العمل مازالت قائمة.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كان ذلك، وكانت المادة 692 من القانون المدنى تنص على أنه "إذا حضر العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى رب العمل، كان له الحق فى أجر ذلك اليوم". ومفاد هذا النص - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط أصلا لاستحقاق الأجر فى الحالة التى أفصح عنها أن يكون عقد العمل قائما على اعتبار أن الأجر التزام من الالتزامات المنبثقة عنه، مما مؤداه أن أحكام تلك المادة تنحصر عن حالة صدور قرار بفصل المطعون ضده طالما أن فصله ينهى عقد عمله ويزيل الالتزامات الناتجة عنه ومنها الالتزام بدفع الأجر ...".

(طعن رقم 55 لسنة 43 قى جلسة 11/3/1979)

(ذات المبدأ طعن رقم 347 قى جلسة 13/3/1977)

2- الأصل أن استحقاق الأجر بالتطبيق لنص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 سنة 1959 أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى رب العمل كان له الحق فى أجر ذلك اليوم" مفاده أنه يشترط لاستحقاق الأجر فى الحالة التى أفصحت عنها هذه المادة أن يكون عقد العمل قائما لأن الأجر التزام من الالتزامات الناتجة عنه. وأن الحجية لا تثبت إلا للأحكام النهائية الفاصلة فى موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لأن هذه القرارات لا تفصل فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة والإدانة وإنما تفصل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل فى موضوعها، ومن ثم فلا تكتسب تلك القرارات أية حجية أمام القاضى المدنى - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص خطأ الطاعنة المتمثل فى قيامها بفصل المطعون ضده من عمله مما هو ثابت

من الحكم النهائي الصادر من المحكمة التأديبية في الطعن رقم 42 سنة 18 ق والقاضي بإلغاء قرار فصله والمؤسس على عدم وجود دليل على اقترافه الواقعة التي فصل بسببها ورتب على ذلك أن عدم قيامه بمباشرة عمله خلال فترة فصله كان راجعا إلى هذا الخطأ من جانب الطاعنة وهو استخلاص سائق وله أصله المستمد من حجية ذلك الحكم ولا ينال منه ما قد يتضمنه أمر الحفظ وقرار النيابة الإدارية سالفى البيان واللذان لا يكتسبان أية حجية أمام القضاء المدني فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو عابه الفساد في الاستدلال ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 1099 لسنة 50 ق جلسة 1986/4/27)

422- حق صاحب العمل في تخفيض ساعات العمل:

لا يتعارض مع حكم المادة أن يخفض صاحب العمل ساعات العمل أو ينقص أيام العمل الأسبوعي، حتى لو أدى ذلك إلى إنقاص أجور العمال، ذلك أن صاحب العمل يملك تنظيم أوقات العمل بما يحقق حسن سير العمل في المنشأة، ومن ثم لا يستطيع العمال أن يستندوا إلى هذه المادة لمطالبة صاحب العمل بأجورهم عن الساعات أو الأيام المنقوصة، ذلك أن المادة تلزم صاحب العمل أن يدفع للعمال أجورهم إذا منعهم عن العمل الفترة اليومية المحددة للعمل، وصاحب العمل يملك تعديل فترات العمل، ولا يحق للعمال الاعتراض على هذا التعديل طالما أن رب العمل لم يكن متعسفا في ذلك⁽¹⁾.

423- ما يتقاضاه العامل يأخذ وصف الأجر:

ما يدفعه صاحب العمل إلى العامل بالتطبيق للمادة (692) يأخذ وصف الأجر رغم أن العامل لا يؤدي عملا في فترة التعطل طالما أن العطل ناشئ عن سبب راجع إلى صاحب العمل⁽²⁾، ومن ثم فإنه يسرى عليه ما يسرى على الأجر من أحكام.

424- استحقاق العامل الاحتياطي لأجره:

العامل الاحتياطي هو العامل الذي يستخدمه صاحب العمل للحضور إلى مكان العمل ليكون على استعداد لملء أى فراغ يحدث بين العمال طيلة اليوم.

(1) عبد الودود يحيى ص234.

(2) إيهاب إسماعيل ص283.

وهذا العامل يستحق أجره كاملاً ولو لم يباشر العمل بالفعل طالما قد حضر إلى مكان العمل بناء على أمر رب العمل لمزاولة عمله في الفترة اليومية التي يلزمه بها عقد العمل وأعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة.

(استئناف القاهرة - هيئة التحكيم النزاع رقم 32 لسنة 55 جلسة 1955/6/26).

425- منع العمل لأسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل :

إذا كان منع العامل من العمل يرجع إلى أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق العامل نصف أجره.

والمقصود بالأسباب القهرية الخارجة عن إرادة صاحب العمل، السبب الأجنبي عن صاحب العمل، وهو الذي يكون نتيجة قوة قاهرة أو خطأ الغير، دون خطأ العامل لأنه لا يتصور إفادة العامل من خطئه.

وهذا الحكم أملتة قواعد العدالة، لأن للأجر طابع حيوى للعامل وهو عماد حياته، ومن ثم فإن قواعد العدالة توجب تحمل صاحب العمل بنصف هذه الأجر رغم أن منع العامل من العمل ليس لسبب راجع إليه.

وهذا الحكم لم يرد في المادة (692) إلا أن العرف كان يجرى في بعض المنشآت على تحميل صاحب العمل بجزء من أجر العامل في هذه الحالة، كما درجت هيئات التحكيم على ذلك في حالة عدم وجود هذا العرف تأسيساً على حقها في الاستناد إلى مبادئ العدالة وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة في المنطقة⁽¹⁾. إلا أنه نص على هذا الحكم في قانونى العمل رقم 137 لسنة 1981، 12 لسنة 2003.

ومن أمثلة ذلك :

1- استقرار العرف في معامل النسيج على منح العامل أجر نصف متوسط الإنتاج.

(هيئة تحكيم القاهرة - النزاع رقم 309 لسنة 1953 -

جلسة 1954/1/28)⁽²⁾.

(1) عبد الودود يحيى ص 235 - حسن كيره ص 341 - إيهاب إسماعيل ص 283 وما بعدها.

(2) مدونة الفكهانى 1/1 ص 367 وما بعدها.

2- صرف نصف الأجر إذا كان العطل بسبب التقشيط أو كان ميكانيكيا.

(هيئة تحكيم القاهرة - النزاع رقم 231 لسنة 1954 -

جلسة 1955/1/9⁽¹⁾)

3- صرف نصف الأجر إذا كان العطل بسبب انقطاع التيار الكهربائي⁽²⁾.

(استئناف القاهرة - هيئة التحكيم النزاع رقم 15 لسنة 1958 -

جلسة 1958/5/17)

426 - المنع من العمل بسبب الإضراب :

إذا قام بالإضراب فريق من عمال المنشأة، فإن هؤلاء العمال لا يستحقون أجرا عن الفترة التى لم يباشروا فيها العمل أيا كان الهدف من الإضراب، لأن المنع من العمل كان بسبب راجع إليهم.

أما بالنسبة للعمال الذين لم يشاركوا فى الإضراب، لكنهم لم يستطيعوا أداء عملهم بسبب توقف العمل فى المنشأة، فالأصل أيضا أنهم لا يستحقون أجورهم، إلا إذا أمكن نسبة عدم أدائهم للعمل إلى سبب يرجع لصاحب العمل، كأن يكون صاحب العمل هو الذى دفع العمال إلى الإضراب بسبب عدم تنفيذ التزامه، أو كان صاحب العمل هو الذى أمر بوقف العمل فى المنشأة رغم إمكان استمراره بواسطة العمال غير المضربين⁽³⁾.

427 - عدم سريان النص على العامل المنصوص :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن النص فى المادة 692 من القانون المدنى على أن: "إذا حضر العامل ... لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة، ولم يمنعه من العمل إلا سبب راجع إلى رب العمل كان له الحق فى أجر ذلك اليوم" مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستحقاق الأجر فى الحالة التى أفصح عنها أن يكون عقد العمل قائما على اعتبار أن الأجر التزام من الالتزامات المنبثقة عنه مما مؤداه أن أحكام تلك المادة

(1) مدونة الفكهانى 1/1 ص 366.

(2) مدونة الفكهانى 1/1 ص 371.

(3) أحمد شوقى عبد الرحمن ص 141 - عبد الودود يحيى ص 236 وما بعدها.

تنحسر عن حالة صدور قرار بفصل العامل طالما أن فصله ينهى عقد عمله وكذلك الالتزامات الناتجة عنه ومنها الالتزام بدفع الأجر لما كان ذلك وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى النتيجة الصحيحة التي تتفق وهذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب في غير محله".

(طعن رقم 1314 لسنة 50 ق جلسة 1986/3/23 - ذات المبدأ طعن رقم 1099 لسنة 50 ق جلسة 1986/4/27)

428- حكم قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 :

تنص المادة (41) من القانون على أنه "إذا حضر العامل إلى مقر عمله في الوقت المحدد للعمل، وكان مستعداً لمباشرة عمله وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل، اعتبر كأنه أدى عمله فعلاً واستحق أجره. أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف أجره".



مادة (693)

يجب على رب العمل إلى جانب التزاماته المبينة فى المواد السابقة أن يقوم بالالتزامات التى تفرضها القوانين الخاصة.

الشرح

429- التزام رب العمل بما تفرضه القوانين الخاصة :

إلى جانب التزام رب العمل بالالتزامات المبينة فى التقنين المدنى، يجب عليه أيضا أن يقوم بالالتزامات التى تفرضها القوانين الخاصة، طالما أن هذه القوانين الخاصة تسرى على علاقة العمل الذى هو أحد أطرافها. ومثال ذلك الأحكام التى ينص عليها القانون رقم 12 لسنة 2003 بإصدار قانون العمل.

ومثال ذلك :

- 1- أنه لا يجوز لصاحب العمل إلزام العامل بشراء أغذية أو سلع أو خدمات من محال معينة أو مما ينتجه صاحب العمل من سلع أو يقدمه من خدمات (م42).
- 2- أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يقطع من أجر العامل أكثر من (10%) وفاء لما يكون قد أقرضه من مال أثناء سريان العقد أو أن يتقاضى أية فائدة عن هذه القروض، ويسرى ذلك الحكم على الأجور المدفوعة مقدما.
- 3- أنه لا تبرأ ذمة صاحب العمل من الأجر إلا إذا وقع العامل بما يفيد استلام الأجر فى السجل المعد لذلك أو فى كشوف الأجور، على أن تشمل بيانات هذه المستندات مفردات الأجر".



3 - انتهاء عقد العمل

مادة (694)

- 1- ينتهى عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 678، 679.
- 2- فإن لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر ويجب فى استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار. وطريقة الإخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة.

الشرح

430 - انتهاء عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "ينتهى عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله".

وتنص الفقرة الأولى من المادة 1/679 - كما رأينا - على أنه:

"إذا كان عقد العمل معين المدة انتهى من تلقاء نفسه بانقضاء مدته"، كما نصت المادة 680 مدنى على أنه "إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه".

ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للمبادئ العامة المنصوص عليها فى المادة 147 مدنى من أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون.

ومفاد ذلك أنه إذا كان متفقاً على تاريخ معين لانتهاء العقد أو على تحديده بمدة معينة، فإنه ينتهى بحلول هذا التاريخ أو انقضاء هذه المدة، وإذا كان ميعاد انتهائه محدداً بواقعة مستقبلية محققة الوقوع، فإنه ينتهى بمجرد تحقق هذه الواقعة، وإذا كان العقد قد أبرم لإنجاز عمل معين فإنه ينتهى فور إنجاز هذا العمل.

إنما لا يجوز لأى من الطرفين أن يستقل بإنهاء العقد قبل انقضاء مدته ولو توافر

لدى هذا الطرف ما يدعوه إلى ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى الفقرة الأولى من المادة 694 من القانون المدنى على أنه: "ينتهى عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله". والنص فى الفقرة الأولى من المادة 679 من ذات القانون على أنه لا يجوز لأى من طرفى العقد أن يستقل بإنهائه قبل انقضاء المدة المحددة له، يدل على أن الأصل فى العقد المحدد المدة سواء كان مبرما لمدة معينة أو لإنجاز عمل معين أن ينتهى بانقضاء المدة المعنية أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله، ولا يجوز لأى من طرفيه أن يستقل بإنهائه قبل انقضاء مدته وإلا اعتبر ذلك إنهاء غير مشروع للعقد يعطى للطرف الآخر الحق فى التعويض عما أصابه من ضرر بسببه ولو توافر لدى الطرف الذى استقل بإنهاء العقد بإرادته المنفردة قبل مدته ما يدعوه إلى ذلك وهو ما يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة المقررة فى المادة 1/147 من القانون المدنى والتى تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون، وإذ انتهى الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه لأسبابه إلى هذه النتيجة الصحيحة فى القانون وطبقها على واقعة الدعوى معتبرا إنهاء عقد عمل المطعون ضده المحدد المدة، بإرادة رب العمل المنفردة، إنهاء غير مشروع يوجب تعويضه عما أصابه من ضرر بسببه دون حاجة إلى إثبات أى تعسف آخر، فإن ذلك يتضمن بذاته سبب عدول المحكمة عن تنفيذ التحقيق الذى أمرت به، ويضحي معه دفاع الطاعن بشأن مبررات إنهاء العقد ونفى التعسف عنه دفاعا غير جوهري لا تلتزم المحكمة بالرد عليه".

(طعن رقم 694 لسنة 42 ق جلسة 1982/4/10)

والعقد ينتهى على النحو السابق من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اتخاذ إجراء آخر، فلا يلتزم الراغب فى الإنهاء إخطار الطرف الآخر بذلك، إذ لا مفاجأة فى هذا الإنهاء لأن أجل العقد محدد مقدما أو قابل للتحديد بعكس الحال فى العقد غير محدد المدة كما سيلي:

كما لا يلتزم راغب الإنهاء إثبات مبرر مشروع لموقفه.

غير أنه إذا كان المتعاقدان قد اتفقا عند تحديد مدة العقد على أنه لا ينتهى بانقضاء هذه المدة إلا إذا أخطر أحد المتعاقدين الآخر بتمسكه بهذا الإنهاء فإن عقد العمل محدد

المدة لا ينتهى فى هذه الحالة بمجرد انتهاء مدته، بل يجب على راغب الإنهاء مراعاة ما اتفق عليه من مهلة للإخطار، ولا يتحول العقد لهذا السبب إلى عقد عمل غير محدد المدة. ويكون تحديد مهلة الإخطار فى هذا الشأن من سلطة الطرفين دون أن يتقيدا فى ذلك بالميعاد الذى يستلزمه القانون للإخطار بالنسبة إلى عقد العمل غير محدد المدة⁽¹⁾. ويجوز الاتفاق على مدة لعقد العمل ينتهى بانقضائها دون حاجة إلى إخطار، ولكن ينص فى العقد على أنه إذا أخطر رب العمل العامل قبل انقضاء هذه المدة بفترة معينة برغبته فى استمراره فى العمل، فإن العقد لا ينتهى بل يستمر، وفى هذه الحالة نكون بصدد عقد عمل محدد المدة مقترن بوعده بإبرام عقد عمل من جانب العامل بحيث إنه إذا قبل الموعد له (رب العمل) هذا الوعد بإخطاره العامل فى الموعد المحدد انقلب هذا الوعد إلى عقد عمل جديد يبدأ بعد انتهاء العقد الأول⁽²⁾.

431- عدم الإخلال بأحكام المادتين 678 ، 679 مدنى :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة على أن ينتهى عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله أردفت: "وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 678، 679".

وهذا يعنى مراعاة ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 678 من أنه: "إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر". وما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (679) من أنه إذا استمر طرفا العقد معين المدة فى تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته اعتبر ذلك منهما تجديدا للعقد لمدة غير معينة". وقد سبق أن تناولنا هاتين الحالتين بالشرح عند تناول المادتين 678، 679.

استقالة العامل :

432- تعريف الاستقالة :

الاستقالة هى إبداء العامل رغبته فى إنهاء علاقة العمل. وإعطاء العامل حق الاستقالة يقوم على التوفيق بين الحرية الفردية ومقتضيات

(1) محمد عمران ص 336 - محمد لبيب شنب ص 383 - حسن كيره ص 627.

(2) محمد لبيب شنب ص 383 وما بعدها.

مصلحة العمل لاسيما وأن رضا العامل شرط لقيام علاقة العمل واستمرارها. والاستقالة لا تكون إلا فى العقد غير محدد المدة، وتعتبر إنهاء له بالإرادة المنفردة. وتعد الاستقالة تطبيقاً للمادة 2/694 مدنى التى تقضى بأنه: "فإن لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر.

أما بالنسبة للعقد محدد المدة، فإن استقالة العامل تعتبر إنهاء مبتسرا للعقد، لأنها تضع نهاية للعقد قبل انتهاء مدته".

433- شكل الاستقالة:

ولم يتطلب القانون المدنى شكلا معيناً فى الاستقالة. فلا يلزم أن تكون الاستقالة مكتوبة وذلك على خلاف ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة 99 من قانون نظام العاملين بالقطاع العام من أن الاستقالة تكون مكتوبة .

وعلى ذلك كان يجوز تقديم الاستقالة شفاهة طالما أنها تفيد الرغبة فى إنهاء عقد العمل بين العامل وصاحب العمل وترتبطا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

لما كانت المادة 71 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 137 لسنة 1981 - والتى تسرى على العاملين بالمؤسسات الصحفية القومية من صحفيين وإداريين عملاً بنص المادة 23 من القانون رقم 148 لسنة 1980، والمادة 178 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون - قد اعتبرت استقالة العامل من بين أسباب انقضاء علاقة العمل، وكان البين من الطلب المقدم من الطاعن إلى رئيس تحرير الأهرام الاقتصادى بتاريخ 19/5/1982 خلوه مما يفيد إبداء رغبته فى إنهاء علاقة العمل التى تربطه بالمطعون ضدها، فإن هذا الطلب لا يعد استقالة مما تستلزم أن يراعى فى شأنها الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين 171، 172 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 148 لسنة 1980 بشأن سلطة الصحافة. وإذ كان دفاع الطاعن فى هذا الخصوص لا يستند إلى أساس قانونى صحيح فلا على الحكم المطعون فيه إن هو أغفل الرد عليه".

(طعن رقم 4652 لسنة 61 قى جلسة 1997/3/9)

434- الاستقالة تنتج أثرها بمجرد تقديمها:

تنتج الاستقالة أثرها فى الوقت التى تتصل فيه بعلم صاحب العمل وذلك عملاً بالمادة 91 مدنى التى تقضى بأن: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل

فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

ولا يلزم العامل بإبداء ثمة أسباب في استقالته لأنها حق له يستعمله كما يشاء دون أن يكون ملزماً بإبداء أسباب لها أو يكون خاضعاً لثمة محاسبة. ولا يحول دون إعمال هذا الأثر، التأشير على الاستقالة بالحفظ من رب العمل، أو قول العامل أنه مازال عاملاً لدى صاحب العمل بعد أن أنهى عمله بإرادته المنفردة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن النعى في وجهه الأول مردود بأن المادة 2/694 من القانون المدني تجيز لكل من طرفي عقد العمل غير المحدد المدة أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر بإرادته المنفردة وهو حق لا يقيد سوى الإخطار في الميعاد الذي حدده القانون أو التعويض عنه إذا لم يتم، ولما كانت المادة 80 من القانون رقم 91 لسنة 1959 تنص على أنه "يجوز للعامل بعد إعلان صاحب العمل طبقاً للمادة 72 أن يستقيل من العمل..." فإن الاستقالة تكون إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة وتتم بمجرد تقديمها ومن ثم لا يحول دون إعمال أثرها التأشير عليها بالحفظ من رب العمل أو قول المطعون ضده أن الطاعن مازال موظفاً لديه بعد أن أنهى الطاعن عمله بإرادته المنفردة باستقالته منه".

(طعن رقم 496 لسنة 37 ق جلسة 1974/3/23)

ويرى البعض (1) - أن القضاء سالف الذكر يظل موضوع جدال، فالاستقالة رغم أنها من حق العامل، يظل استخدامها متوقفاً على عدم تعسفه في استعمال حقه. مما كان يجب القول أن الاستقالة لا تنتج أثرها إلا بقبول صاحب العمل لها، أو على الأقل كما هو الحال في قانون العاملين المدنيين بالدولة (القانون رقم 47 لسنة 1978، المادة 97)، وقانون العاملين بالقطاع العام (رقم 48 لسنة 1978 المادة 99) والذان يقرران أن العامل أن يقدم استقالته من وظيفته وتكون الاستقالة مكتوبة ولا تنتهي خدمة العامل إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة. ويجب البت في الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون ... الخ. فالأصل ألا تنتهي خدمة العامل إلا بقبول استقالته، ولكن خوفاً من تباطؤ المنوط به قبول أو عدم

(1) أحمد حسن البرعى ص 783 وما بعدها.

قبول الاستقالة، حدد المشرع مدة تصبح الاستقالة بعدها مقبولة حكما، طالما لم يبت فيها، من جهة صاحب العمل.

وفى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003، لا يعتد باستقالة العامل إلا إذا كانت مكتوبة، وللعامل المستقبل أن يعدل عن استقالته كتابة خلال أسبوع من تاريخ إخطار صاحب العمل للعامل بقبول الاستقالة، وفى هذه الحالة تعتبر الاستقالة كأن لم تكن (م119).

435- استمرار العامل فى العمل بعد تقديم استقالته :

إذا كان العامل لم يترك العمل فور تقديم استقالته وإنما استمر فيه مدة معينة بناء على طلب صاحب العمل فإن علاقة العمل تكون قائمة فى خلال هذه الفترة ويستحق أجره عنها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... ومردود فى الوجه الثالث بأن الحكم المطعون فيه جرى فى قضائه على أن المطعون عليه لم يترك العمل فور تقديم استقالته أو قبولها بل استمر بأمر مخدمه حين طلب إليه الاستمرار فى العمل شهرا فظل فى خدمته حتى 1957/2/20 ثم رتب على ذلك أن العقد لا يكون قد انتهى فعلا إلا فى 1957/2/20 وما قرره الحكم من ذلك واقع لم يكن محل نعى من الطاعن، وما رتبته على هذا الواقع لا يخالف أحكام القانون".

(طعن رقم 85 لسنة 30 ق جلسة 1964/12/23)

436- إثبات الاستقالة :

لما كانت الاستقالة إنهاء لعقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة للعامل، ومن ثم فإن إنهاء هذا العقد يعد عملا قانونيا غير محدد القيمة ويتعين من ثم - عند قيام المنازعة فى شأن حصول الاستقالة - إثباتها عملا بالمادة 1/60 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين⁽¹⁾.

437- خلو الاستقالة من عيوب الرضا :

الاستقالة عمل إرادى من جانب واحد، ومن ثم فإنها يجب أن تكون خالية من

(1) راجع مؤلفنا المشار إليه ج2 ص992.

عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه، فلا يعتد باستقالة العامل إذا أثبت العامل أن الاستقالة صدرت منه عن غلط أو تدليس أو إكراه.

438- التزام العامل المستقيل بمراعاة مهلة الإخطار:

لا تعفى الاستقالة باعتبارها إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة، العامل من وجوب إخطار صاحب العمل بالاستقالة قبل تقديمها، والالتزام بمهلة الإخطار⁽¹⁾.

عقد العمل غير محدد المدة:

439- المقصود بعقد العمل غير محدد المدة:

ورد النص على عقد العمل غير محدد المدة بالمادة 1/678 مدنى إذ نصت على أن: "يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير معين المدة".

وعقد العمل غير محدد المدة، هو الذى لا يتفق الطرفان على مدة له أو على انتهائه فى تاريخ معين أو بتحقيق واقعة مستقبلية معينة أو بإنجاز عمل معين. ولا يحول دون اعتبار العقد غير محدد المدة أن يحدد الأجر فيه على أساس الزمن⁽²⁾.

ويرجع إلى العاقدین وحدهما تعيين نوع العقد الذى يريدان إبرامه، وإذا وجد غموض فى عبارات العقد كان على القاضى تفسيره طبقاً للقواعد العامة فى تفسير العقود للكشف عما قصدته الإرادة المشتركة وقت إبرامه ويجب عليه الأخذ بالتكييف الأصلح للعامل فى خصوص الدعوى تفسيرا للشك فى مصلحته وإذا لم تفصح عبارات العقد عن نوع العقد، تعين الرجوع فى تعيينه إلى عادات المهنة، على تقدير انصراف الإرادة المشتركة لطرفيه ضمناً إلى الأخذ بها، فإذا لم توجد فى المهنة عادة تعيينه، كان العقد ذا مدة محددة⁽³⁾.

(1) أحمد شوقي المليجي الكتاب الثانى فى نظام العاملين بالقطام العام ص 711 - جمال زكى ص 958.

(2) جمال زكى ص 608.

(3) جمال زكى ص 611.

باعتبار العقد غير محدد المدة هو الأصل فى العلاقات العقدية⁽¹⁾.

والقاضى يسبغ التكيف القانونى الصحيح على العقد غير مقيد بالوصف الذى أعطاه طرفاه له، إذ قد يعتمد الطرفان - لاسيما صاحب العمل - تحايلا على القواعد الأمرة فى إنهاء العقد ذى المدة غير المحددة - فى تشريعات العمل - إلى إسباغ وصف التوقيت على العلاقة التعاقدية التى يقصد الطرفان فى الحقيقة أن تكون مستمرة.

ومن صور ذلك تكرار الاتفاق بين الطرفين على تجديد العقد معين المدة، لأن هذا التكرار يجعل الأجل المحدد بالعقد وهما بحيث يعتمد كل طرف على استمرار العقد وتكرار تجديده قياسا على الماضى فىكون العقد فى الواقع غير معين المدة ولذلك إذا رفض أحد الطرفين تجديده فىكون ذلك أشبه بانتهائه بالإرادة المنفردة، ولكن يشترط فى ذلك أن تكون مدة العقد قصيرة لأنه إذا كانت المدة طويلة فإن تكرار التجديد يكون محددا فلا يبرر الاعتماد على استمراره. وعلى كل حال فإن المدة المناسبة وعدد مرات التجديد تعتبر مسائل تقديرية تفصل فيها محكمة الموضوع حسب الظروف والأحوال⁽²⁾.

وترتبيا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان يبين من الوقائع التى أثبتتها الحكم المطعون فيه أن تعاقد المطعون عليه كمدرس للتربية البدنية مع المدرسة الطاعنة بدأ منذ أكتوبر سنة 1930 بعقد لمدة سنة نص فيه على انتهائه بانتهاء الأجل المحدد به دون حاجة إلى إخطار من الطاعنة بعدم تجديده، وأن هذا التعاقد قد استمر رغم ذلك يتجدد سنويا لغاية أغسطس سنة 1953 أى اثنتين وعشرين مرة، فإن ما استخلصه الحكم من هذه الوقائع يفيد أن محكمة الموضوع اعتبرت أن هذا التجديد المتكرر رغم النص فى كل مرة على منعه - يدل على أن نية المتعاقدين كانت منصرفة منذ بدء التعاقد إلى تجديده مرات متوالية لم يحددا عددها وقت التعاقد مما يجعل هذا التعاقد منذ بدايته غير محدد المدة وهو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 228 لسنة 25 ق جلسة 1960/1/7)

ويحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على تغيير شكل مدة العقد فىكون العقد غير محدد المدة حين تكوينه ثم يتفق الطرفان بعد ذلك على أجل معين لإنهاء العقد ويعتبر هذا

(1) محمد ليبب شنب ص 278.

(2) على العريف ص 310.

الاتفاق جائزا وبصبح العقد معين المدة. ويقال مثل ذلك فى حالة الاتفاق على تحويل العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة.

إنهاء عقد العمل غير محدد المدة:

440 - تقرير مبدأ الإنهاء:

نصت على مبدأ إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة المادة 2/694،
3 مدنى بقولها:

"فإن لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر.
ويجب فى استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار، وطريقة الإخطار ومدته تبينها القوانين الخاصة".

ويبين من هذا النص - واجب الأعمال فى ظل قانون العمل الجديد - على نحو ما سبق إيضاحه - أنه يجوز لكل من المتعاقدين - صاحب العمل والعامل - على السواء إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة فى أى وقت يشاء بعد إخطار الطرف الآخر بذلك ومنحه مهلة للإنهاء.

وليس فيما تقدم خروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد لأن القانون لا يقر قيام علاقة تعاقدية مؤبدة⁽¹⁾.

أما فى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 فقد نصت المادة (110) منه على أن:
"مع عدم الإخلال بحكم المادة (198) من هذا القانون ومع مراعاة المواد التالية، إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بشرط أن يخطر الطرف الآخر كتابة قبل الإنهاء.

ولا يجوز لصاحب العمل أن ينهى العقد إلا فى حدود ما ورد بالمادة (69) من هذا القانون أو ثبوت عدم كفاءة العامل طبقا لما تنص عليه اللوائح المعتمدة.
كما يجب أن يستند العامل فى الإنهاء إلى مبرر مشروع وكاف يتعلق بظروفه الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

ويراعى فى جميع الأحوال أن يتم الإنهاء فى وقت مناسب لظروف العمل".

441- مدى تعلق إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة بالنظام العام:

قصد من تقرير مبدأ إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة بالمنفردة، المحافظة على حرية العامل، إذ لو صح الاتفاق على حرمان العامل من إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة لأدى ذلك إلى تأييد هذا العقد إذا لم يوافق رب العمل على إنهاء العقد فى الأوقات التى يرغب فيها إنهاءه ومن شأن ذلك أن يبقى العامل تابعا لرب العمل طيلة حياته، وحرمانه من تغيير نوع العمل الذى اختاره فى يوم ما ولو اقتضت مصلحته ذلك.

ولذلك يعتبر حق العامل فى إنهاء هذا العقد بإرادته المنفردة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على حرمانه منه سواء فى عقد العمل نفسه أو فى اتفاق لاحق، كما يجوز للعامل النزول عن هذا الحق، وأى نزول فى هذا الشأن يقع باطلا بطلانا مطلقاً⁽¹⁾.

وإن كانت مكنة إنهاء العقد غير محددة المدة بالإرادة المنفردة بالنسبة لصاحب العمل من شأنها تمكين صاحب العمل من تحقيق صالح العمل وصالح المنشأة ومواجهة مختلف الظروف الاقتصادية وتطور طرائق الإنتاج التى قد تقتضى الاستغناء عن بعض العمال، إلا أن الرأى الغالب يذهب إلى أن حق رب العمل فى إنهاء العقد غير محدد المدة لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على حرمانه منه⁽²⁾، ويرجع ذلك إلى أن القيد الذى يورده هذا الاتفاق على حرية رب العمل ليس ثقيلًا، لأن التزام رب العمل ليس محله القيام بعمل بل بدفع الأجر، وهو بذلك لا يكاد يمس حرية رب العمل الفردية، وفضلا عن ذلك فقد قرر القانون للعامل وحده - دون رب العمل - الحق فى إنهاء العقد محدد المدة إذا جاوزت مدته خمس سنوات أو إذا كان معقودا لمدة حياة العامل أو رب العمل (م/2/678 مدنى) مما يفيد أن المشرع لا يحتم أن تكون رخصة الإنهاء تبادلية أى ثابتة لكل من طرفى العقد. كما أن الاتفاق على حرمان صاحب العمل من التنازل عن حقه فى إنهاء العقد يعتبر اتفاقا لصالح العامل مما تجيزه المادة الرابعة من قانون العمل

(1) محمد لبيب شنب ص393 - محمد عمران ص344 - أحمد شوقى المليجى ص274- سعد حبيب ص475 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص393 - إسماعيل غانم ص460 - أحمد شوقى المليجى ص274.

(1) الجديد.

يجب أن يسبق إنهاء العقد إخطار للطرف الآخر:

442- الحكمة من الإخطار:

توجب الفقرة الثانية من المادة أن يسبق إنهاء العقد غير محدد المدة إخطار من الطرف الذى يرغب فى الإنهاء إلى الطرف الآخر. والغرض من الإخطار هو منع مفاجأة الطرف الآخر بالإنهاء لأن هذه المفاجأة قد تسبب أضرارا جسيمة للطرف الذى لم يطلب الإنهاء وبالتالي فإن الإخطار يمكن الطرف الآخر فى العقد من الاستعداد للوضع الذى يعقب مهلة الإخطار، فإذا كان الإخطار من صاحب العمل استطاع العامل خلال مهلة الإخطار أن يبحث عن عمل جديد، وإذا كان الإخطار من جانب العامل فإنه يعطى صاحب العمل الفرصة للبحث عن عامل يحل محل العامل الذى أراد إنهاء العقد ويسد بذلك فراغا تركه هذا العامل⁽²⁾.

443- مدى تعلق الإخطار بالنظام العام:

يذهب الرأى الراجح إلى أن اشتراط الإخطار السابق بالإنهاء مقرر لمصلحة الطرفين - على النحو الموضح بالبند السابق - وهو يمثل حدا أدنى من الضمانات لهما ومن ثم فهو يتعلق بالنظام العام، وينبنى على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق مقدما بين طرفى العقد على إنهاء العقد دون إخطار سابق وإلا وقع الشرط باطلا⁽³⁾.

وقد استقرت أحكام محكمة الاستئناف المختلطة منذ سنة 1931 حتى إلغاء المحاكم المختلطة على (عدم جواز الاتفاق مطلقا على إمكان الطرد فى أى وقت دون إنذار

(1) وعكس ذلك محمد عمران ص 344 إذ يذهب إلى أن حق الإنهاء بالنسبة لرب العمل يتعلق بالنظام العام لأن القول بغير ذلك يترتب عليه أن يكون العقد مؤبدا بالنسبة له ومن جهة أخرى فإنه قد يتوافر لدى صاحب العمل المبرر المشروع الذى يجيز له إنهاء العقد غير محدد المدة.

(2) عبد الودود يحيى ص 331 - محمد حلمى مراد ص 431 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 276 وما بعدها.

(3) فتحي عبد الصبور ص 480 - حسن كيره ص 635 - محمد حلمى مراد ص 434 - كامل بدوى ص 284 - محمد عمران ص 346 - وقارن محمد لبيب شنب ص 459 - إيهاب إسماعيل ص 393 - أحمد شوقى المليجى ص 376 - إذ يرون أن التزام رب العمل بالإخطار مقدما يتعلق بالنظام العام، أما التزام العامل بالإخطار فلا يتعلق بالنظام العام.

سابق بمدة معقولة لأن ذلك يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

444- مضمون وشكل الإخطار:

الإخطار بالإنتهاء هو إعلان يوجهه أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر متضمنا رغبته في إنهاء العقد بمجرد انتهاء مهلة الإخطار.

ويبين من هذا التعريف أن الإخطار بالإنتهاء تصرف قانوني من جانب واحد، قد يكون هو رب العمل وقد يكون هو العامل ويترتب عليه انتهاء عقد العمل بانقضاء المهلة التي يستوجبها القانون⁽²⁾ وباعتبار الإخطار تصرفا قانونيا، فإنه يجب أن تتوفر فيه كافة الشروط اللازمة لوجود التصرفات القانونية ولصحتها.

فيجب أن يصدر الإخطار من المتعاقد أو نائبه وأن يوجه إلى المتعاقد الآخر أو نائبه فإذا صدر من الغير أو وجه إلى الغير كان حابط الأثر.

ويجب أن يكون الإخطار قاطعا لا يحتمل الشك في إرادة إنهاء العقد، فلا يكفي الإعلان غير المحدد من جانب صاحب العمل باعتزامه الاستغناء عن بعض العمال أو نصحه أحد العمال بالبحث عن عمل آخر، أو استعماله صيغة مبهمة أو مجرد اقتراح صاحب العمل على العامل تعديل شروط العقد غير محدد المدة أو فرضه هذا التعديل لاستخلاص إرادة الإنتهاء في حالة عدم موافقة العامل واعتبار تقديم الاقتراح بمثابة إخطار بالإنتهاء.

غير أن المادة لم تضع للإخطار شكلا خاصا أو بيانات معينة يجب إدراجها فيه، ولم تشترط أن يتضمن الباعث الذي دفع المتعاقد إلى إنهاء العقد.

كما أنها لم تبين طريقة الإخطار ومدته. وإنما أحالت في بيان ذلك إلى القوانين الخاصة بعقد العمل.

وبالترتيب على ذلك يجوز أن يكون الإخطار كتابة أو شفاهة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود (م 1/90 مدني)، كامتناع العامل عن الحضور لدى صاحب العمل، أو ارتباطه بعقد عمل مع صاحب عمل آخر، أو رفض صاحب العمل دخول العامل إلى مكان العمل أو استخدامه عاملا بدلا منه⁽³⁾ -

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء الخامس ص 163.

(2) محمد ليبب شنب ص 395 - عبد الودود يحيى ص 331.

(3) سعد حبيب ص 477 - جمال زكي ص 1038.

ومع ذلك فقد جرى العمل - في الغالب - على أن يكون الإخطار بالكتابة ليتسنى للعاقـد الذى أصدره إثباته ويجب أن يكون الإخطار صحيحا خاليا من عيوب الإرادة، ويكفى فيه ما يكفى لانعقاد عقد العمل ذاته من أهلية.

أما قانون العمل رقم 12 لسنة 2003، فقد أوجب أن يكون الإخطار كتابة. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (110) منه على أنه: "مع عدم الإخلال بحكم المادة (198) من هذا القانون ومع مراعاة أحكام المواد التالية، إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بشرط أن يخطر الطرف الآخر كتابة قبل الإنهاء".

ويجوز أن يكون الإخطار معلقا على شرط، ولما كان الشرط له صفة احتمالية فى حين أن الإخطار يجب أن يكون باتا فإنه لا يمكن تعليق الإخطار على شرط إرادى لمن أصدره، كأن يخطر صاحب العمل العامل بأن العقد سينتهى إذا لم يتحسن إنتاجه خلال الشهر التالى فرغم أن تحسن إنتاج العامل ليس فى ذاته أمرا متوقفا على محض إرادة صاحب العمل إلا أن الشرط الذى علق عليه الإنهاء هو تقدير صاحب العمل لإنتاج العامل، فلا يعتبر هذا إخطارا، لأن العقد لا ينتهى به، بل يقتضى إنهاؤه إعلان إرادة صاحب العمل مرة أخرى.

إنما يصح تعليق الإخطار على محض إرادة من وجه إليه.

وإذا علق الإخطار على شرط، فإن تحقق الشرط لا يكون له أثر رجعى، بمعنى أن مهلة الإخطار لا تحسب إلا من وقت تحقق الشرط، لا من وقت حدوث الإخطار لأن الأثر الرجعى للشرط فى هذه الحالة يكون متعارضا مع طبيعة الالتزام عملا بالمادة 1/270 مدنى التى تقضى بأنه "إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط".

كما يجوز أن يضاف الإخطار إلى أجل، وفى هذه الحالة لا ينتج الإخطار أثره ولا تبدأ مدة الإخطار إلا بحلول الأجل.

والإخطار لا يتجزأ فهو يؤدى إلى انتهاء العقد بجميع آثاره، فالعاقـد بإصداره ينهى دفعة واحدة جميع حقوقه والتزاماته ولا يستطيع أن يجزئ آثاره أو يضيق حدودها فينهى بعضها ويبقى البعض الآخر، لأن الإخطار الجزئى يتحلل إلى تعديل فى العقد لا يستطيع أحد طرفيه إجراءه دون رضاء الآخر.

والإخطار بالإنهاء وإن كان تعبيرا عن إرادة منفردة، إلا أنه تعبير واجب التسليم، فلا

ينتج أثره إلا إذا وجه إلى الطرف الآخر وعلم به هذا الطرف، ولكن لا يشترط أن يقبله من وجه إليه. ويقوم وصول الإخطار قرينة على العلم به مالم يقيم الدليل على عكس ذلك (مادة 91 مدنى).

ويستطيع من وجه الإخطار أن يسحبه طالما لم يتصل بعلم من وجه إليه، ولكن يتمتع عليه ذلك بعد وصول الإخطار.

أما فى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 فقد نصت المادة (112) منه على أنه "لا يجوز تعليق الإخطار بالإنهاء على شرط واقف أو ناسخ".

445- مهلة الإخطار:

لم تحدد المادة مهلة الإخطار وإنما أحالت فى ذلك إلى القوانين الخاصة ومهلة الإخطار هى التى يمهّل فيها الطرف الراغب فى إنهاء عقد العمل غير محدد المدة الطرف الآخر، بين إظهار الرغبة فى الإنهاء وبين حصول الإنهاء فعلا.

ويترتب على ذلك وجوب الرجوع إلى اتفاق الطرفين فى شأن هذه المدة، فيجوز للطرفين الاتفاق على مهلة الإخطار ويكون اتفاقهما صحيحا واجب الإعمال، فإذا لم يتفق المتعاقدان على هذه المهلة وجب الأخذ بما يقضى به العرف فى هذا الصدد، فإن لم يوجد عرف قام القاضى بتحديد المهلة المعقولة على ضوء مختلف الظروف وخاصة طبيعة عمل العامل ومركزه ومدة خدمته.

فإذا كان عمل العامل من الأعمال النادرة التى لا يكثر الطلب عليها كانت المهلة الواجبة لإنهاء عقده أطول من تلك الواجبة لإنهاء عقد غيره من العمال، وكذلك إذا كان العامل يشغل مركزا رئيسيا فى المنشأة⁽¹⁾.

أما فى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003، فقد أوجب أن يتم الإخطار قبل الإنهاء بشهرين إذا لم تتجاوز مدة الخدمة المتصلة للعامل لدى صاحب العمل عشر سنوات، وقبل الإنهاء بثلاثة أشهر إذا زادت هذه المدة على عشر سنوات (م111).

ويبدأ سريان مهلة الإخطار من تاريخ تسلمه، وتحتسب مدة خدمة العامل من تاريخ تسلمه العمل وحتى تاريخ انتهاء مهلة الإخطار (م112).

ولا يجوز توجيه الإخطار للعامل خلال إجازاته ولا تحتسب مهلة الإخطار إلا فى اليوم التالى لانتهاج الإجازة.

(1) محمد لبيب شنب ص396 وما بعدها - حسن كيره ص638 - عبد الودود يحيى ص332.

وإذا حصل العامل على إجازة مرضية خلال مهلة الإخطار بوقف سريان هذه المهلة ولا يبدأ سريانها من جديد إلا من اليوم التالى لانتهاء تلك الإجازة (م113).

446- مهلة الإخطار ليست مدة تقادم:

يذهب الرأى السائد إلى أن مهلة الإخطار هى مدة محددة وليست مدة تقادم، فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع، ولا تمتد ولو بسبب قوة قاهرة إلا إذا وجد نص يقرر هذا الامتداد. ومعنى ذلك أن مدة الإخطار لا توقف لأى سبب من الأسباب ولو وقف عقد العمل ذاته⁽¹⁾.

إلا أن بعض الشراح قد فرقوا - بحق - بين فرضين:

الأول : وفيه يعرض للعامل خلال مهلة الإخطار ما يحول بينه وبين البحث عن عمل، كالمرض وفى هذه الحالة توقف مهلة الإخطار لحين شفاء العامل، أى يمتد بقدر الفترة التى قضاها مريضاً، ويستند هذا الرأى إلى أن الحكمة من استلزام مهلة الإخطار هى تمكين العامل من البحث عن عمل، فإذا استحال عليه ذلك بسبب لا يد له فيه كالمرض، فمن المنطقى ألا تستمر المهلة فى السريان وهو مريض.

الثانى: وفيه يعرض خلال مهلة الإخطار ما يؤدى إلى وقف عقد العمل، دون أن يحول بين العامل وبين البحث عن عمل جديد كإغلاق المنشأة مؤقتاً بسبب عدم توفر الوقود اللازم لتسيير آلاتها أو بسبب فيضان، وفى هذه الحالة تستمر مهلة الإخطار فى السريان بالرغم من وقف العقد⁽²⁾.

وهذه التفرقة يساندها أنها تأخذ بما هو أصح للعامل، كما أنها تتفق مع الحكمة من مهلة الإخطار بالنسبة للعامل، وهى تمكينه من البحث عن عمل جديد.

ولما كان الغرض من مهلة الإخطار يختلف عن الغرض من الإجازة السنوية، فلا يجوز إنقاص مهلة الإخطار من مدة الإجازة السنوية للعامل بمقولة إن الإجازة السنوية تمكنه من البحث عن عمل جديد.

(1) محمد عمران ص399 - حسن كيره ص639 وما بعدها - أحمد شوقى المليجى ص278 -

وقارن جمال زكى ص1050 هامش (34) فيرى أنه يترتب على وقف العقد سكون آثاره الجوهرية ومنها حق الأفراد بإنهاءه فيكون هذا الحق موقوفاً، وتبعاً لذلك لا يمكن استعماله.

(2) أكثم الخولى دروس فى قانون العمل ص243 - محمد لبيب شنب ص399.

447 - مدى تعلق مهلة الإخطار بالنظام العام :

تحديد مهلة الإخطار فى تشريعات العمل السابقة تحديد أمر يتعلق بالنظام العام لا تجوز مخالفته إلا إذا كانت المخالفة أكثر فائدة للعامل. ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق على إطالة مهلة الإخطار إذا كان الراغب فى الإنهاء هو صاحب العمل ولكنه لا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المهلة إذا كان الراغب فى الإنهاء هو العامل⁽¹⁾.

وعند وضع مشروع القانون المدنى كانت المادة 960 منه تتضمن فقرة خامسة تنص على أن "كل شرط فى عقد العمل غير محدد المدة يعدل مواعيد الإخطار التى حددتها القوانين أو العرف يكون باطلا ولا يعمل به إلا إذا كان فى مصلحة العامل"⁽³⁾ وقد حذفت هذه الفقرة دون ذكر سبب حذفها، ولعل السبب فى هذا الحذف هو الاكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة.

(1) محمد عمران ص 345 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 397 - فتحى عبد الصبور ص 480 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 285 - جمال زكى ص 1047 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الخامس ص 162 وما بعدها - فقد جاء بها "اقتبس المشروع الفقرة الأولى عن المادة 33 فقرة 2 من الكتاب الأول من تقنين العمل الفرنسى (وقد أدخلها قانون 19 يولية سنة 1928).

أما الفقرة الخامسة، فهى تضع حدا لخلاف ثار فى وقت ما فى القضاء المصرى. فقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة بحكمها الصادر فى 19 نوفمبر سنة 1929 (ب 42 ص 41) صحة الشرط الذى بمقتضاه يكون لأحد المتعاقدين الحق فى إنهاء العقد فى أى وقت يشاء بمجرد إخطار يرسله للآخر، وذلك حتى لو كان الشرط فى مصلحة رب العمل وضد العامل، ولا يجوز مطلقا القول بوجود إكراه أدبى على العامل الذى يقبل الشرط. على أن المحكمة قررت مع ذلك أنه لا يجوز لرب العمل أن يستفيد من هذا الشرط لمجرد الرغبة فى إيذاء العامل والتحكم فيه والانتقام منه لأسباب غير مشروعة.

= وقد أيدت المحكمة المبدأ السابق بحكم آخر فى 28 يناير سنة 1930 (ب 42 ص 231) ورد فيه أن (الشرط الذى بمقتضاه يحتفظ رب العمل بالحق فى فسخ العقد فى أى وقت يشاء دون إنذار سابق هو شرط صحيح، لكن لا يجوز استعماله لمجرد الرغبة فى إيذاء العامل). على أن المحكمة عدلت عن هذا رأى. واستقرت أحكامها منذ سنة 1931 على عدم جواز الاتفاق مطلقا على إمكان الطرد فى أى وقت دون حاجة لإنذار سابق بمدة معقولة، لأن ذلك يتعلق بالنظام العام. ولا يجوز إذن الاتفاق مقدما على تحديد مدة الإنذار السابق بشهر أو بخمسة

ومن قبيل إطالة المدة حالة ما إذا قصد المتعاقدان - فى ظل القانون رقم 91 لسنة 1959 الملغى - معاملة عمال المياومة بوجه عام على أساس أنهم من عمال المشاهدة فتكون مهلة الإخطار الصادر من صاحب العمل إلى أحدهم ثلاثين يوما⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم إذ قضى بإلزام رب العمل بأن يدفع للعامل الذى يتقاضى أجرا يوميا ما يساوى أجر ثلاثين يوما بصفة تعويض لفسخ العقد دون إخطار سابق لم يغفل أن الوحدة الزمنية التى يتقاضى العامل أجره على أساسها هى اليوم، ولم يستند فى قضائه بالتعويض بما يساوى أجر ثلاثين يوما على أساس أنه من ذوى المرتبات الشهرية وإنما استخلص من الأوراق ومن الوقائع التى عرض لتفصيلها قرار لجنة التحكيم أن الطرفين قصدا إلى أن تكون معاملة العمال على أساس أنهم من ذوى المرتبات الشهرية وأنه ينبغى أخذا بهذا القصد أعمال أثره بينهما فى شأن بدل الإنذار وأنه على هذا الأساس يكون العامل مستحقا قبل رب العمل ما يعادل أجر ثلاثين يوما، وكان رب العمل لم يعيب الحكم فيما استخلصه فى هذا الخصوص، بل قصر النعى على أنه خالف الثابت بالأوراق إذ اعتبر أن العامل من ذوى المرتبات الشهرية فى حين أنه معترف فى صحيفة دعواه بأنه من العمال الذين يتقاضون أجرا يوميا، فإن هذا النعى الذى لم يرد على مبنى الحكم وهو قصد المتعاقدين المستخلص من الأوراق يكون على غير أساس".

(طعن رقم 278 لسنة 21 ق جلسة 1954/11/4)

وفى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من شرط الإخطار أو تخفيض مدته، ولكن يجوز الاتفاق على زيادة هذه المدة. ويجوز لصاحب

عشر يوما مثلا أيا كانت مدة خدمة العامل. كذلك يكون باطلا الاتفاق الذى بمقتضاه يتنازل العامل مقدما عن حقه فى التعويض بناء على الطرد فى وقت غير لائق (محكمة الاستئناف المختلطة 30 ديسمبر سنة 1931 ب44 ص94 - 11 يناير سنة 1933 ب45 ص122 - 29 مارس سنة 1933 ب45 ص221 - 27 يناير سنة 1937 ب49 ص85). والمشروع يدعم هذا القضاء ويؤكداه" (ص162 وما بعدها).

(1) حسن كيره ص638 هامش (4).

العمل إعفاء العامل من مراعاة مهلة الإخطار كلها أو بعضها في حالة إنهاء العقد من جانب العامل (م115).

448 - علاقة المتعاقدين أثناء مهلة الإخطار:

لا يترتب على إخطار الإنهاء تحول العقد غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة، بل يظل العقد بعد الإخطار محتفظاً بتكييفه الأول باعتباره عقداً غير محدد المدة، وهو أمر يتوافق مع قصد العقّدين، ذلك أن الإخطار يفيد تحقق السبب الذي يؤدي إلى نهاية العقد غير محدد المدة بانتهاء مهلة الإخطار دون أن يؤثر ذلك على تكييف العقد، خلال هذه المهلة⁽¹⁾.

ويظل العقد قائماً بين طرفيه بذات شروطه، سواء كان الراغب في الإنهاء هو صاحب العمل أو العامل. فيلتزم العامل الاستمرار في عمله، ويتعين على صاحب العمل أن يعهد إليه بالعمل المتفق عليه أو بعمل آخر لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً. ويجوز لصاحب العمل توقيع العقوبات التأديبية على العامل إذا ما وقعت من العامل مخالفة من المخالفات المنصوص عليها في لائحة تنظيم العمل.

واستمرار العقد طوال مهلة الإخطار من شأنه أن يدخل هذه المهلة ضمن مدة خدمة العامل. ويقتضى حسن النية أن يسمح صاحب العمل للعامل بالتغيب بعض الوقت عن العمل أثناء مهلة الإخطار للبحث عن عمل جديد أو لاستيفاء الإجراءات المطلوبة للعمل الذي وجدته⁽²⁾.

وكانت المادة 959 من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تقضى بأنه: "إذا أعلن رب العمل عاملاً يشتغل له بصفة دائمة بأنه قرر إنهاء عقد العمل الذى يربطهما، وجب عليه أن يمنح هذا العامل بناء على طلبه دون تخفيض فى مرتبه جانباً من أوقات العمل يفرغ فيه للبحث عن عمل آخر.

(1) أحمد شوقى عبد الرحمن ص286 - وكانت محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى أنه يترتب على الإخطار تحول العقد غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة، ولم يوافق الفقه الحديث على هذا رأى ولذلك عدلت المحكمة من رأيها المذكور، وانتهت إلى أن العقد يظل كما هو غير محدد المدة. (راجع جمال زكى ص1050 وما بعدها).

(2) سعد حبيب ص483 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص399 - عبد الودود يحيى ص333 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص287.

ولا يجوز أن يقل الوقت الممنوح لهذا الغرض عن تسع ساعات في الأسبوع⁽¹⁾.

ولكن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة دون أن تذكر أسباب الحذف.

وإزاء حذف هذا النص فإنه لا يجوز دون اتفاق أو عادة أو نص في لائحة تنظيم العمل الاحتفاظ للعامل بأجره عن الفترة التي يتغيب فيها للبحث عن عمل جديد⁽²⁾.

ومحل تخفيض الأجر - كما ذهب البعض بحق - أن يكون محسوبا بالساعة لأن ساعات العمل ستقل عن ذى قبل، أو محسوبا بالقطعة إذا قلت عدد القطع المنتجة نتيجة الغياب، أما إذا كان الأجر محسوبا بالشهر أو بالأسبوع وهو حساب جزافى، فإن أجر العامل لا يخفض ويجب أدائه إليه كاملا⁽³⁾.

وإذا كان الأصل استمرار العاقدين في تنفيذ العقد طوال مهلة الإخطار، إلا أن صاحب العمل يستطيع الاستغناء عن خدمات العامل مع دفع الأجر المستحق له عن مهلة الإخطار، خوفا من عدم جدية العامل في العمل وعدم تعاونه مع زملائه مما قد يخل بسير العمل في المنشأة. ويشترط مع ذلك ألا يتضمن ذلك إساءة إلى سمعة العامل أو إضرارا به⁽⁴⁾.

ولا خلاف في أن ما يدفع للعامل هو من قبيل الأجر.

449- آثار انقضاء مهلة الإخطار:

إذا انتهت مهلة الإخطار انتهى العقد تلقائيا دون حاجة إلى إجراء آخر، فإذا استمرت علاقات العمل بالتراضى بين العاقدين يتعين على القاضى البحث عن النية المشتركة لهما لتكييف تلك العلاقات، هل تدخل في دائرة أعمال التسامح، كأن يكون استمرار العلاقات لمعاونة العامل في العثور على عمل مناسب أو لموازنة صاحب العمل في أن يجد عاملا آخر، وبذلك يستطيع أى من الطرفين أن ينهى هذه العلاقات في أية لحظة، أم أنها تعتبر عقدا جديدا بالتجديد الضمنى للعقد القديم ويجب من ثم لإنهائه اتباع القواعد المقررة لإنهاء العقد ذى المدة غير المحددة⁽⁵⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الخامس ص 162 الهامش.

(2) جمال زكى ص 1055 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 288.

(3) حسن كيره ص 643.

(4) أحمد شوقى عبد الرحمن ص 288 - حسن كيره ص 641 وما بعدها.

(5) أنور العمروسى ص 565 - جمال زكى ص 1055 - أنور عبد الله ص 213.

ويمكن القاضى أن يستخلص من قصر مدة الاستمرار فى تنفيذ العقد قرينة على أن الاستمرار من قبيل التسامح ومن طولها قرينة على معنى العدول عن إنهاء العقد⁽¹⁾. وفى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003، إذا كان الإخطار بالإنهاء من جانب صاحب العمل، يحق للعامل أن يتغيب يوما كاملا فى الأسبوع أو ثمانى ساعات أثناء الأسبوع، وذلك للبحث عن عمل آخر مع استحقاقه لأجره عن يوم أو ساعات الغياب. ويكون للعامل تحديد يوم الغياب أو ساعاته بشرط أن يخطر صاحب العمل بذلك فى اليوم السابق للغياب على الأقل (م 116).

لصاحب العمل أن يعفى العامل من العمل أثناء مهلة الإخطار مع احتساب مدة خدمة العامل مستمرة إلى حين انتهاء تلك المهلة، مع ما يترتب على ذلك من آثار وبخاصة استحقاق العامل أجره عن مهلة الإخطار (م 117).



مادة (695)

- 1- إذا كان العقد قد أبرم لمدة غير معينة، ونقضه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الإخطار، أو قبل انقضاء هذا الميعاد، لزمه أن يعرض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد أو عن المدة الباقية منه، ويشمل التعويض فوق الأجر المحدد الذى كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التى تكون ثابتة ومعينة، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة.
- 2- وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسحا تعسفيا، ويعتبر الفصل تعسفيا إذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير.

الشرح

450 - جزاء عدم الإخطار:

إذا أنهى أحد طرفى العقد غير محدد المدة، العقد دون أن يسبق هذا الإنهاء بإخطار المتعاقد الآخر برغبته فى الإنهاء، أو قام بالإخطار ولكنه أنهى العقد دون أن يعطى المتعاقد الآخر مهلة للإنهاء، أو قام بإنهائه قبل انتهاء هذه المهلة، فإن ذلك لا يترتب عليه بطلان إنهاء العقد بل يظل إنهاء العقد صحيحا، تترتب عليه كافة آثاره. ومن ثم فإنه لا يترتب على عدم مراعاة الإخطار أو مهلة الإخطار سوى حق الطرف الآخر فى التعويض عن مهلة الإخطار أو عن الجزء الباقى منها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "يجوز لكل من المتعاقدين فى عقد العمل غير المحدد المدة - وفقا لما تنص عليه المادتان 694، 695 من القانون المدنى والمادة 72 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر، ويتعين لاستعمال أى من المتعاقدين

(1) محمد حلمى مراد ص 433 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص 291 - محمد لبيب شنب ص 401.

هذه الرخصة أن يخطر المتعاقد معه برغبته مسبقا بثلاثين يوما بالنسبة للعمال المعيّنين بأجر شهرى وخمسة عشر يوما بالنسبة للعمال الآخرين، فإذا لم تراعى هذه المهلة لزم من نقض منهما العقد أن يؤدي إلى الطرف الآخر تعويضا مساويا لأجر العامل عن مدة المهلة أو الجزء الباقي منها، مما مفاده اعتبار عقد العمل منتهيا بإبلاغ الرغبة في إنهائه من أحد طرفيه إلى الآخر، وأنه لا يترتب على عدم مراعاة المهلة القانونية إلا مجرد التعويض على التفصيل السابق.

(طعن رقم 402 لسنة 36 ق جلسة 1973/2/24)

2- "وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كان يجوز لكل من المتعاقدين في عقد العمل غير محدد المدة - وفقا لما تنص عليه المادة 694 من القانون المدني والمادة 72 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر، ويتعين لاستعمال أى من المتعاقدين هذه الرخصة أن يخطر المتعاقد معه برغبته مسبقا لثلاثين يوما بالنسبة للعمال المعيّنين بأجر شهرى وخمسة عشر يوما بالنسبة للعمال الآخرين، وكان المشرع لم يشترط في هذا الإخطار شكلا خاصا وإنما اكتفى بأن يكون بالكتابة، كما اكتفى في الإخطار الذى يوجه إلى العامل بفصله - وطبقا لنص المادة 75 من قانون العمل المشار إليه - بأن يكون بكتاب مسجل، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لصاحب العمل إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة بإرادته المنفردة وأنه بهذا الإنهاء تنتهى الرابطة العقدية ولو كان الإنهاء قد اتسم بالتعسف، غاية الأمر أنه يعطى للعامل الحق في مقابل مهلة الإنذار والتعويض عن الضرر إن كان له مقتضى".

(طعن رقم 410 لسنة 52 ق جلسة 1987/4/12 - الهوارى ج7)

ص103 وما بعدها

3- "أساس التعويض عن مهلة الإنذار المقررة قانونا في حالة فسخ العقد غير المحدد المدة هو إخلال الطرف المنهى للعقد بالتزامه باحترام هذه المهلة وعدم إعلانه الطرف الآخر في المواعيد المقررة بعزمه على إنهاء العقد، وكان أساس التعويض عن الفسخ غير المبرر هو ما يشوب تصرف رب العمل من تعسف في استعمال حقه في فسخ العقد، ولما كان إنهاء العقد لا يفيد بذاته أن هذا الإنهاء وقع تعسفا بل يتعين أن يقدم الدليل على ذلك، لما كان ذلك وكان الطالبان وإن اتحدا في مصدرهما وهو العقد إلا

أن أساس كل منهما يختلف عن أساس الآخر، ومن ثم فلا تناقض في أسباب الحكم المطعون فيه إن هو استجاب إلى طلب مقابل مهلة الإنذار دون طلب التعويض عن فصل الطاعن تعسفاً، لما كان ما تقدم فإن النعى بهذا السبب يكون في غير محله".

(طعن رقم 73 لسنة 38 ق جلسة 1974/6/1)

4- "حق كل من طرفي عقد العمل غير محدد المدة في وضع حد لعلاقته بالمتعاقد الآخر. المادتان 694، 695 مدنى. استعمال هذا الحق. مقتضاه. وجوب إخطار أى من المتعاقدين للآخر وفقاً لما تحدده القوانين الخاصة. عدم مراعاة مهلة الإخطار. أثره. تعويض المتعاقد الآخر عن مدة هذه المهلة أو المدة الباقية منها. لا يغير من ذلك إغفال قانون العمل النص على هذه المهلة. علة ذلك. مخالفة ذلك. خطأ".

(طعنان رقما 744، 890 لسنة 72 ق جلسة 2003/12/21)

5- "النص في المادة 695 من القانون المدنى - المنطبقة على واقعة النزاع - يدل على أن أساس التعويض عن مهلة الإنذار المقررة قانوناً في فسخ عقد العمل غير محدد المدة هو إخلال الطرف المنهى للعقد بالتزامه باحترام هذه المهلة وعدم إعلان الطرف الآخر في المواعيد المقررة بعزمه على إنهاء العقد وأساس التعويض عن الفصل من العمل تعسفياً هو ما يشوب تصرف رب العمل من تعسف في استعماله حقه في فسخ العقد ومن ثم فإن عدم قيام صاحب العمل بإخطار العامل بفصله خلال مهلة الإخطار المحددة بالعقد لا يترتب للعامل سوى الحق في التعويض عن المهلة لهذا الإخطار دون أن يدل ذلك بذاته على أن الفصل من العمل كان تعسفياً".

(طعن رقم 3033 لسنة 78 ق جلسة 2011/4/27)

451- كيفية تحديد مقابل مهلة الإخطار:

إذا كان إنهاء العقد قد تم دون توجيه إخطار بالإنهاء أصلاً، استحق الطرف الآخر تعويضاً مساوياً لأجر العامل عن مهلة الإخطار، وإذا وجه الطرف المنهى إخطاراً بالإنهاء ولكنه أنهى العقد قبل اكتمال مهلة الإخطار استحق الطرف الآخر تعويضاً مساوياً لأجر العامل عن المدة الباقية من مهلة الإخطار، فإذا كانت مهلة الإخطار ثلاثين يوماً، وأنهى العقد في اليوم العشرين منها، استحق الطرف الآخر تعويضاً مساوياً لأجر العامل لمدة عشرة أيام.

والمقصود بالأجر هو الأجر الأساسى وملحقاته الثابتة التى تعتبر جزءا لا يتجزأ من الأجر والتى كان العامل يستحقها لو استمر فى العمل خلال مهلة الإخطار وواضح من ذلك أن الشارع قدر التعويض عن عدم مراعاة مهلة الإخطار تقديرا جزافيا، وذلك بما يساوى أجر العامل عن مهلة الإخطار أو الجزء الباقي منها، لأنه يجمع بين التعويض والجزاء. وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني ما يأتي:

"ولكن المشروع يحدد التعويض جزافا ويجعله مستحقا للعامل حتى لو كان قد اشتغل بعد طرده لأن ذلك التعويض يتضمن أيضا معنى الجزاء"⁽¹⁾.

ويترتب على الصفة الجزافية لهذا التعويض، عدم الاعتداد بالضرر الفعلى الناجم عن عدم مراعاة مهلة الإخطار فلا يحرم الطرف الآخر من التعويض ولو كان لم يصبه ضرر من عدم مراعاة المهلة، كما لو كان الإخلال من جانب صاحب العمل، والتحق العامل فور طرده من العمل بعمل آخر، كما لا يزداد التعويض إذا أصاب الطرف الآخر ضرر أكبر، ولا يقل إذا لحقه ضرر أقل⁽²⁾.

وتحديد التعويض المستحق للعامل بالأجر الذى كان يستحقه خلال مهلة الإخطار يتفق مع الواقع، لأن الغالب أن الضرر الذى يصيب العامل من جراء عدم مراعاة مهلة الإخطار هو حرمانه من الأجر خلال مدة المهلة.

أما تحديد التعويض المستحق لرب العمل بالأجر الذى كان يستحقه العامل، فلا أساس له من الواقع، إذ لا علاقة إطلاقا بين الضرر الذى يصيب رب العمل من عدم مراعاة العامل لمهلة الإخطار وبين أجر العامل عن هذه المهلة، ولا يشفع لهذا التحديد سوى سهولة تقدير⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص168.

(2) جمال زكى ص1058 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص402.

(3) محمد لبيب شنب ص402 - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: الفقرة الأولى مستقاة من أحكام القضاء الدولى فى مسائل العمل، ولكن مع شىء من الخلاف فيما يتعلق بإنقاص التعويض إذا اشتغل العامل خلال المدة التى كان يجب فيها حصول التنبيه. فالقضاء الدولى يقضى بالإنقاص والمشروع يخالفه فى ذلك، إذ يبقى التعويض فى مدة الإخطار حقا مكتسبا للعامل حتى لو تبين أنه أكثر من الضرر الحاصل فعلا، لأنه يجمع إلى جانب صفته كتعويض معنى الجزاء الذى يوقع على رب العمل لإخلاله بقواعد المهلة القانونية (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل 1935/1934 إيطاليا ن54 والولايات المتحدة ن22 - 1936/1935 إيطاليا ن49) والفقرة الثانية تحوى تحديدا اقتبسه المشروع أيضا =

= من القضاء الدولي وعلى الأخص القضاء الفرنسي (مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل: 1932 فرنسا ن 29).

وقد تعرضت المادة 492/404 من التقنين الحالي للطرد في وقت غير لائق، وقصدت بذلك الطرد من غير مراعاة مدة معقولة يحصل الإنذار قبلها. وقد جرى القضاء المصري على ذلك في أول الأمر، فكان يقرر أن التعويض المستحق للعامل هو عن طرد في وقت غير لائق، فإذا كان قد أعطى ميعادا ملائما، فليس له بعد ذلك أن يتضرر من الطرد (استئناف مختلط 11 فبراير سنة 1930 ب 42 ص 265 - 26 ديسمبر سنة 1934 ب 47 ص 75). على أنه سرعان ما شعر القضاء بوجوب حماية العامل، لأن الطرد قد يكون في الوقت اللائق وبعد إعطاء المهلة المعقولة ومع ذلك فإن مبناه سبب غير مشروع كالرغبة في الانتقام من العامل وإيذاؤه أو لمجرد التعسف في استعمال الحق. وبدأنا نرى في الأحكام القضائية إلى جانب نظرية الطرد في وقت غير لائق فكرة الطرد التعسفي ومبناها إساءة استعمال الحق ومخالفة مقتضيات العدالة (انظر على الأخص استئناف مختلط 22 نوفمبر سنة 1933 ب 46 ص 42 - 27 نوفمبر سنة 1928 ب 41 ص 40 - 15 يناير سنة 1929 ب 41 ص 173 - 21 يونية سنة 1927 ب 39 ص 556).

وقد وصل القضاء المصري في المراحل الأخيرة من تطوره إلى أنه، فضلا عن التعويض الذي يكون مستحقا للعامل بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار بإنهاء التعاقد له الحق في التعويض عن الطرد التعسفي، بغض النظر عن مراعاة أو عدم مراعاة ميعاد الإخطار (استئناف مختلط 17 يناير سنة 1928 ب 40 ص 140 - 11 فبراير سنة 1930 ب 42 ص 265). وهذا القضاء يتمشى مع ما وصل إليه التشريع والقضاء الدولي من أن الحماية الواجبة للعامل تشمل إلى جانب حمايته من الطرد في وقت غير لائق حمايته ضد الطرد التعسفي. والمشروع إنما يؤكد هذه المبادئ الثابتة المستقرة.

على أنه ظاهر أن النص الجديد يخالف أحكام القضاء المصري من ناحيتين:

(1) من حيث تحديد التعويض تحديدا جزافيا بالأجر عن مدة الإخطار أو المدة الباقية منه. فالمشروع لا يترك إذن تقدير التعويض للقضاء يجريه على حسب ظروف كل حالة، بل يقدر تعويضا جزافيا. وقصده من ذلك تفادي أوجه النزاع التي قد تثار في العمل، والتي يكون من شأنها تأخير الحكم بالتعويض.

(2) من حيث إن القضاء الحالي يجري على أن التعويض لا يستحق بتمامه للعامل إذا ثبت أنه اشتغل مباشرة، بعد طرده، بعمل يوازي العمل الأول، بل ينقص من التعويض كل ما يكون العامل قد حصل عليه من أجر في خلال المدة. (استئناف مختلط 24 مارس سنة 1920 ب 32 ص 225 - 19 يونية سنة 1922 ب 35 ص 511 - 10 نوفمبر سنة 1937 ب 50 ص 14 - 18 مايو سنة 1938 ب 50 ص 316). ولكن المشروع يحدد التعويض =

452- مناط استحقاق العامل لمقابل مهلة الإخطار:

لا يستحق العامل تعويضا عن مهلة الإخطار - فى حالة مراعاة صاحب العمل لها - إلا إذا وضع نفسه تحت تصرف صاحب العمل مستعدا لأداء عمله، ورفض هذا الأخير قبوله منه، أما إذا انقطع عن العمل لعثوره على عمل آخر قبل انقضاء المهلة فإنه لا يستطيع مطالبة صاحب العمل بمقابل الأجر عن عمل لم يقم بأدائه ولم يكن مستعدا لأدائه.

453- مقابل مهلة الإخطار له صفة الأجر:

يعتبر مقابل الإخطار الذى يستحقه العامل عن مهلة الإخطار جميعها أو المدة الباقية منها، من قبيل الأجر لأنه رغم عدم قيام العامل بالعمل إلا أنه كان مستعدا لأدائه ولم يمنعه منه إلا سبب يرجع إلى رب العمل⁽¹⁾. وبالترتيب على ذلك تسرى عليه أحكام الحجز على الأجر⁽²⁾.

الفصل التعسفى

لا يكفى لاعتبار إنهاء عقد العمل غير محدد المدة مشروعا أن يوجه طالب الإنهاء إلى الطرف الآخر إخطارا بالإنهاء فى الميعاد. إنما يجب أيضا أن يكون الإنهاء خاليا من التعسف، وإلا حق للطرف الآخر مطالبة الطرف المنهى للعقد بالتعويض عن الفصل التعسفى.

ونعرض فيما يلى لأحكام عدم التعسف فى إنهاء العقد.

454- المقصود بالتعسف:

تنص المادة 2/695 مدنى على أنه: "وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا.

= جزافا ويجعله مستحقا للعامل حتى لو كان قد اشتغل بعد طرده لأن ذلك التعويض يتضمن أيضا معنى الجزاء). (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص116).

(1) محمد لبيب شنب ص403.

(2) كامل بدوى ص285.

وإذا لم يرد بهذا النص معايير معينة للتعسف فإنه يعتبر تطبيقاً للنظرية العامة للتعسف، وخاضعاً لمعايير التعسف المنصوص عليها بالمادة الخامسة من القانون المدني.

وبذلك يكون إنهاء العقد غير محدد المدة تعسفياً في الحالات الآتية:

1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. والجوهرى فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، وقد جرى القضاء على تطبيق الحكم نفسه فى حالة تفاهة المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة⁽¹⁾.

2- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

3- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب، وإنما تنصف بهذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. وإذا كان المعيار فى هذه الحالة مادياً فى ظاهره إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة. وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية⁽²⁾.

وكانت المادة (74) من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 (الملغى)⁽³⁾ تنص على أنه: "إذا فسخ العقد بلا مبرر كان للطرف الذى أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق فى تعويض تقدره المحكمة مع مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى بعد تحقيق ظروف الفسخ وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 72، 73). وقد ذهب الرأى الغالب إلى أن الفسخ بلا مبرر المنصوص عليه بهذه المادة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص209.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص209 وما بعدها.

(3) وتقابلها المادة (122) من قانون العمل الحالى رقم 12 لسنة 2003 التى تنص على أن: "إذا أنهى أحد الطرفين العقد دون مبرر مشروع وكاف، التزم بأن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذى يصيبه من جراء هذا الإنهاء ... إلخ".

(ويقابلها المادة 122 من قانون العمل الحالي) لا يتضمن معنى مخالفا للفسخ التعسف المنصوص عليها بالمادة 2/695 مدنى بحيث يعتبران مترادفين⁽¹⁾.

وبهذا الرأي الغالب أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1953/6/18 فى الطعن رقم 310 لسنة 20 ق إذ قضت بأن:

"لما كانت المادة 404 من القانون المدنى (القديم) تقضى بأنه إذا لم تعين مدة الإيجار فى العقد جاز لكل من المتعاقدين فسخه فى أى وقت أراد بشرط أن يكون فى وقت لائق للفسخ، فلما صدر القانون رقم 41 لسنة 1944 الخاص بعقد العمل الفردى ينص فى المادة 22 منه على أن الطرف الذى أصابه ضرر من الفسخ يجوز أن يمنح تعويضا إذا كان فسخ العقد بلا مبرر ولما كان الحكم المطعون فيه إذ نفى عن البنك المطعون عليه تعسفه فى فصل الطاعن من خدمته وقرر أن هذا الفصل كان له ما يبرره ورتب على ذلك رفض دعوى التعويض قد أقام قضاؤه على أسباب سائغة، وكان ما ينعاه

(1) أحمد شوقى عبد الرحمن ص 294 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 403 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 336 وما بعدها - حسن كيره ص 648 وما بعدها - أحمد شوقى المليجى ص 280 - أنور عبد الله ص 217 - محمد عمران ص 350 وما بعدها - فتحى عبد الصبور ص 332 - إيهاب إسماعيل ص 394 وما بعدها - وراجع جمال زكى ص 1070 وما بعدها - فقد ذهب إلى أن فكرة عدم التعسف فى إنهاء العقد هى فى الحقيقة ليست مجرد تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق، التى أعملها القضاء فى شتى الميادين، لأن الشارع بالنص عليها صراحة فى المادة 2/695 مدنى قد ميز تطبيقها على الإنهاء عن باقى التطبيقات، من ناحية طبيعة المسؤولية الناجمة عنها ومن ناحية نطاق الأخذ بها، فبينما يرى الفقه أن المسؤولية الناشئة عن التعسف فى استعمال الحقوق مسئولية تقصيرية ولو كان الحق موضوع التعسف مترتبا على العقد، لا بد أن تكون المسؤولية الناجمة عن التعسف فى استعمال حق الإنهاء، بالنص على إلزام العاقد بها فى نصوص عقد العمل، مسئولية عقدية لأنها وليدة إخلال العاقد بالتزام ناشئ عن العقد، ولا يجوز التقيد من ناحية أخرى فى تحديد معيار التعسف بالمادة الخامسة من التقنين المدنى فى صورها الثلاث مهما كان رأى فى سعة نطاقها لأن التعسف فى الإنهاء لا يستند إليها بل يتأسس على المادة 2/695 المشار إليها التى لم تنقيد فى تحديده بتلك الصور ويكون بالتالى أوسع نطاقا منها، وتتخذ فكرة الخطأ البسيط معيارا له، كما يرى الفقه الحديث دون حاجة إلى كون (المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة).

عليه الطاعن من خلط بين الفصل التعسفي والفصل بغير مبرر على غير أساس وكذلك ما ينعاه عليه من عدم بيان المبرر لفصله، ذلك أن الحكم بين أن سبب فصل الطاعن هو ما أوجبه قانون الشركات رقم 138 لسنة 1947 من استخدام نسبة معينة من المصريين في وظائف الشركات مما حدا بالبنك المطعون عليه الاستغناء عن بعض الموظفين الأجانب ومنهم الطاعن، لما كان ذلك كان ما نعه الطاعن على الحكم في سبب طعنه على غير أساس".

ونظرية التعسف تعتبر أكثر شمولاً من فكرة الخطأ إذ يمكن أن يتوافر التعسف ولو لم يكن صاحب الحق مخطئاً بالمعنى الدقيق، أى ولو كان قد التزم بما توجبه عليه عناية الرجل العادى⁽¹⁾.

وقد عرف بعض الفقهاء مبرر الإنهاء فى ظل قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 الملغى بأنه "المصلحة المشروعة التى يحققها الإنهاء للطرف المنهى دون أن يصيب الطرف الآخر ضرر جسيم لا يتناسب مع هذه المصلحة"⁽²⁾.

455- تقدير مبرر الإنهاء مسألة موضوعية :

تقدير قيام المبرر لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة سواء من جانب صاحب العمل أو من جانب العامل، مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع بلا معقب عليه من محكمة النقض طالما كان استخلاصه يستند إلى أسباب سائغة لها أصلها فى الأوراق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تقدير قيام المبرر لفصل العامل هو مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ".

(طعن رقم 105 لسنة 21 ق جلسة 11/3/1954)

2- "نفى الحكم تعسف رب العمل فى استعمال حق فصل العامل هو تقدير موضوعى لا معقب عليه من محكمة النقض".

(طعن رقم 92 لسنة 21 ق جلسة 28/10/1954)

3- "تقدير قيام المبرر لفصل العامل ونفى تعسف رب العمل فى استعمال حق

(1) حسن كيره ص 649 - محمد عمران ص 352.

(2) محمد لبيب شنب ص 404.

الفصل هو مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع تقديرا لا معقب عليه فى محكمة النقض".

(طعن رقم 11 لسنة 25 ق جلسة 1959/4/23)

4- "تقدير قيام المبرر لفصل العام ونفى تعسف رب العمل فى استعماله حق الفصل مسألة موضوعية مما تستقل به محكمة الموضوع".

(طعن رقم 244 لسنة 28 ق جلسة 1964/2/5)

5- "مبرر الفصل وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض مما يستقل به قاضى الموضوع. وإذا استندت المحكمة فى قضائها بانقضاء هذا المبرر إلى أسباب سائغة فلا عليها إن هى أعرضت عن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 11 لسنة 30 ق جلسة 1964/3/11)

6- "متى كانت المحكمة وهى بصدد دعوى التعويض لم تستلزم توافر الضرر لإمكان إنهاء عقد العمل، وإنما استعرضت الأخطاء المنسوبة إلى العامل وخلصت منها إلى أنها لا تصلح مبررا كافيا للفصل وهو استخلاص موضوعى سائغ يقع فى سلطة المحكمة التقديرية، فإن ما ينهيه الطاعن على الحكم المطعون فيه بمخالفته القانون فى خصوص ما استطرده إليه فى مناقشته افتراض أن قرار الفصل عقوبة تأديبية تطبق عليه الفقرة الثالثة من المادة 29 من القانون 317 لسنة 1952 يكون غير منتج".

(طعن رقم 400 لسنة 30 ق جلسة 1964/6/24)

7- "تقدير مبرر فصل العامل مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلب التعويض عن الفصل التعسفى مستندا فى ذلك إلى أن "الشركة فصلت المستأنف عليه (الطاعن) بتاريخ 8 أغسطس سنة 1959 استنادا إلى قرار لجنة شئون الموظفين التى قررت بجلسته 6 أغسطس سنة 1959:

1- إنهاء خدمة المذكور بوصفه المفتش الإدارى بالوجه القبلى.

2- إعادة التعاقد معه كمنتج بالشركة بنفس شروط عقد الإنتاج السابق"، وأن "مبرر الفصل على ما جاء بكتاب مدير عام الشركة إلى رئيس مكتب الشكاوى والتظلمات برياسة الجمهورية هو عدم الصلاحية" وأنه "لا محل لمناقشة الشركة فى مدى صلاحية المستأنف عليه للنهوض بأعباء وظيفته مادام لم يثبت أن الشركة عندما أنهت عمل

المستأنف عليه كانت تعمد إلى الإضرار به ولم يقدم الطاعن ما يدل على ثبوت الإضرار به لدى الشركة، وأن لجنة شئون الموظفين التي قررت إنهاء العقد رأت إعادة التعاقد معه كمنتج بنفس شروط عقد الإنتاج السابق مما يؤكد أن الشركة ممثلة في لجنة شئون موظفيها لم تراعى في قراراتها إلا وجه المصلحة والعدالة ولم تهدف إلى إساءة الطاعن أو إضراره وأنه بذلك لا يمكن بحال وصف قرار الفصل بالتعسف" وكانت تلك التقارير الموضوعية سائغة من شأنها أن تؤدي إلى نفي وصف التعسف عن قرار الفصل، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 333 لسنة 31 ق جلسة 1965/5/12)

8- "متى كان الحكم المطعون فيه قد نفي وصف التعسف عن صاحب العمل في ممارسة حقه في فصل العامل - وهو تقدير موضوعي - واستبعد معه حق الطاعن في التعويض ثم أورد مبررات هذا الفصل وذلك لما اتخذته من إجراءات غير لائقة في حق رؤسائه، وهي مبررات سائغة كافية لحمله فإنه ينتفى تعيب الحكم بالتناقض وقصر البيان".

(طعن رقم 535 لسنة 26 ق جلسة 1966/3/21)

9- "لما كان ذلك، وكان تقدير المبرر للفصل ونفي تعسف رب العمل في استعمال حق الفصل هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وكان الحكم المطعون فيه أوضح على النحو السابق بيانه المبررات السالفة التي أدت إلى فصل الطاعن، فإنه لا يكون قد خالف القانون، ولا تعارض في الحكم إذ بعد أن نفي تعسف الشركة المطعون ضدها في فصل الطاعن ألزمها بأن تدفع له قيمة المكافأة ومقابل مهلة الإخطار لاختلاف الأساس بين قضاء المحكمة برفض طلب التعويض وبين قضائها بحق الطاعن في المكافأة ومقابل مهلة الإخطار".

(طعن رقم 125 لسنة 36 ق جلسة 1972/3/18)

10- "ولما كان تقدير قيام المبرر لفصل العامل ونفي تعسف رب العمل في استعمال حق الفصل هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وكانت تقارير الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائي في هذا الخصوص سائغة ومن شأنها أن تؤدي إلى نفي وصف التعسف عن قرار الفصل".

(طعن رقم 84 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/6)

11- "ولما كان تقدير قيام المبرر لفصل العامل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يستقل به قاضى الموضوع، وكانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية ولما ساقته معه تدليل سائغ إلى عدم تناسب جزاء الفصل الموقع على المطعون ضده مع ما بدر منه من إهمال مما يجعل فصله مشوباً بالتعسف، فإن ما تتعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه فى هذا الشأن يكون على غير أساس".

(طعن رقم 554 لسنة 40 ق جلسة 1976/5/2)

12- "وكان تقدير قيام المبرر لفصل العامل ونفى تعسف صاحب العمل فى استعمال حق الفصل هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، وكانت قرارات الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص سائغة ولها أصلها الثابت فى الأوراق ومن شأنها أن تؤدى إلى نفي وصف التعسف عن قرار الفصل، فإن النعى على الحكم بأسباب الطعن يكون على غير أساس".

(طعن رقم 181 لسنة 44 ق جلسة 1981/5/31)

13- "لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص خطأ الطاعنة المتمثل فى قيامها بفصل المطعون ضده من عمله مما هو ثابت من الحكم النهائى الصادر من المحكمة التأديبية فى الطعن رقم 42 سنة 18 ق والقاضى بإلغاء قرار فصله والمؤسس على عدم وجود دليل على اقترافه الواقعة التى فصل بسببها ورتب على ذلك أن عدم قيامه بمباشرة عمله خلال فترة فصله كان راجعاً إلى هذا الخطأ من جانب الطاعنة وهو استخلاص سائغ وله أصله المستمد من حجية ذلك الحكم ولا ينال منه ما قد يتضمنه أمر الحفظ وقرار النيابة الإدارية سالفى البيان واللذان لا يكتسبان أية حجية أمام القضاء المدنى فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو عابه الفساد فى الاستدلال ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 1099 لسنة 50 ق جلسة 1986/4/27)

14- "تقدير قيام المبرر لفصل العامل وانتفاء تعسف صاحب العمل فى إنهاء علاقة العمل من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض طالما كان تقديره سائغاً وله أصله الثابت فى الأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم أحقية الطاعن للتعويض عن إنهاء عقد العمل وبذل

مهلة الفصل على ما أبدته المطعون ضدها من أنه أخل بالتزاماته الجوهرية الناشئة عن عقد العمل بإخلاله بموجبات الأمانة لدى قيام اللجنة التي شكلت برئاسة لتحقيق الاختلاس في أحد مصانعها سائغا وله أصله الثابت في الأوراق، فإن النعى عليه بهذه الأسباب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1287 لسنة 50 ق جلسة 1986/11/3)

15- "لما كان ذلك وكان تقدير مبرر فصل العامل مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بتأييد الحكم المستأنف برفض دعوى الطاعن على أن فصله لا صلة له بنشاطه النقابى ونفى عنه وصف التعسف بما أورده فى مدوناته (ولما كان البين من أوراق الدعوى أن المستأنف عليها قامت بفصل المستأنف من عمله بسبب ما وقع منه من تناول على أحد زملائه بألفاظ نابية تأذت منها مسامع رواد السينما وأثارت غضبهم الأمر الذى يعتبر إخلالا منه بالتزاماته الجوهرية المترتبة على عقد عمله ويجيز فصله طبقا لنص المادة 76 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 وهو سبب لا صلة له بنشاطه النقابى، فإن عقد عمله يكون قد انتهى بهذا الفصل ومنذ صدوره وتكون دعواه مفترقة إلى سندها القانوني)، وكان ما أورده الحكم كافيا وله أصله الثابت فى الأوراق فإن النعى عليه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1906 لسنة 52 ق جلسة 1987/2/16)

16- "تكيف محكمة الموضوع للفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه. خضوعه لرقابة محكمة النقض. استخلاص الخطأ الواجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع مادام استخلاصا سائغا".

(طعان رقما 11047 لسنة 66 ق، 231 لسنة 68 ق جلسة 2000/6/11 - طعن رقم

1385 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/4)

17- "العبرة فى سلامة قرار فصل العامل هى بالظروف والملابسات التى كانت محيطة به وقت صدوره".

(طعن رقم 1398 لسنة 72 ق جلسة 2004/2/12)

456- العبرة فى التعسف بالظروف والملابسات القائمة وقت الإنهاء لا بعده:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "العبرة في سلامة قرار الفصل وفيما إذا كان صاحب العمل قد تعسف في فصل العامل أو لم يتعسف هي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت الفسخ لا بعده، وكانت الطاعنة قد تمسكت بأنها فصلت المطعون عليه باتتبع الإجراءات التي نصت عليها المادة 7/64 من القانون 61 لسنة 1971، إذ كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليه قد انقطع عن العمل اعتبارا من 1978/4/18 وأرسلت له الطاعنة إنذارا كتابيا مؤرخا 1978/5/11 ثم أعقبته بخطاب الفصل المؤرخ 1978/7/22 فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر فصل المطعون عليه تعسفيا وقضى له بالتعويض تأسيسا على أن تغيبه عن العمل كان بعذر قهري لمرضه دون أن يقطع في أسبابه بأن الطاعنة قد اتصل علمها بهذا المرض قبل استعمالها لحقها المقرر لها بالقانون في فسخ العقد بالإرادة المنفردة فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 1157 لسنة 51 ق جلسة 1981/12/28)

2- "العبرة في سلامة قرار فصل العامل. هي بالظروف والملابسات التي كان محيطة به وقت صدوره لا بعده".

(طعن رقم 3744 لسنة 62 ق جلسة 1998/11/19)

(طعن رقم 26 لسنة 66 ق جلسة 1997/1/16)

3- "العبرة في سلامة قرار فصل العامل هي بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت صدوره لا بعده".

(طعن رقم 2153 لسنة 62 ق جلسة 1998/12/17)

(طعن رقم 26 لسنة 66 ق جلسة 1997/1/16)

4- "سلامة قرار الفصل العبرة فيه بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت صدوره".

(طعن رقم 34 لسنة 68 ق جلسة 1999/2/25)

5- "تعسف صاحب العمل في فصل العامل من عدمه العبرة فيه بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت إنهاء العقد أو فسخه أو بعده".

(طعن رقم 961 لسنة 69 ق جلسة 2000/4/30)

(طعن رقم 4440 لسنة 63 ق جلسة 1999/12/12)

(طعن رقم 2153 لسنة 62 ق جلسة 1998/12/17)

457- إثبات التعسف:

يقع عبء إثبات التعسف - وفقا للقواعد العامة - على عاتق من يدعيه، إذ الأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه لأن الاستعمال المشروع للحق هو واجب الافتراض ابتداء إلى أن يقوم الدليل على العكس.

فإذا كان صاحب العمل هو الذي أنهى العقد غير محدد المدة - وهو الفرض الغالب - وادعى العامل أن الفصل تعسفي، كان العامل هو المكلف بإثبات التعسف⁽¹⁾، وإذا كان العامل هو الذي أنهى العقد وادعى صاحب العمل أن الفصل تعسفي، كان صاحب العمل هو المكلف بإثبات التعسف.

إلا أنه لما كان التعسف في الفصل واقعة سلبية، فإن ذلك يقتضي إلزام الطرف المنهى بالإفصاح عن الأسباب التي أدت إلى هذا الإنهاء، فإذا لم يذكرها قامت قرينة لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد وقع تعسفيا، ومن ثم إذا ذكر صاحب العمل سبب فصل العامل فليس عليه إثبات صحة هذا السبب وإنما يكون على العامل عبء إثبات عدم صحته وأن الفصل لم يكن له ما يبرره فإذا أثبت العامل عدم صحة المبرر الذي يستند إليه صاحب العمل في فصله أو عدم كفايته كان هذا دليلا كافيا على التعسف لأنه يرجح ما يدعيه العامل من أن فصله كان بلا مبرر⁽²⁾.

(1) جمال زكي ص 1151 وما بعدها - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 256 - عبد الودود يحيى

ص 337 - محمد لبيب شنب ص 419 - حسن كيره ص 651.

(2) أحمد شوقي عبد الرحمن ص 297 - عبد الودود يحيى ص 338 وما بعدها - محمد لبيب

شنب ص 420.

وللمحكمة أن تقدر مدى كفاية السبب وجدية المبرر الذى استند إليه الطرف المنهى فى إنهاء العقد، فإن رأت أنه لا ينهض مبررا كافيا لفصل العامل، فلا حاجة بعد ذلك لتكليف العامل بإثبات تعسف صاحب العمل إذ أن عدم كفاية المبرر تستوى مع انعدامه⁽¹⁾. ويجوز إثبات التعسف بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن لأن محل الإثبات واقعة أو وقائع مادية.

وقد قضت محكمة النقض - فى صدد إثبات التعسف - بما يأتى:

1- "فصل العامل فى غير الحالات التى أوردتها المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 لا يدل بمجرده على أنه فصل تعسفى تنطبق عليه المادة 39 من المرسوم بقانون والمادة 2/695 مدنى بل يجب أن يقوم الدليل على عدم صحة المبرر الذى استند إليه رب العمل فى فسخ العقد وأن يثبت أن الفصل كان تعسفيا ويلتزم من يدعى حصول التعسف بإثباته".

(طعن رقم 202 لسنة 24 ق جلسة 1958/5/15)

2- "وإذ كان الثابت أن الشركة المطعون عليها أنهت عقد العمل بينها وبين الطاعن لما تبين لها من عدم صلاحيته للنهوض بأعباء وظيفته كمفتش إدارى وهو "مأخذ مشروع" لإنهاء علاقة العمل القائمة بينهما ولم يقدم الطاعن ما يفي به ... إلخ".

(طعن رقم 333 لسنة 31 ق جلسة 1965/5/12)

3- "من سلطة رب العمل التنظيمية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له، بما يحقق مصلحة الإنتاج، وله أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العامل ذلك، كما أنه إذا استبان لرب العمل عدم كفاية العامل، اعتبر ذلك مأخذا مشروعا لتعديل العقد أو إنهائه، وعلى من يدعى عدم صحة هذا المأخذ والتعسف فى إنهاء العقد عبء إثباته".

(طعن رقم 416 لسنة 34 ق جلسة 1970/4/15)

4- "وحيث إن هذا النعى مردود، بأنه لما كان مبرر الفصل من المسائل

الموضوعية التي يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدعوى تأسيسا على ما استظهره من واقع النزاع من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إلى الطاعن، فإن ما يثيره فى وجه النعى لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير الدليل لا يقبل أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 44 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/17)

5- "وحيث إن هذا النعى صحيح ذلك أنه لما كانت المادة 74 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 بإصدار قانون العمل - الذى يحكم واقعة الدعوى تنص بأن "إذا فسخ العقد بلا مبرر كان للطرف الذى أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق فى تعويض تقدره المحكمة ... بعد تحقيق ظروف الفسخ ...". مما مفاده أن على الطرف الذى ينهى العقد أن يفصح عن الأسباب التى أدت به إلى هذا الإنهاء، فإذا لم يذكرها قامت قرينة لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد وقع بلا مبرر، ومن ثم فإذا ذكر صاحب العمل سبب فصل العامل فليس عليه إثبات صحة هذا السبب وإنما يكون على العامل عبء إثبات عدم صحته وأن الفصل لم يكن له ما يبرره فإذا أثبت العامل عدم صحة المبرر الذى يستند إليه صاحب العمل فى فصله كان هذا دليلا كافيا على التعسف لأنه يرجح ما يدعيه العامل من أن فصله كان بلا مبرر، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة ذكرت مبررات فصل المطعون عليه وهى إخلاله بواجبات وظيفته واعتياده السكر خلال العمل وأثناء مقابلة العملاء، فإن المطعون عليه إذ ادعى تعسف الطاعنة فى فصله يكون هو المكلف بإثبات عدم صحة هذه المبررات. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه للمطعون عليه بالتعويض عن فصله على أن الطاعنة لم تثبت صحة المبررات التى استخلصها الحكم لفصل المطعون عليه فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 1932 لسنة 51 ق جلسة 1982/5/3)

تطبيق تشريعى للفصل التعسفى :

458- الفصل بسبب وجود ديون على العامل أو حوز وقعت عليه :

تنص الفقرة الثانية من المادة على تطبيق تشريعى للفصل التعسفى إذ تنص على أن: "... ويعتبر الفصل تعسفيا إذا وقع بسبب حوز أوقعت تحت يد رب العمل، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير".

وأساس اعتبار هذا الإنهاء تعسفيا، أن المصلحة التى يرمى صاحب العمل إلى

تحقيقها من ورائه وهى تجنب مضايقات ومطالبات دائنى العامل، الذين يحجزون على مستحقاته تحت يده، أو ملاحقتهم للعامل للمطالبة بديونهم هى مصلحة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع الضرر الكبير الذى يصيب العامل نتيجة فصله، خاصة أن هذه الظروف تدل على ضائقته المالية، فلا يجوز لصاحب العمل مضاعفة ضائقته المالية، بفصله من عمله فى هذا الوقت بالذات، حيث يكون أحوج من أى وقت آخر لأجر عمله ليتمكن من الوفاء بديونه وكسب قوته وقوت أسرته.

459- تطبيقات قضائية للإلغاء التعسفى من جانب صاحب العمل :

1- خطأ العامل إذا كان تافها: إذا كان الخطأ الذى ارتكبه العامل تافها فإنه لا ينهض مبررا لفصله ويكون إنهاء العقد بسببه إنهاء تعسفيا.

ومثال ذلك ما يأتى :

- تأخر العامل عن الحضور فى مواعيد العمل الرسمية فى فترات متباعدة.
(القاهرة الابتدائية - 1956/3/20 مدونة الفكهانى 3/1 ص 623)
 - رفع العامل صوته عند مخاطبة رئيسه مما خلق جوا بالغ السوء أمام باقى العاملين.
(استئناف القاهرة 1957/5/7 مدونة الفكهانى 3/1 ص 578 وما بعدها)
 - رفض العامل التوقيع على عقوبة الإنذار المبلغة له.
(شئون العمال الجزئية بالقاهرة فى 1954/4/5 مدونة الفكهانى 3/1 ص 246 وما بعدها)
 - مخالفة العامل التعليمات الواردة فى منشور لصاحب العمل.
(شئون العمال الجزئية بالإسكندرية فى 1957/10/8 مدونة الفكهانى 3/1 ص 621)
- أما إذا كان خطأ العامل جسيما، أو كان خطأ العامل متكررا، فإنه ينهض مبررا لفصل العامل، ولا يمكن الاعتراض على فصل العامل فى حالة الخطأ المتكرر بقاعدة عدم تعدد العقوبة ذلك أن الفصل يرجع إلى تعدد الأخطاء، وهو أمر يختلف عن كل خطأ على حدة.

ومثل ذلك كثرة غياب العامل دون إذن أو كثرة تأخره عن المواعيد.

(القاهرة الابتدائية فى 1955/11/12 - مدونة الفكهانى 3/1 ص 588 - القاهرة الابتدائية فى 1957/5/20 المرجع السابق ص 637 وما بعدها)

2- سوء سلوك العامل غير الفاحش: مجرد كون العامل سىء السلوك لا ينهض مبررا كافيا لإنهاء عقد العمل. فالمشادة التى تحصل بين العمال لا تبرر الفصل.

(شئون عمال القاهرة الجزئية فى 1963/4/27 موسوعة الهوارى ج2 ص566)

أما إذا كان سوء سلوك العامل فاحشا، فإنه يعتبر مبررا كافيا مشروعا لإنهاء، بشرط أن يكون متعلقا بالعمل أو بصاحب العمل، ومثال ذلك: مشاغبة العامل وسبه لرب العمل أو استهزائه به، واعتداء العامل (البواب) على أبناء السكان أو سوء معاملته لعملاء المنشأة.

(الجيزة الابتدائية فى 1955/4/21 مدونة الفكهانى 3/1 ص566، 1955/5/4 المرجع)

السابق ص598 وما بعدها - القاهرة الجزئية

فى 1962/2/6)

أما سلوك العامل خارج العمل وفى غير أوقاته، فلا يكفى لتبرير إنهاء عقده مهما كان فاحشا، إلا إذا كان له أثر على عمله، كأن يكون عمله يتصل بالعملاء أو يتطلب درجة مرتفعة من الأخلاقيات، وتطبيقا لذلك قضى بأن جمع خادم الكنيسة المسيحى بين زوجتين فى نفس الوقت يعتبر مبررا مشروعا لإنهاء عقده.

3- فصل رب العمل للعامل قبل انتقال المنشأة إلى الغير حتى لا يستمر العقد مع المالك الجديد للمنشأة.

(تحكيم القاهرة فى 1957/12/31)

4- فصل رب العمل للعامل بسبب أدائه شهادة ضده فى إحدى القضايا.

(القاهرة الجزئية فى 1960/2/10)

5- فصل رب العمل للعامل بسبب مطالبته للعمال بالتوقيع على شكوى أراد أن يتقدم بها إلى وزارة الشئون الاجتماعية للمطالبة بحقوق رأى هو بحسب اعتقاده أو تقديره أنها مستحقة لعمال شركته وذلك على أثر انتخاب العامل عضوا باللجنة النقابية.

(القاهرة الجزئية للعمال فى 1960/1/27)

6- فصل رب العمل للعامل بسبب رفضه العمل ساعات إضافية.

(العمال الجزئية بالإسكندرية فى 1957/10/1)

7- فصل رب العمل للعامل بسبب عقيدته الدينية أو مذهبه السياسى.

(القاهرة الابتدائية 1960/3/25) - أو بسبب نشاطه النقابى

(الجيزة الابتدائية فى 1954/10/17)

460- تطبيقات قضائية للإلغاء غير التعسفى من جانب صاحب العمل :

(1) إغلاق المنشأة :

إذا قرر صاحب العمل إغلاق منشأته واعتزال النشاط الذى يباشره نهائيا، كان فصله للعمال الذين يشتغلون بها غير تعسفى طالما أن سبب الفصل غير راجع إلى الرغبة فى الانتقام من عماله وتشيديهم، ومثل ذلك أن يمرض صاحب العمل أو يبلغ من السن أركله أو تكسد تجارته أو صناعته، ولو كان ذلك راجعا إلى خطئه.

وتقدير مبرر الغلق من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائق، ولا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

أ- "وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه استند فى قضاءه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم إلى ما استظهره من واقع النزاع المعروف من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إليهم، وأنه كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية قد اعترضت سبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسى الذى يتبعه المعهد فى خارج البلاد إلى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه فى مصر، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على بطلان المبررات التى اقتضت غلق المعهد ولذا كان القرار الصادر بهذا الشأن لا يتسم بالتعسف فى استعمال الحق الموجب للتعويض. ولما كان تقدير مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع متى قام قضاؤه على استخلاص سائق، ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 325 لسنة 38 ق - جلسة 1974/5/25)

ب- "وحيث إن هذا النعى مردود، بأنه لما كان مبرر الغلق من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائق. وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدعوى تأسيسا على ما استظهره من واقع النزاع من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إلى الطاعن، فإن ما يثيره فى وجه النعى لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير الدليل لا يقبل أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 44 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/17)

(2) تنظيم صاحب العمل لمنشأته :

لصاحب العمل السلطة فى تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها وإن أدى به ذلك إلى تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إليه، فإذا اقتضى هذا التنظيم إغلاق أحد فروع المنشأة أو أحد أقسامها وإنهاء عقود عماله، أو إلغاء بعض الوظائف بالمنشأة أو إدماج وظيفة فى أخرى، كان إنهاؤه لعقود العمال الذين استغنى عنهم غير مشوب بالتعسف⁽¹⁾.

والخسارة المطردة التى تقع فى أحد فروع المنشأة تعتبر مبررا كافيا لإغلاقه وإنهاء عقود عماله، ولو كانت الفروع الأخرى تحقق أرباحا مادامت هذه الفروع ليست فى حاجة إلى عمال.

وسلطة رب العمل فى ذلك تقديرية، وتقتصر رقابة القاضى على التحقق من جدية المبررات التى دعت صاحب العمل إلى ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

أ- "ولما كان لصاحب العمل قانونا السلطة فى تنظيم منشأته باعتبار أنه هو المالك لها والمسئول عنها وعن إدارتها ولا معقب على تقديره إذا رأى لأزمة اقتصادية ظهر أثرها عليه أو كارثة مالية توشك أن تنزل به تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته بما يجعل له الحرية - تبعا لذلك - فى اتخاذ ما يراه من الوسائل الكفيلة بتوقي الخطر الذى يهدده والمحافظة على مصالحه المشروعة، وكان البين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه بنى على نظر خاطئ مخالف لما سبق مؤداه أنه لم يكن فى إعادة تنظيم الشركة الطاعنة لمنشأتها ما يحتم طرد المطعون عليه من عمله فجادل الحكم بذلك الطاعنة فى الوسائل التى تتخذها لإعادة تنظيم عملها توقيا لما يتهدها من خطر وهو أمر غير جائز له قانونا - على ما سبق بيانه - وكان الحكم فيما انساق

(1) وإذا رأى صاحب العمل أن تنظيم منشأته يقتضى الاستغناء عن بعض عماله، فقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن لرب العمل الحرية فى اختيار من يرى إنهاء عقده دون أن يتقيد فى ذلك بأى قيد (الإسكندرية فى 1954/4/3 - 1957/12/29).
وذهبت - بحق - أحكام أخرى إلى أن العدل يقتضى أن ينهى عقود أحدث عماله بالعمل لديه وإلا كان متعسفا (القاهرة الابتدائية فى 1955/9/26).

إليه من هذا الخطأ قد حجب نفسه عن البحث فيما دفع به المطعون عليه دعوى الشركة الطاعنة من عدم صحة ما أسست عليه قرارها فى إعادة تنظيم أعمالها، وإنما بنى قضاءه على افتراض صحة ما تدعيه الشركة فى هذا الخصوص ولا يعتبر ذلك من الحكم تسليمًا منه بصحة هذا الادعاء أو نفيه ... إلخ".

(طعن رقم 83 لسنة 25 ق جلسة 1959/12/17)

ب- "من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها وإن أدى به ذلك إلى تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إليه، بحيث إذا اقتضى هذا التنظيم إغلاق أحد فروع المنشأة أو أحد أقسامها وإنهاء عقود بعض عماله كان لهذا الإنهاء ما يبرره وانتفى عنه وصف التعسف وسلطته فى ذلك تقديرية لا يجوز لقاضى الدعوى أن يحل محله فيها وإنما تقتصر رقابته على التحقق من جدية المبررات التى دعت إليه - وإذ كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن الشركة تمسكت فى دفاعها بأن الظروف المالية وانخفاض العمل أدى بها إلى إغلاق قسم الخراطة والإصلاحات العامة الذى كان المطعون عليه يعمل فيه والتالى إلى إلغاء وظيفته والاستغناء عنه، ورد الحكم المطعون فيه بأن "انخفاض العمل بقسم من أقسام الشركة لا يبرر فصل العامل" وهو نظر تحجب به الحكم عن مواجهة دفاع الشركة وتحقيقه واستظهار حكم القانون فيه بينما هو دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يتعين نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى الأسباب".

(طعن رقم 127 لسنة 32 ق جلسة 1966/4/6)

ج- "من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك، بحيث إذا اقتضى هذا التنظيم إنهاء عقود بعض عماله كان لهذا الإنهاء ما يبرره وانتفى عنه وصف التعسف، وسلطته فى ذلك تقديرية لا يجوز لقاضى الدعوى أن يحل محله فيها وإنما تقتصر رقابته على التحقق من جدية المبررات التى دعت إليه - وإذ كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها بأنها كانت فى حاجة لإعادة تنظيم رئاسة التحرير ورأت ضرورة استبدال رئيس تحرير واحد برئيسى التحرير السابقين، وجرى الحكم المطعون فيه على أن اختيار رئيس جديد بدلا من الرئيسين السابقين لا يعتبر مبررا معقولا أو

مشروعاً لإنهاء عقد المطعون عليه ورتب على ذلك الحكم له بالتعويض، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه في هذا الخصوص".

(طعن رقم 378 لسنة 32 ق جلسة 1967/2/15)

د- "من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها وإن أدى به ذلك إلى تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إليه بحيث إذا اقتضى هذا التنظيم إغلاق أحد فروع المنشأة أو أحد أقسامها وإنهاء عقود بعض عماله كان لهذا الإنهاء ما يبرره وانتفى عنه وصف التعسف، وسلطته في ذلك تقديرية لا يجوز لقاضي الدعوى أن يحل محله فيها وإنما تقتصر رقابته على التحقق من جدية المبررات التي دعت إليه، وهو غير ملزم بأن يلحق العامل المفصول بعمل آخر".

(طعن رقم 360 لسنة 32 ق جلسة 1967/2/22)

(3) إنهاء العقد لعدم كفاية العامل :

يدخل في سلطة رب العمل التنظيمية تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج. فإن تبين لصاحب العمل عدم كفاية العامل في تنفيذ العمل ولو ظهرت بعد انقضاء فترة الاختبار التي اقترن بها عقده، كقلة مبيعات مدير التوكيل أو ضعف حصيلة الجواب أو ضالة إنتاج مندوب التأمين أو انخفاض رقم أعمال الممثل التجاري أو ضعف نشاطه أو عجز العامل عن إدارة ما عهد به إليه، كان ذلك مبرراً مشروعاً لإنهاء عقده.

وتقدير كفاية العامل أو صلاحيته للعمل، متروك لصاحب العمل دون رقيب فهو الحكم الوحيد فيما إذا كان العامل يؤدي على نحو يرضيه العمل الذي عهد إليه به وليس مكلفاً بإثبات عدم كفاية العامل المهنية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"يدخل في سلطة رب العمل التنظيمية تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج بحيث إذا استبان عدم كفايته اعتبر ذلك "مأخذاً مشروعاً" لتعديل شروط عقد العمل أو إنهاء العقد عبء إثباته".

(طعن رقم 33 لسنة 31 ق جلسة 1965/5/12)

(4) الربية وعدم الثقة فى تصرفات العامل :

يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة إذا ساورته الرية فى تصرفات العامل واهتزت ثقته فيه، بسبب أفعال بدرت منه، ولو كانت السلطة المختصة لم تأمر بتقديمه إلى المحاكمة عنها أو قدم للمحاكمة وقضى ببراءته منها.

(5) فصل العامل الأجنبى لصدور تشريعات يحدد عدد العاملين من الأجانب

فى المنشأة:

إذا صدر تشريع يحدد نسبة معينة للعاملين الأجانب بالمنشأة، فإن فصل رب العمال للعمال الأجانب الزائدين على هذه النسبة انصياحا لحكم هذا التشريع يضحى فصلا بمبرر مشروع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"بالرجوع إلى القانون رقم 26 سنة 1954 بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة يبين أنه نص فى الفقرة الأولى من المادة 93 منه على أنه "يجب ألا يقل عدد المصريين المستخدمين فى مصر فى شركات المساهمة عن 75% من مجموع مستخدميها وألا يقل مجموع ما يتقاضونه من أجور ومرتببات عن 65% من مجموع الأجور والمرتبات التى تؤديها الشركة. ويسرى حكم هذه الفقرة على شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة إذا زاد رأس مالها عن خمسين ألف جنيه". مفاد ذلك أنه فى سبيل تحقيق الغرض الذى توخاه المشرع يكون للشركات المشار إليها أن تعين مستخدمين جدد من المصريين أو أن تفصل من موظفيها الأجانب ما يحقق النسبة المقررة فى القانون وهو ما لا يجوز معه القول بأن الفصل فى هذه الحالة يكون بغير مبرر وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص".

(ظعن رقم 235 لسنة 30 قى جلسة 1963/12/25)

(6) فصل إدارة مستشفى رئيسة الممرضات بها إذا رأت أن مبيتها خارج

المستشفى يؤثر على حسن سير العمل ولم تمتثل للمبيت بالمستشفى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن النعى مردود فى جملته بما أورده الحكم المطعون فيه من أنه: "بفرض أن المستأنف عليها (رئيسة الممرضات) لم تقم ببعض التزاماتها كالمبيت بالمستشفى فإن ذلك لا يمكن القول معه بأن فيه إخلالا بالتزاماتها الجوهرية التى تنطبق على الفقرة السادسة من المادة 40 وذلك لثبوت علم إدارة المستشفى بمبيتها فى دارها بعد زواجها وتخييرها بين المبيت بالمستشفى كحالتها الأولى أو إنهاء عقدها وآية ذلك الشهادة التى أصدرتها إدارة المستشفى لها فى 14/3/1957 تتضمن الشاء عليها حتى يتيسر لها سبيل الالتحاق بعمل آخر فإذا ما استمرت على النحو الذى سلكته فى مبيتها فى الخارج ورأت إدارة المستشفى أن فى ذلك ما يؤثر على حسن سير العمل فمن حق المستشفى أن تنتهى عقد عملها غير محدد المدة بالتطبيق لأحكام المادة 36 من المرسوم بقانون 317 لسنة 1952 الذى يحكم هذا النزاع لتوافر المبرر ولا يكون للمستأنف عليها من حق قبل المستشفى سوى مهلة الإنذار ومكافأة نهاية الخدمة أما عن طلب التعويض فلا محل له طالما كان إنهاء العقد له ما يبرره" وهذا الذى أورده الحكم لا قصور فيه ولا ينطوى على تناقض أو خطأ فى الإسناد لأن فصل العامل لإخلاله بالتزاماته الجوهرية يختلف فى مناطه وفى نطاقه عن مبررات الفصل الأخرى ولا يتعارض معها، وقد اتخذ الحكم من مبيت الطاعة خارج المستشفى مبررا لفصلها".

(طعن رقم 215 لسنة 31 ق جلسة 1965/3/24)

461- إنهاء العقد فى وقت غير لائق:

قد يعتبر الإنهاء تعسفيا ولو استند إلى مبرر إذا تم فى وقت غير لائق، كأنهاء عقد مدرس خلال العام الدراسى وجميع الوظائف مشغولة وذلك إذا كانت المصلحة التى يحققها الإنهاء لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الطرف الآخر من جراء هذا الإنهاء⁽¹⁾.

462- التعسف من جانب العامل:

التعسف فى فسخ العقد قد يكون صادرا من جانب رب العمل أو من جانب العامل، فالفقرة الثانية من المادة لم تفرق فى ذلك بين صاحب العمل والعامل.

فقد جرت على أن:

"وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد تعسفيا ... الخ".
ومن أمثلة تعسف العامل فى فسخ العقد، أن يترتب على فسخ العامل للعقد تلف شئ من أدوات أو متعلقات صاحب العمل أو توقف إنتاجه إذا كان لا يستطيع التعاقد مع عامل مناسب خلال فترة الإخطار.

جزاء الإنهاء التعسفى للعقد :

463- حق المتعاقد المضرور فى التعويض :

إذا أنهى أحد المتعاقدين العقد غير محدد المدة إنهاء تعسفيا، فإن هذا الإنهاء ينتج أثره فيقضى على الرابطة العقدية، وذلك سواء كان المنهى هو العامل أو رب العمل.
وينحصر حق المتعاقد المضرور فى المطالبة بالتعويض النقدي دون التعويض العيني، فلا يجوز للعامل المفصول مثلا المطالبة بإعادته إلى عمله.
وكانت المادة 66 من قانون العمل رقم 137 لسنة 1981 الملغى توجب على المحكمة أن تقضى بإعادة العامل المفصول إلى عمله إذا كان فصله بسبب نشاطه النقابى.

وأوجبت المادة (71) من قانون العمل الجديد رقم 12 لسنة 2003 على اللجنة المشكلة بموجبها إذا ثبت أن فصل العامل كان بسبب نشاطه النقابى القضاء بإعادته إلى عمله إذا طلب ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل وطبقا لأحكام المواد 694 من القانون المدنى و 72، 74 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 أن لرب العمل إنهاء العقد غير المحدد المدة بإرادته المنفردة وأن هذا الإنهاء تتقضى به الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذى أصابه ضرر فى هذه الحالة الحق فى التعويض، وكان المشرع استثناء من هذا الأصل أجاز إعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء رب العمل للعقد وذلك فى حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل المشار إليه وهى إذا كان الفصل بسبب

النشاط النقابي المكون للجريمة المنصوص عليها في المادة 231 من هذا القانون، لما كان ذلك وكان إنهاء خدمة المطعون ضده الأول بمقتضى قرار الشركة الطاعنة لا يدخل في نطاق ذلك الاستثناء فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء هذا القرار يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه بغير حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 715 لسنة 41 ق جلسة 22 يناير سنة 1977)

2- "الأصل وطبقا لأحكام المواد 694 من القانون المدنى و 72 و 74 من قانون العمل الصادر بالقانون 91 لسنة 1959 أن لرب العمل إنهاء العقد الغير المحدد المدة بإرادته المنفردة، وأن هذا الإنهاء تنقضى به الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يرتب للعامل الذى أصابه ضرر فى هذه الحالة الحق فى التعويض، وكان المشرع استثناء من هذا الأصل أجاز إعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء رب العمل للعقد وذلك فى حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل المشار إليه وهى إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابي المكون للجريمة المنصوص عليها فى المادة 231 من هذا القانون، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن بطلب وقف قرار فصله تأسيسا على إنهاء عقد العمل تعسفيا أو بلا مبرر ولا يجوز معه إعادة العامل المفصول إلى عمله ويقتصر الأمر فى تلك الحالة على التعويض النقدي ولا يجوز الإعادة إلا فى حالة فصل العامل لأسباب نقابية إلخ".

(طعن رقم 99 لسنة 43 ق جلسة 19 يناير سنة 1980)

3- "المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل طبقا لأحكام المواد 694 من القانون المدنى و 72 و 74 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959، أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير المحدد المدة بإرادته المنفردة وأن هذا الإنهاء تنقضى به الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يرتب للعامل الذى أصابه ضرر فى هذه الحالة الحق فى التعويض، وكان المشرع استثناء من هذا الأصل أجاز إعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء صاحب العمل للعقد، وذلك فى حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل المشار إليه، وهى إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابي المكون للجريمة المنصوص عليها فى المادة 231 من هذا القانون، لما كان ذلك، وكان إنهاء خدمة المطعون ضدهم بمقتضى قرار الشركة الطاعنة لا يدخل فى نطاق ذلك الاستثناء، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء هذا القرار يكون قد خالف القانون بما يستوجب

نقضه دون ما حاجة لبحث باقى وجوه الطعن".

(طعن رقم 1301 لسنة 48 ق جلسة 1982/12/19)

4- "متى كان الأصل وفقا لما نص عليه المادتان 694، 695 من القانون المدني والمادة 72 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959، الذى يحكم واقعة الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير المحدد المدة بإرادته المنفردة وأن هذا الإنهاء تنقضى به الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذى أصابه ضرر فى هذه الحالة الحق فى التعويض، وكان المشرع استثناء من هذا الأصل أجاز إعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء صاحب العمل للعقد وذلك فى حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل المشار إليها وهى إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابى المكون للجريمة المنصوص عليها فى المادة 231 من القانون المذكور".

(طعن رقم 2475 لسنة 52 ق جلسة 1983/6/20)

5- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير المحدد المدة وأن هذا الإنهاء تنقضى به الرابطة التعاقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذى أصابه ضرر فى هذه الحالة الحق فى التعويض، ولم يجز المشرع إعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء صاحب العمل للعقد إلا فى حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 وهى إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابى المكون للجريمة المنصوص عليها فى المادة 331 من هذا القانون".

(طعن رقم 1157 لسنة 49 ق جلسة 1984/4/22)

6- "المقرر فى ظل العمل بقانون العمل الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 91 لسنة 1959 أنه فى حالة إنهاء صاحب العمل عقد العمل غير محدد المدة بإرادته المنفردة تنتهى الرابطة العقدية من تاريخ هذا الإنهاء، ويكون للعامل الذى أصابه ضرر من إنهاء العقد الحق فى التعويض أو طلب إعادته إلى عمله إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابى".

(طعن رقم 11622 لسنة 50 ق جلسة 1987/1/19)

7- "وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء

هذه المحكمة أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير المحدد المدة وأن هذا الإنهاء تنقضى به الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذى أصابه ضرر فى هذه الحالة الحق فى التعويض ولم يجز المشرع إعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء صاحب العمل للعقد إلا فى حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 وهى ما إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابى المكون للجريمة المنصوص عليها فى المادة 231 من هذا القانون، وكان نص المادة 48 من القانون 35 لسنة 1976 بإصدار قانون النقابات العمالية الذى حل محل الباب الرابع من قانون العمل وتضمنت نصوصه تنظيم الحماية القانونية للنقابيين من أنه "لا يجوز وقف عضو مجلس إدارة المنظمة النقابية عن العمل فى المنشأة التابع لها احتياطياً أو تأديبياً أو توقيع عقوبة الفصل عليه إلا بناء على قرار أو حكم من السلطة المختصة ... ويعتبر باطلا كل قرار يصدر بالمخالفة لأحكام أى من الفقرتين السابقتين) وقصد المشرع من تقرير هذه الحماية تمكين أعضاء مجالس إدارة المنظمات النقابية من مباشرة نشاطهم فى حرية لا يقيدوها ما يتعرضون له من اضطهاد أو تعسف من جانب جهات عملهم ونص على بطلان أى قرار يصدر من جهة العمل بالمخالفة لهذه الأحكام، فضلا عن الجزاء الجنائى الذى يتعرض له صاحب العمل المخالف وهو الجزاء المنصوص عليه فى المادة 74 من القانون 35 لسنة 76، غير أن بطلان قرار الفصل الصادر من صاحب العمل بالمخالفة للأحكام السابقة لا يحول دون قيامه بإنهاء عقد لعمل إذا ما وجد لديه سبب مشروع يبرر هذا الإنهاء إذ أن بطلان قرار الفصل لمخالفته الأحكام الخاصة بالتأديب لا يمنع من فسخ عقد العمل وفصل العامل لأحد الأسباب المنصوص عليها فى المادة 76 من القانون رقم 91 لسنة 1959 ومنها عدم قيام العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة ما إذا كان الفصل لأسباب نقابية فعندئذ يجوز للقضاء أن يعيد العامل المفصول إلى عمله، لما كان ذلك وكان تقدير مبرر فصل العامل مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بتأييد الحكم المستأنف بفصل الطاعن على أن فصله لا صلة له بنشاطه النقابى ونفى عنه وصف التعسف بما أورده فى مدوناته (ولما كان البين من أوراق الدعوى أن المستأنف عليها قامت بفصل المستأنف من عمله بسبب ما وقع منه من تناول على أحد زملائه بألفاظ نابية تأدت منها مسامع رواد السينما وأثارت غضبهم الأمر الذى يعتبر إخلالا منه بالتزاماته الجوهرية المترتبة

على عقد عمله ويجيز فصله طبقاً لنص المادة 76 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 وهو سبب لا صلة له بنشاطه النقابي، فإن عقد عمله يكون قد انتهى بهذا الفصل ومنذ صدوره وتكون دعواه مفتقرة إلى سندها القانوني) وكان ما أورده الحكم كافياً وله أصله الثابت في الأوراق فإن النعى عليه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1906 لسنة 53 جلسة 1987/2/16 - غير منشور)

8- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير المحدد المدة بإرادته المنفردة وأنه بهذا الإنهاء تنتهي الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذي أصابه ضرر في هذه الحالة الحق في التعويض إلا في حالة واحدة ضمنها نص المادة 75 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 وهي ما إذا كان الفصل بسبب النشاط النقابي المكون للجريمة المنصوص عليها في المادة 231 من هذا القانون".

(طعن رقم 770 لسنة 75 جلسة 1988/1/25)

9- "إنهاء صاحب العمل لعقد العمل بإرادته منفردة. أثره. انقضاء الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف".

(طعن رقم 347 لسنة 67 جلسة 1998/3/26)

464- استقلال التعويض المستحق عن تعويض مهلة الإخطار ومكافأة نهاية الخدمة:

التعويض المستحق للطرف المضرور عن الإنهاء التعسفي مستقل عن التعويض الذي يستحقه المتعاقد بسبب عدم احترام مهلة الإخطار، بحيث إنه إذا كان من أنهى العقد لم يقتصر على التعسف في الإنهاء بل قام بالإنهاء دون إخطار سابق في المواعيد التي حددها القانون فإنه يلتزم بتعويضين: تعويض عن التعسف في الإنهاء وتعويض عن مهلة الإخطار.

وقد يستحق الطرف المضرور تعويضاً عن التعسف فقط، إذا كان الطرف الآخر قد أخطره بالإنهاء مراعيًا مهلة الإخطار، ولكن الإنهاء كان تعسفياً، كما يستحق الطرف غير المنهى للعقد تعويضاً عن عدم مراعاة مهلة الإخطار فقط إذا كان الطرف المنهى قد أنهى العقد فوراً دون إخطار سابق، ولكن كان لديه ما يبرر الإنهاء. وهذا التعويض مستقل أيضاً عن حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة التي كان

يستحقها فى ظل القانون رقم 91 لسنة 1959 (م 76) إذا كان الإنهاء من جانب صاحب العامل.

فى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 16/10/1958 فى الطعن رقم 210 لسنة 24 ق بأن:

"ولما كان حق المكافأة وحق التعويض حقين مختلفين فى أساسهما وطبيعتهما، فمكافأة العامل عن مدة خدمته التزام مصدره المباشر القانون وسببه ما أداه العامل من خدمات لرب العمل نتيجة للعقد الذى تم بينهما، فهى بهذا تعتبر نوعاً من الأجر الإضافى أوجب القانون دفعه عند إنهاء العقد بغير خطأ أو تقصير من جانبه فلا يجوز حرمانه من هذه المكافأة إلا فى الأحوال المقررة قانوناً - أما التعويض فهو مقابل الضرر الذى يصيب العامل جزاء فصله بغير مبرر، فمناطه سوء استعمال الحق وترتب الضرر يدور معه وجوداً وعدماً. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ أعمل حكم المادة 696 من القانون المدنى الذى يقضى بالتعويض عن الفصل التعسفى يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى الدعوى، وخالف القانون فيما أنزله من حكم على تلك الوقائع مما يتعين معه نقضه".

465- طبيعة المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفى:

ذهب رأى إلى أن المسؤولية المترتبة على التعسف هى دائماً مسئولية تقصيرية، ولو كان محل التعسف حقاً عقدياً، ويصدق ذلك على حالة التعسف فى إنهاء عقد العمل غير محدد المدة⁽¹⁾.

وقد أضاف بعض أنصار هذا رأى تأييداً له، أن المسؤولية العقدية لا تتحقق إلا إذا ظل العقد قائماً، أما بعد انقضاء العقد بإنهائه من قبل أحد العاقدين، فلن يوجد عقد تتبنى على أساسه المسؤولية العقدية، فالتعويض عن إبطال العقد أو بطلانه يتأسس دائماً على المسؤولية التقصيرية، وفضلاً عن ذلك فإن المسؤولية العقدية تقتضى إخلالاً بالتزام مستمد من العقد، أما حسن النية فى تنفيذ العقد فليس التزاماً قائماً بذاته، وإنما يمثل مبدأ عاماً يسود

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج1 الطبعة الثانية ص955 وما بعدها - فتحى عبد الصبور ص416 - أحمد شوقى عبد الرحمن ص311.

تنفيذ الالتزامات العقدية⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية على أساس أن القاعدة العامة في العقود هي وجوب تنفيذها بحسن نية، وأن مسؤولية الإخلال بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقود هي مسؤولية عقدية، وإنهاء عقد العمل إنهاء تعسفياً يعتبر إخلالاً بما يجب على المتعاقد من الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد، فتكون المسؤولية المترتبة عليه مسؤولية عقدية⁽²⁾.

إلا أنه إذا اشترك مع المتعاقد الذى أنهى العقد إنهاء تعسفياً، شخص من الغير، كصديق لصاحب العمل ففي هذه الحالة يكون هذا الشريك مسئولاً عن تعويض الأضرار الناشئة عن الإنهاء التعسفى، وبديهي أن مسئوليته لن تكون إلا تقصيرية، إذ لا عقد يربطه بالمضرور⁽³⁾.

وبالرأى الأخير أخذت محكمة النقض إذ جرى قضاؤها على أن :

1- "... ودعوى التعويض عن الفصل التعسفى تخضع للمادة 698 من القانون المدنى باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل إلخ".

(طعن رقم 361 لسنة 32 قى جلسة أول مارس 1967)

2- "سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم وفقاً للمادة 698 من القانون المدنى إنما راعى الشارع فيه ملائمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء، وهو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يسرى على دعاوى المطالبة بالأجور ودعاوى التعويض عن الفصل التعسفى باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل".

(طعن رقم 238 لسنة 33 قى جلسة 1967/6/7)

3- "المادة 698 من القانون المدنى تنص على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح والنسب المئوية فى جملة الإيراد، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى

(1) أحمد شوقي عبد الرحمن ص 311.

(2) إسماعيل غانم ص 527 - محمد لبيب شنب ص 424 - محمد عمران ص 267.

(3) محمد لبيب شنب ص 425.

يسلم فيه رب العمل إلى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد" وهذا التقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يسرى على دعاوى التعويض عن الفصل باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل".

(طعن رقم 393 لسنة 35 قى جلسة 1972/4/8)

4- "وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لئن كان الأجر ومكافأة نهاية الخدمة والتعويض عن الفصل التعسفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جميعها طلبات ناشئة عن سبب قانونى واحد هو عقد العمل، فإن طلب التعويض عن الاتهام الكيدى إنما يستند إلى سبب مغاير هو العمل غير المشروع، فتقدر قيمة الدعوى به وفقا للمادة 38 من قانون المرافعات باعتبار قيمته وحده إلخ".

(طعن رقم 912 لسنة 44 قى جلسة 1979/11/25)

466- آثار اعتبار المسؤولية المترتبة على الإنهاء التعسفى مسؤولية عقدية :

يترتب على اعتبار المسؤولية المترتبة على الإنهاء التعسفى مسؤولية عقدية عدة آثار منها:

- 1- خضوع دعوى التعويض عن الفصل التعسفى للتقادم الحولى المنصوص عليه بالمادة 378 مدنى وعدم خضوعها للتقادم الثلاثى المنصوص عليه بالمادة 172 مدنى الذى يسرى على دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع.
- 2- أن التعويض عن الفصل التعسفى يكون عن الضرر المتوقع وقت التعاقد وليس عن الضرر المتوقع وغير المتوقع كما هو الشأن فى التعويض الذى يستند إلى المسؤولية التقصيرية، إلا إذا كان الطرف المنهى قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م/2/221 مدنى).
- 3- أن التضامن فى المسؤولية عن الفصل التعسفى لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو بنص فى القانون، على خلاف الحال فى المسؤولية التقصيرية الذى يكون هذا التضامن مفروضا فيها عملا بالمادة 169 مدنى.

467- شروط استحقاق التعويض عن الفصل التعسفى :

يشترط لاستحقاق التعويض عن الفصل التعسفى توافر أركان المسؤولية العقدية: من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر .
وركن الخطأ يتمثل فى الإنهاء التعسفى للعقد، وركن الضرر يستوجب أن يكون قد

لحق الطرف الآخر ضرر من إنهاء العقد، سواء كان ضررا ماديا أو أدبيا (م 1/222 مدني) والضرر الذى يجب تعويضه هو الضرر الذى يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ولا يلزم الطرف المنهى الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد (م 221 مدني)⁽¹⁾.

فإذا ما أثبت المضرور الضرر الذى لحق به من جراء الخطأ كان مفروضا قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "للعامل الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر مادى مباشر بسبب إنهاء عقده بغير مبرر مشروع، وإذ كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن الطاعن طلب الحكم له بمبلغ 458 ج و 280م تعويضا عن الضرر الذى أصابه بسبب الفسخ فى وقت غير لائق وهو مرتب المدة من تاريخ فصله فى أبريل سنة 1946، ورفض الحكم المطعون فيه الحكم له به مستندا فى ذلك إلى ما جاء فى الحكم الابتدائى من أن "المدعى لم يصب بأضرار من وراء الفصل فقد أقر بأنه عين رئيسا لقسم قضايا الحراسة بتاريخ 1946/9/26 براتب شهرى قدره 100 جنيه وهو يربو على راتبه بالبنك ولم يمض على قرار الفصل غير خمسة شهور ويات التعويض قاصرا على الأضرار الأدبية" وهى تقارير غير سائغة رتب عليها قضاءه برفض هذا الطلب فإنه يكون قاصرا بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 143 لسنة 29 ق جلسة 1967/3/15)

2- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه يبين من الصورة الرسمية لمذكرة الطاعنة المقدمة لمحكمة الاستئناف أنها تمسكت فيها بانتفاء الضرر عن المطعون عليه لالتحاقه

(1) تنص المادة المذكورة على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد".

عند تركه خدمتها بخدمة شركة أخرى بمرتب شهري يزيد خمسة جنيهاً عما كان يتقاضاه منها، وأبدت استعدادها لإثبات هذه الواقعة بالبينة ولم ترد محكمة الموضوع على هذا الدفاع ولم تبين وجه الضرر الذي أصاب المطعون عليه من تركه خدمة الطاعة مكتفية في هذا الشأن بقولها "إن المدعى عليها (الطاعة) قد أخطأت بامتناعها عن دفع مرتب المدعى، وأنها اضطرت بذلك إلى ترك العمل فأصابه ضرر من جراء ذلك". ولما كان ذلك، وكان الضرر من أركان المسؤولية وثبوته شرطاً لازماً لقيامها والحكم بالتعويض نتيجة لذلك، وكانت الطاعة قد تمسكت في دفاعها بأن المطعون عليه لم يلحقه أى ضرر كما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه وقد التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه أو الرد عليه - مع أنه دفاع جوهري يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الرأي - يكون مشوباً بقصور يبطله ويتعين نقضه في هذا الخصوص".

(طعن رقم 144 لسنة 28 ق جلسة 1962/5/30)

3- "وحيث إن هذا النعى على غير أساس، ذلك أن الحكم المطعون فيه، وقد أقام قضاءه برفض دعوى التعويض على توافر مبرر إنهاء العقد لدى المطعون عليها، وعلى ما سلف بيانه في الرد على السبب الأول، فذلك حسبه، إذا لم يكن عليه بعد ذلك أن يتقصى وقوع ضرر للطاعن، أو أن يلتفت لما ساقه من أسانيد لإثبات هذا الضرر".

(طعن رقم 496 لسنة 34 ق جلسة 1971/4/14)

4- "وحيث إن ما تتعاه الطاعة بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب، ذلك أنه لم يرد على الدفاع الجوهري الذي أبدته أمام محكمة الموضوع وذهبت فيه إلى أن ضرراً لم يلحق المطعون ضده بسبب إنهاء خدمته لديها إذ كان ينكسب من مزاوله المحاماة.

وحيث إن هذا النعى صحيح، ذلك لأنه لما كان الثابت من صحيفة استئناف الطاعة ومن مذكرة دفاعها بجلسة 1979/9/30 - اللتين قدمت صورتيهما الرسميتين وفق صحيفة الطعن - أنها نسبت إلى المطعون ضده اتخاذ مكتباً للمحاماة منذ انقطاعه عن العمل لديها، ولم تلحقه أضرار عن قرار إنهاء خدمته، وإذا لم يرد الحكم المطعون فيه على هذا الدفاع الجوهري مع أنه لو صح، قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، واكتفى بالإحالة على أسباب الحكم الابتدائي الذي لم يعرض لهذا الدفاع فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه بغير ما حاجة لبحث باقى وجوه الطعن".

(طعن رقم 1915 لسنة 49 ق جلسة 1983/4/24)

ويقع على مدعى الضرر عبء إثباته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"ومن حيث إن هذا النعى مردود ذلك أن الضرر من أركان المسؤولية الموجبة للتعويض وثبوته شرط لازم لقيامها، وعلى من يدعى أن ضررا لحق به عبء إثبات توافره".

(طعن رقم 386 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/20 - لم ينشر)

468- كيفية تقدير التعويض:

لم يرد فى نصوص التقنين المدنى أو قانون العمل الجديد نص خاص بتقدير التعويض المستحق للطرف المضرور عن الإنهاء التعسفى وكيفية حسابه، أو إلزام باتباع معايير معينة فى خصوصه⁽¹⁾، إنما اقتصر المشرع فى المادة 2/695 من التقنين المدنى على النص على أنه:

"وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا ... إلخ".

(1) وترتبا على ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ 1963/4/24 فى الطعن رقم 255 لسنة 28 ق بأن:

"... ويبين من هذا الذى أورده الحكم أن محكمة الموضوع - وهى بسبيل تقدير ما يستحقه الطاعن من تعويض - قد استظهرت من أوراق الدعوى ومستنداتها وظروفها وملابساتها نوع العمل الذى كان يباشره الطاعن لدى الشركة المطعون عليها وأجره الأسمى وملحقاته ومدة خدمته فيها وظروف فسخ العقد المبرم بينهما ثم التحاق الطاعن فعلا بعمل آخر وتولت بعد ذلك تحديد مقدار التعويض الذى رأت أن الطالب يستحقه على ضوء كل هذه =

العوامل مجتمعة. ولما كان تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص ملزم باتباع معايير معينة فى خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع دون معقب عليه فيه. وكانت الأسباب التى أوردهتها المحكمة فى هذا الصدد سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فى قضائها لما كان ذلك، فإن ما ينهيه الطاعن فى شأن تقدير التعويض لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة مما يتعين معه رفض هذين السببين".

وكانت الفقرة الثالثة من المادة 692 من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص على أنه:

"على القاضى أن يراعى فى جواز الحكم بالتعويض عن الفصل التعسفى، وفى تقدير هذا التعويض، العرف الجارى وطبيعة الأعمال التى تم التعاقد عليها، ومدة خدمة العامل أو المستخدم مع مقارنتها بسننه، وما استقطع منه أو دفعه من مبالغ لحساب المعاش، وبوجه عام، جميع الظروف التى قد يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه" وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة دون بيان أسباب الحذف⁽¹⁾.

كما كانت المادة 74 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 تنص على أنه "إذا فسخ العقد بلا مبرر كان للطرف الذى أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق فى تعويض تقدره المحكمة مع مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى بعد تحقيق ظروف الفسخ وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 72، 73) وكان المقرر فى ظل هذا التقنين أن الاعتبارات المنصوص عليها فى المادة ليست واردة على سبيل الحصر وإنما واردة على سبيل المثال فقط.

ورغم حذف الفقرة الثالثة من المادة 692 من المشروع التمهيدي للقانون المدني، وعدم إيراد نص مقابل للمادة 74 سالفة الذكر فى قانون العمل رقم 137 لسنة 1981، والقانون الحالى، فإن ذلك لا يمنع من الاسترشاد بالاعتبارات الواردة بالنصين المذكورين فى تقدير التعويض، إذ أنها ليست سوى تطبيق للقواعد العامة فى تقدير التعويض والتى توجب أن يشمل التعويض ما لحق بالمتعاقد المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لإهمال المدين فى التنفيذ. ولذا نعرض لهذه الاعتبارات على النحو التالى:

(1) العرف الجارى:

ويقصد به عادات المهنة أو البقعة، فقد تحدد هذه العادات حرفاً أو أعمالاً معينة يتميز الاستخدام فيها بصفة الاستقرار، أو يتسم بطابع عدم الاستقرار، ويكون حسب الأحوال، الضرر الناشئ عن الفصل جسيماً أو يسيراً⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص170 وما بعدها.

(2) جمال زكى ص1157.

(2) طبيعة الأعمال التى تم التعاقد عليها :

قد يكون لطبيعة العمل الذى تعاقد عليه الطرفان أهمية كبرى فى تحديد الضرر وخاصة من حيث استطاعة العثور على عمل مناسب، فقد يتخصص العامل فى عمل معين أو يصل إلى مركز معين بحيث يشق عليه أن يجد صاحب عمل آخر يحتاج إلى عمال بنفس التخصص أو يرتضى تشغيله بنفس المركز الذى وصل إليه فى عمله السابق.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن التعويض الذى يستحقه المدرس يجب أن يشمل أجره طيلة العام الدراسى، لأنه يستخدم عادة لمدة سنة دراسية ويصعب عليه العثور قبل بداية السنة الجديدة على عمل آخر.

(استئناف مختلط فى 1913/12/31 مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة 26 ص

(133)

وأنه إذا كان العامل قد بلغ من العمر نحو 57 عاماً قضى معظمها فى الخدمة فى أقلام الاستعلامات بالفنادق دون أن يمارس أى نوع آخر من الأعمال يستطيع أن يبدأه فى هذا السن المتقدمة وما تبين من أنه يندر أن يخلو مثل مركزه الذى كان يشغله فى فندق من فنادق الدرجة الأولى التى تملك معظمها الشركة التى فصلته من خدمتها، ترى المحكمة لكل هذا أن ترفع قيمة التعويض الواجب القضاء به ليكون جابراً لما أصابه من أضرار عن فصله التعسفى.

(استئناف القاهرة فى الاستئناف 824، 1039 س71 ق جلسة 1955/1/31 مدونة

الفكهاى 3/1 ص691)

(3) مدة خدمة العامل مع مقارنتها بسنه :

ذلك أن فرصة الحصول على عمل لدى صاحب عمل آخر ليست يسيره بالنسبة للعامل المسن أو الذى قضى فى الخدمة مدة طويلة، بعكس الحال بالنسبة للعامل الشاب أو الذى لم يقض بالخدمة مدة طويلة.

(4) ما استقطع من العامل أو دفعه من مبالغ لحساب المعاش :

ذلك أن ما استقطع من العامل أو دفعه من مبالغ لحساب المعاش، تمثل خسارة لحقته لعدم استفادته منها، كما أن ما كان سيستحقه من معاش لو استمرت خدمته يمثل

كسبا فائتا.

وهناك اعتبارات أخرى يجب مراعاتها عند تقدير التعويض منها:

(1) مدة تعطل العامل:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تقدير الحكم المطعون فيه للمدة التى يستحق عنها الطاعن التعويض بأنها المدة التى تعطل فيها عن العمل فإنه تقدير سليم يتفق مع أحكام القانون حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 224 من القانون المدنى على أنه "لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر" وقد ثبت بإقرار الطاعن أنه التحق بعمله الجديد فى 28 يناير سنة 1956 ولم يدع أن أجره فيه يقل عن أجره المتفق عليه مع المطعون عليهما ومن ثم فإن النعى على الحكم بأنه لم يقض للطاعن بتعويض عن المدة التى التحق فيها بعمله الجديد يكون فى غير محله. كما أن الحكم المطعون فيه قد احتسب أجر الطاعن عن مدة تعطله وهى ثلاثة أشهر و 28 يوما على أساس أجره الشهرى 14 جنيها وقدرت مجموع استحقاقه عن هذه المدة بمبلغ 54 جنيها و 100 ملجم وهذا لا خطأ فيه كما يذهب الطاعن ... إلخ".

(طعن رقم 347 لسنة 29 ق جلسة 1963/6/12)

(2) مقدار أجر العامل:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

أ- "وحيث إن حاصل السبب السادس أن الحكم المطعون فيه قضى بالتعويض دون أن يحقق الضرر الذى لحق المطعون عليه وأخطأ فى تحديد أجره وهو من عناصر تقدير التعويض، وقد تمسك البنك فى دفاعه بأن المطعون عليه لا يستحق تعويضا وفقا للمادة 24 من القانون رقم 14 لسنة 1950 ولم يضمن طلباته المعدلة طلب التعويض ولم يحفظ لنفسه الحق فى استئناف الحكم الصادر برفضه وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الأخير.

وحيث إن هذا السبب فى محله وذلك لما سبق بيانه فى خصوص السبب الثانى ولأن الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به".

(طعن رقم 227 لسنة 32 ق جلسة 1966/12/7)

ب- "لما كان الأصل فى تحديد الأجر أنه متروك لمطلق إرادة طرفى عقد العمل والاستثناء هو الحد من هذه الإرادة، وكان الشارع لاعتبارات اجتماعية قد أصدر الأمرين العسكريين رقمى 358 لسنة 1942، 99 لسنة 1950 بفرض إعانة غلاء لموظفى المحلات الصناعية والتجارية ووضع حد أدنى للأجر وزيادة فئات هذه الإعانة، والقوانين أرقام 20 لسنة 1958 بالاستمرار بالعمل بالأمر العسكرى رقم 99 لسنة 1950 المشار إليه، ورقم 24 لسنة 1973 بتحديد حد أدنى لأجور العمال وتنظيم إجازاتهم المرضية فى المنشآت الصناعية بالقطاع الخاص، ورقم 64 لسنة 1974 بشأن تحديد حد أدنى لأجور العمال العاملين فى القطاع الخاص وضمن كلا من هذه التشريعات الأحكام الخاصة بنطاق سريانها وشروط تطبيقها والآثار المترتبة عليها وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فى حالة الحكم للعامل بالتعويض عن الفصل التعسفى يتعين على محكمة الموضوع أن تعرض فى مدوناتها لهذا الفصل وتحدد عناصر الضرر المترتب عليه وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد حدد أجر المطعون ضده الأول الذى قرر على أساسه حقوقه العمالية والتأمينية بواقع 25 جنيها شهريا باعتبار هذا القدر هو الحد الأدنى للأجور ولم يبين سنده فى ذلك من التشريعات المتتابعة السالف ذكرها وقضى له بالتعويض عن الفصل التعسفى دون أن يعرض لهذا الفصل ويحدد عناصر الضرر الذى ترتب عليه فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 675 لسنة 55 قى جلسة 1986/2/24 - غير منشور)

(3) الحالة الاقتصادية :

تؤثر الحالة الاقتصادية في تحديد فترة تعطل العامل. فإذا كان هناك كساد اقتصادي فإن ذلك يجعل فرصة حصول العامل المفصول على العمل ببذل جهد معقول ليست يسيره بخلاف ما إذا كان هناك نشاط اقتصادي.

(4) تكبد العامل نفقات بسبب العمل المتعاقد عليه :

قد يتكبد العامل نفقات بسبب العمل المتعاقد عليه، كأن يكون قد أنفق مبلغا ما في سبيل الالتحاق بدورة تدريبية أوجبها عليه صاحب العمل قبل التحاقه بالعمل، أو استدعى عمله نقل محل إقامته إلى مدينة أخرى.

(5) ما استحق للعامل من تعويض طبقا لقانون التأمين الاجتماعي نتيجة

إصابة عمل :

ذلك أن الغاية من التعويض هي جبر الضرر متكافئا معه وغير زائد عليه.

(نقض طعن رقم 349 لسنة 44 ق جلسة 1981/1/25)

469- بطلان اتفاق العامل مقدما على النزول عن التعويض المستحق له عن

فصله تعسفيا :

تعتبر المادة 695 مدني التي تنظم إنهاء العقد ذي المدة غير المحددة وتقرر الجزاء على مخالفة قواعده، متعلقة بالنظام العام بحسبانها نصا يحمي إحدى الطوائف الضعيفة في الجماعة وهي الطبقة العاملة، ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق ينزل العامل بمقتضاه مقدما عن حقه في التعويض عن التعسف في فصله أو يرضى بمبلغ يقل عن الضرر الذي يلحق به، سواء وقع ذلك وقت إبرام العقد أو خلال تنفيذه⁽¹⁾.

470- تقدير التعويض من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "وكان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي

(1) جمال زكي ص 1159، وكان ذلك مقررا في ظل قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 الملغى

وفقا للمادتين 6، 47.

الموضوع إلا أن تعيين عناصر الضرر التى يجب أن تدخل فى حساب التعويض هو من المسائل القانونية التى تخضع فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 355 لسنة 36 ق جلسة 1971/2/4)

2- وكان تقدير التعويض متى قامت أسبابه هو من سلطة قاضى الموضوع دون معقب عليه فيه، وطالما أن الأسباب التى أوردتها المحكمة فى هذا الصدد سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فى قضائها، فإن ما ينعاها الطاعن فى شأن تقدير التعويض لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة، ولا ينال من ذلك أن محكمة الموضوع راعت فى تقديرها للتعويض المعاش الذى تقرر للطاعن طبقا لقانون التأمينات الاجتماعية - نتيجة إصابة العمل - ذلك لأن الغاية من التعويض هى جبر الضرر متكافئا معه وغير زائد عليه".

(طعن رقم 349 لسنة 44 ق جلسة 1981/1/25)

3- "لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه عندما عرض لتقدير التعويض للمطعون ضده أورد "أن هذه المحكمة ترى من ظروف الدعوى وملابساتها ولكونه قد مكث حوالى أربع سنوات متعتلا عن العمل تقدير مبلغ 500 جنيه كتعويض عن هذا الفصل للمستأنف ..."، ويبين مما أورده الحكم أن المحكمة قد راعت كافة الظروف والملابسات المحيطة بفسخ العقد واعتدت عند تقدير الضرر بمدة تعطل المطعون ضده عن العمل، وهو ما يكفى لبيان عناصر التعويض المقضى به.

ولما كان تقدير الضرر ومراعاة الظروف والملابسات فى تقدير التعويض مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع، وكانت الأسباب التى أوردتها المحكمة فى هذا الصدد كافية لحمل قضائها، فإن ما ينعاها الطاعن فى شأن تقدير التعويض لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1060 لسنة 45 ق جلسة 1981/2/22)

4- "وحيث إن هذا النعى سديد. ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى".

(طعن رقم 1057 لسنة 45 ق جلسة 1982/4/25)

5- "تقدير التعويض - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يستقل به قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض متى تحققت أسبابه وتكشفت عناصره وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه، وكان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بالتعويض على قوله (... ومن ثم فلا يكون هناك ... إخلال من المستأنف (الطاعن) بالتزاماته بما يتعين ... القضاء للمستأنف بالتعويض عن فصله من العمل تراعى المحكمة فى تقديره نوع العمل ومدة الخدمة والأجر والعرف الجارى وهو ما تقدره بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه ..) يكون قد أحاط بكافة عناصر التعويض التى طرحها الطاعن".

(طن رقم 1825 لسنة 49 ق جلسة 1985/12/9 - الهوارى ج7 ص144 وما بعدها)

471- وجوب تعيين العناصر المكونة للضرر قانوناً فى الحكم:

يجب أن تبين المحكمة فى الحكم الصادر بالتعويض العناصر المكونة للضرر قانوناً، لأن هذه العناصر من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض، ومن ثم يجب بيانها فى الحكم وعدم الحكم بالتعويض بصورة مجملة، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور فى التسبب والخطأ فى تطبيق القانون.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن تعيين العناصر المكونة للضرر والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتعويض بصورة مجملة دون أن يبين كنه عناصر الضرر فإنه يكون قد عابه البطلان لقصور أسبابه - وإذ كان ذلك وكان الثابت أن الشركة الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليهم الأربعة الأول لم ينلهم ضرر من جراء فصلهم وأنهم التحقوا جميعاً بشركة الكرنك بمرتببات تزيد عما كانوا يتقاضونه منها وقد اكتفى الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون فيه إليه فى الرد على هذا الدفاع بقوله "إن فصل المدعين قد وقع عاطلاً عن المبرر مما ترى معه المحكمة تعويضهم عن هذا الفصل مراعية فى ذلك أنهم جميعاً التحقوا بالعمل بشركة الكرنك بعد فصلهم من العمل بمدة وجيزة ومدة خدمة كل منهم والضرر الذى نزل به بسبب فصله" وهى أسباب لا تواجه دفاع الشركة وليس فيها بيان لعناصر التعويض المقضى به مما يعيبه بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى الأسباب".

(طعن رقم 92 لسنة 34 ق جلسة 1968/4/24)

2- "وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك أنه لما كانت المادة 74 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 تستوجب عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر فى هذا الصدد "أن التعويض عن الإنهاء التعسفى لعقد العمل يقدر بالنظر إلى الأضرار التى لحقت بالعامل ويشمل ذلك ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وفقا للقواعد العامة المقررة فى القانون المدنى، ولما كان الثابت أن المستأنف (الطاعن) بعد فصله زاول لحسابه الخاص نفس النشاط الذى كان يزاوله لحساب المستأنف ضده (المطعون ضده الثانى) ولم يتعطل عن العمل، ومن ثم فإن تقدير التعويض بمبلغ 50 ج يعتبر تقديرا عادلا تؤيده هذه المحكمة وتأخذ به". لما كان ذلك وكان تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا، والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض على هذه الصورة المجملة لم يبين عناصر الضرر، فإنه يكون قد عاره البطلان لقصور أسبابه بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 129 لسنة 36 ق جلسة 1972/5/13)

3- "وبالنسبة للوجه الثانى فإنه لما كانت المادة 74 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 - الذى يحكم واقعة الدعوى - تستوجب عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى وكان الحكم المطعون فيه قد قرر فى هذا الصدد (وترى المحكمة أن مبلغ 600 جنيه يعتبر تعويضا جابرا كافة الأضرار المادية والأدبية التى حاقت بالمدعى "المطعون عليه").. لما كان ذلك وكان تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض على هذه الصورة المجملة لم يبين عناصر الضرر التى قضت من أجله بهذا التعويض ولم تناقش كل عنصر منها على حدة وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته وإذ أغفل الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 623 لسنة 42 ق جلسة 1981/12/28)

4- "وحيث إن النعى بهذا السبب مردود ذلك لأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء بتأييد الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه من تقدير قيمة التعويض المقضى به للمطعون ضده من جراء فصله على قوله "لما كان الحكم المستأنف فى محله للأسباب التى بنى عليها فيما انتهى إليه من ... وفى تقديره لمبلغ التعويض المحكوم به للمستأنف ضده والذى ترى فيه المحكمة الكفاية لجبر الضرر المادى والأدبى الذى أصاب المستأنف ضده من جراء فصله تعسفيا بمعرفة الشركة المستأنفة وذلك بمراعاة مدة خدمته وأجره وفرصته فى الحصول على عمل جديد ...". بما مفاده أن محكمة الاستئناف قد استظهرت عناصر الضرر المادى والأدبى الذى لحق بالمطعون ضده نتيجة فصله تعسفيا من جانب الطاعنة وانتهت إلى تأييد الحكم الابتدائي فى تقديره لمقدار التعويض، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استكمل ما أغفله الحكم الابتدائي من بيان عناصر الضرر، فإن النعى بهذا السبب يضحى واردا على غير محل، ومن ثم غير مقبول".

(طعن رقم 1243 لسنة 50 قى جلسة 1986/3/31 - الهوارى ج7 ص145

وما بعدها)

472- الأجر ومقابل الإخطار والتعويض عن الفصل التعسفى يجمعها سبب

قانونى واحد:

الأجر ومقابل الإخطار والتعويض عن الفصل التعسفى يجمعها سبب قانونى واحد هو عقد العمل، ويترتب على ذلك أن دعوى المطالبة بها تقدر بمجموع هذه الطلبات عملا بالمادة 38 من قانون المرافعات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الأجر ومكافأة نهاية الخدمة (طبقا للقانون 91 لسنة 1959) والتعويض عن الفصل التعسفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جميعها طلبات ناشئة عن سبب قانونى واحد هو عقد العمل، وطلب التعويض عن الاتهام الكيدى إنما يستند إلى سبب مغاير هو العمل غير المشروع، فتقدر قيمة الدعوى به وفقا للمادة 38 من قانون المرافعات باعتبار قيمته وحده ... إلخ".

(طعن رقم 912 لسنة 44 قى جلسة 1979/11/25)

473- عدم خضوع التعويض للضريبة على كسب العمل :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل في التعويض أنه مقابل للضرر الذى يصيب العامل جزاء فصله بغير مبرر ومناطه ترتب الضرر، ولا يغير من طبيعة هذا التعويض تقديره بما يوازى الأجر المتبقى عن المدة التى لم ينفذ فيها العقد، ولا يخضع بهذه المثابة للضريبة على كسب العمل لأنه ليس إيرادا دوريا وإنما هو فى حكم رأس مال يصرف دفعة واحدة عند انتهاء خدمة العامل نظير الخطأ التعاقدى بفسخ عقد العمل قبل حلول مواعده، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأخضع المبلغ المدفوع للطاعن كتعويض مقابل الضرر الذى لحق به بسبب إخلال الشركة بالتزامه التعاقدى فإنه يكون قد خالف القانون بما يعيبه ويوجب نقضه".

(طعن رقم 392 لسنة 39 ق جلسة 1975/4/16)

474- يترتب على إنهاء عقد العمل انقضاء التزام صاحب العمل بأداء

اشتراكات التأمين :

إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة يضع حدا لعلاقة العمل ويؤدى إلى انقضائها ولو كان الإنهاء قد اتسم بالتعسف، وينقضى تبعا لهذا الإنهاء التزام صاحب العمل بأداء اشتراكات التأمين عن العامل، إذ أن مناط ذلك هو قيام علاقة العمل واستمرارها.

475- حكم قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 :

تنص المادة (122) من القانون على أن: "إذا أنهى أحد الطرفين العقد دون مبرر مشروع وكاف، التزم بأن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذى يصيبه من جراء هذا الإنهاء.

فإذا كان الإنهاء بدون مبرر صادرا من جانب صاحب العمل، للعامل أن يلجأ إلى اللجنة المشار إليها فى المادة (71) من هذا القانون بطلب التعويض، ولا يجوز أن يقل التعويض الذى تقدره اللجنة عن أجر شهرين من الأجر الشامل عن كل سنة من سنوات الخدمة.

ولا يخل ذلك بحق العامل فى باقى استحقاقاته المقررة قانوناً".

وتتص المادة (120) من القانون على أنه:

"لا تعتبر من المبررات المشروعة والكافية لإنهاء الأسباب الآتية:

أ) اللون أو الجنس أو الحالة الاجتماعية أو المسئوليات العائلية أو الحمل أو الدين أو
الرأى السياسى".

ب) انتساب العامل إلى منظمة نقابية أو مشاركته فى نشاط نقابى فى نطاق ما تحدده
القوانين.

ج) ممارسة صفة ممثل العمال أو سبق ممارسة هذه الصفة أو السعى إلى تمثيل العمال.

د) تقديم شكوى أو إقامة دعوى ضد صاحب العمل أو المشاركة فى ذلك تظلماً من
إخلال بالقوانين واللوائح أو عقود العمل.

هـ) توقيع الحجز على مستحقات العامل تحت يد صاحب العمل.

و) استخدام العامل لحقه فى الإجازات".

476- جزاء إنهاء العقد المحدد المدة قبل انقضاء مدته :

إذا أنهى أحد طرفى العقد المحدد المدة العقد قبل انقضاء مدته وفى غير الأحوال
التي يجيز فيها القانون ذلك، اعتبر هذا الإنهاء غير مشروع. وتحمل الطرف الذى أنهى
العقد، المسئولية قبل الطرف الآخر، الذى لا يستطيع أن يطالب بالاستمرار فى تنفيذ
العقد، لما فى ذلك من إجبار يمس الحرية الشخصية، فضلاً عما قد يؤدى إليه من
اضطراب فى علاقات العمل، بعد أن أظهر أحد طرفى العقد رغبته الصريحة، فى عدم
التعاون مع الطرف الآخر.

لذلك يقتصر حق الطرف المضروب، على مطالبة الطرف الذى أنهى العقد بإنهاء
مبتسراً، بالتعويض عما أصابه من أضرار مادية وأدبية. ويقدر التعويض فى هذه الحالة،
على أساس ما لحق الطرف المضروب من خسارة، وما فاتته من كسب نتيجة لعدم احترام
المدة المتفق عليها فى العقد. لذلك لا يشترط أن يكون تعويض العامل، مساوياً للأجر الذى
كان يستحقه عن بقية مدة العقد، فيجوز أن يزيد التعويض على هذا الضرر، أو يقل عنه،
بحسب ظروف كل حالة على حدة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تقدير الحكم للمدة التي يستحق عنها العامل التعويض بأنها المدة التي تعطل فيها عن العمل - بعد فصله قبل نهاية مدة العقد - هو تقدير سليم يتفق مع حكم المادة 224 من القانون المدني. وإذا كان الطاعن قد أقر بأنه التحق بعمل جديد ولم يدع أن أجره فيه يقل عن أجره المتفق عليه مع المطعون عليهما فإن النعي على الحكم بأنه لم يقض للطاعن بتعويض عن المدة التي التحق فيها بعمله الجديد يكون في غير محله".

(طعن رقم 347 لسنة 29 ق جلسة 1963/6/12)



مادة (696)

- 1- يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد، إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد.
- 2- ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملازمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه، لا يعد عملا تعسفيا بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل.

الشرح

477- الفصل التعسفي بطريق غير مباشر:

تشير المادة إلى حالة من حالات الفصل التعسفي بالرغم من أن صاحب العمل لم يصدر الأمر إلى العامل مباشرة بترك العمل، بل إن العكس فإن العامل هو الذي يقدم استقالته، ولكن هذه الاستقالة الإرادية تخفى وراءها فصلا تعسفيا غير مباشر، بسبب صدور أفعال متعنتة من جانب صاحب العمل تتطوى على إساءة في معاملته، تدفع العامل إلى الاستقالة للتخلص من هذه المعاملة.

وتتضمن المادة نوعين من تصرفات صاحب العمل، يترتب عليهما اعتبار ترك العامل لعمله بناء عليها فصلا تعسفيا وهما:

(أ) المعاملة الجائرة للعامل:

ويقصد بذلك عدم التسوية بين العامل وزملائه، بأن تكون معاملة العامل تقل عن زملائه الآخرين بالرغم من تماثل الاعتبارات المختلفة التي تبني عليها المعاملة، كطبيعة العمل والأقدمية والخبرة والكفاءة، أو يتخذ صاحب العمل حيال العامل تصرفات ماسة بكرامته.

(ب) - مخالفة شروط العقد:

قد يحاول صاحب العمل إرغام العامل على أن يوقع عقدا جديدا يحوى شروطا تسلب العامل حقوقه التي التحق بالعمل على أساسها أو لا يقدم إلى العامل ما يلزم لأداء عمله من أدوات ومواد أولية، ومن ثم فإن استقالة العامل لهذا السبب تعتبر فصلا تعسفيا

بطريق غير مباشر من جانب صاحب العمل.

وفى قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 تنص المادة (76) على أنه: "لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها فى عقد العمل الفردى أو اتفاقية العمل الجماعية، أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعا لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو فى حالة القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة ... الخ".

478- نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن:

"ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه، لا يعد عملا تعسفيا بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل".

فالأصل أنه يجوز لصاحب العمل أن يكلف العامل - ولو على سبيل الدوام - بعمل غير المتفق عليه ولو كان أقل ميزة أو ملاءمة. والحكمة فى إعطاء صاحب العمل هذا الحق ترجع إلى الرغبة فى إعطاء صاحب العمل الفرصة لتنظيم العمل داخل مؤسسته وتقدير كفاية كل عامل ووضعه فى العمل الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج.

ولم تعتبر الفقرة الثانية من المادة نقل العامل على هذا النحو عملا تعسفيا بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل.

والنص المذكور يسمح بأن يكون هناك خلاف جوهري بين المركز الذى كان يشغله العامل وبين العمل الجديد⁽¹⁾.

ويعتبر من قبيل الخلاف الجوهري كون العمل الجديد أقل ملاءمة من الناحية المادية أو الأدبية. أو كونه يقتضى جهدا يزيد كثيرا على الجهد اللازم فى العمل

(1) الدكتور جمال زكى عقد العمل فى القانون المصرى الطبعة الثانية 1982 ص 869- وفى هذا المعنى محمد عمران ص 123 الهامش - وقارن: محمد لبيب شنب ص 140 إذ يرى أن كون العمل الجديد أقل ميزة أو أكثر ملاءمة من العمل الذى كان العامل يقوم به (م 2/696 مدنى) لا يعتبر فى حد ذاته تكليفا بعمل يختلف اختلافا جوهريا عن العمل المتفق عليه.

الأصلى، أو كونه ضارا بالصحة أو خطرا.

وفى هذا يختلف نص الفقرة الثانية من المادة (696) عن نص المادة (76) من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 التى تشترط فى العمل الجديد ألا يختلف اختلافا جوهريا عن المركز الذى كان يشغله العامل بشرط عدم المساس بحقوق العامل إذ تنص على أنه:

".... وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافا جوهريا بشرط عدم المساس بحقوق العامل.

ومع ذلك يجوز لصاحب العمل تدريب العامل وتأهيله للقيام بعمل مختلف يتماشى مع التطور التقنى فى المنشأة".

وكذلك يختلف عن المادة (54) قانون العمل رقم 137 لسنة 1981، والمادة (57) من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 والمادة (19) من قانون العمل رقم 317 لسنة 1952 التى كانت جميعا تشترط ألا يختلف العمل الجديد عن المركز الذى كان يشغله العامل اختلافا جوهريا.

غير أن محكمة النقض تقرن فى أحكامها - الصادرة قبل العمل بقانون العمل الجديد - بين نص المادة 696 مدنى وبين نصوص قوانين العمل رغم ما هو قائم من خلاف بينهما - على النحو الذى سنراه فى الأحكام التالية - الأمر الذى كان مدعاة لنقد الفقه⁽¹⁾.

ققد قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أن من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج ومن سلطته كذلك - طبقا للمادة 19 من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 وللفقرة الثانية من المادة 696 من القانون المدنى أن يكلف العامل عملا آخر - غير المتفق عليه - لا يختلف عنه اختلافا جوهريا، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك بحيث إذا رفض العامل النقل وسعه أن ينهى علاقة العمل وإذا كان ذلك، وكان الثابت فى

الدعوى أنه على أثر انتقال ملكية بنك يونيان إلى بنك الجمهورية - ولمقتضيات العمل وضروراته أصدر هذا الأخير قراراً بنقل الطاعن إلى وظيفة مترجم بقسم قضاياها بالمركز الرئيسى بالقاهرة وهى لا تختلف فى جوهرها عن وظيفته السابقة كرئيس لقلم قضاياها بالإسكندرية ولا تعتبر أقل ميزة أو ملاءمة إذ أن أعمال الترجمة من صميم العمل القضائى ولوازمه وامتنع عن تنفيذ هذا القرار وأصر على عدم تنفيذه رغم إنذاره بالفصل مع حرمانه من المكافأة والتعويض وجرى الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون فيه إليه فى أسبابه على أنه لا وجه للمحاجة فى هذا المقام بنص المادة 19 من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 لانعدام شرائط انطباقه إذ "ليس ثمة ما يدل على أن البنك اتفق مع المدعى على أن يعمل رئيساً لقلم قضاياها بالإسكندرية دون غيرها، حتى يحرم عليه دعوته للعمل فى غيرها" ولأنه "مع ذلك ومع الفرض الجدلى أن المدعى كان يعمل رئيساً لقلم قضايا البنك المدعى عليه بالإسكندرية فإن هذه الوظيفة لا تختلف فى جوهرها عن وظيفة المترجم بمركز البنك وهى الإدارة الكبرى بالنسبة لفروع الإسكندرية التى كان يعمل فيه المدعى خصوصاً إذا لم يمس المرتب وخصوصاً إذا كانت الترجمة وهى عمل مرموق فى البنك وفى إدارة القضايا به خاصة من العناصر الرئيسية التى تقوم عليها هذه الإدارة". وأن "المدعى لم يستجب لدعوة البنك وهو فى إبان نشأته وفى مرحله انتقاله وهى مرحلة دقيقة بل عصيية تبلغ القوة القاهرة التى أشار إليها المشرع فى المادة 19" وأنه "غنى عن الذكر أن العمل بالمركز الرئيسى يعتبر دائماً نهاية المطاف لكل موظف" ورتب على ذلك أن "المدعى يكون قد أخل بالتزاماته الجوهرية فيحقق للبنك المدعى عليه أن يفصله طبقاً للمادة 6/40 من المرسوم بقانون المتقدم ذكره بلا إنذار ولا مكافأة ولا تعويض". وهى تقارير قانونية وموضوعية سائغة، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 29 لسنة 32 قى جلسة 1966/2/23)

2- "من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج ومن سلطته كذلك أن يكلف العامل عملاً آخر - غير المتفق عليه - لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك بحيث إذا رفض العامل النقل وسع صاحب العمل أن ينهى علاقة العمل - إذ

كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وجرى في قضائه على أن "جميع الأعمال في المؤسسة ذات ترابط وتعاون يتآزر فيها العمال والموظفون على السير بالعمل والمؤسسة في سبيل النجاح والتقدم، وكل عمل شرف والعبرة بالإخلاص في أدائه، والمرجع في تنظيمه إنما هو من صميم اختصاص صاحب المؤسسة أو مديرها مادام تصرفه فيه غير قائم على الهوى أو بدافع لا ينشد فيه سوء الإساءة والإضرار بالعامل" وأن "الظاهر من خطاب استقالتها أنها أسستها على أشياء لا شأن لها بنقلها من عمل إلى آخر وأنها إذا كانت قد أثارت بعد ذلك من سبب استقالتها هو نقلها من عمل بقلم المستخدمين إلى الأرشيف فإنها لم تتقدم بدليل على أن هذا العمل كان نتيجة دوافع شخصية أو لمجرد الرغبة في إيذائها أو الإضرار بها عن عمد وأنه لم يكن بدافع المصلحة وحسن التنظيم" ورتب على ذلك "أن الطاعنة هي التي استقالت فلا محل للقول بوجود تعسف من المستأنف عليه لمجرد قبوله هذه الاستقالة" - فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 139 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/4)

3- "وحيث إن هذا النعي مردود في وجهه، ذلك أن من سلطة رب العمل التنظيمية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له، بما يحقق مصلحة الإنتاج، وله أن يكلف العامل عملاً آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك، كما أنه إذا استبان لرب العمل عدم كفاية العامل، اعتبر ذلك مأخذاً مشروعاً لتعديل العقد أو إنهائه، وعلى من يدعى عدم صحة هذا المأخذ والتعسف في إنهاء العقد عبء إثباته. وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه بحق المطعون عليه في إعفاء الطاعن من الإشراف على القسم الطبى بمركز الإسعاف على ما قرره من أنه "بالنسبة لما يطلبه مركز الإسعاف الطبى من إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من أحقية الدكتور (...). لوظيفة المشرف الطبى، فقد ثبت من تفتيش وزارة الصحة فى 1959/11/29 أن الآلات غير نظيفة وحالتها غير مرضية، كما أنه لا توجد غلايات لتعقيم الحقن، والصيدلية غير مزودة بمصل عقرب وثعبان وهى من أهم أدوية الطوارئ الواجب توافرها فى صيدلية الخدمة الليلية، وقد نبه على المستأنف عليه بمراعاة تطبيق اللوائح ووضع الأمور فى نصابها الصحيح وتلافى جميع الأخطاء بالنسبة لتلك المخالفات" وأنه "لما أعيد التفتيش

بمعرفة وزارة الصحة فى 16/10/1960 تبين أن العمل لم يبدأ حتى ذلك التاريخ بمركز نقل الدم رغم وجود طبيب خاص لذلك، وأنه لا تزال الأثاثات والمهمات على قذارتها، وأنه "ثبت من التقرير الأخير أن الجمعية تصرف شهريا للموظفين أدوية بمبلغ 120 ج مجانا، وأن هذا الإسراف لا مبرر له إذ المرضى الفقراء هم أولى من هؤلاء، وفى شهر يناير سنة 1962 كلف مجلس الإدارة لجنة من كبار الأطباء للتفتيش على الأعمال الفنية بالإسعاف فأثبتت ملاحظات كثيرة عن أخطاء وتفصيلات شديدة" وأنه "نظرا لهذه التقصيرات أصدر مجلس الإدارة قرارا بإسناد الإشراف الطبى بلا أجر للدكتور (....) عضو مجلس الإدارة بمركز الإسعاف" وأنه "لما كان هذا التصرف موافقا لأحكام قانون الجمعيات فيكون إعفاء المستأنف" من الإشراف على القسم الطبى لم يقع نكايه به ومحاباة لغيره، بل كان لأسباب مقبولة، وهى تقارير موضوعية سائغة ولها أصلها الثابت فى الأوراق وكافية لحمل قضائه والجدل فيها موضوعى مما يستقل به قاضى الموضوع، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه. ولا محل لما يتحدى به الطاعن من عدم التزام المطعون عليه لأحكام المادة 66 من قانون العمل، ذلك أن تقدير رب العمل لكفاية العامل لا شأن لها بقواعد التأديب وإجراءاته".

(طعن رقم 416 لسنة 34 ق جلسة 15/4/1970)

4- "وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن الحكم المطعون فيه قرر فى هذا الخصوص ما يلى "إن المحكمة ترى فى تصرفات رزق حبيب - الطاعن - إزاء الشركة ما يؤيد القول بأنه قد سعى لترك خدمتها وأنه عمل جاهدا لإظهارها بمظهر المخلة إزاءه حتى يفيد من نص المادة 2/41 سالفه الذكر (المادة 2/41 من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952) إذ الشركة بوصفها ربة عمل لها كل الحرية وقد اتسع نشاط عملها إثر العدوان الثلاثى سنة 1956 فى أن تضم إلى المذكور آخرين فى الدعاية بمنطقة الوجه البحرى وفى تخصيص منطقة الغربية وكفر الشيخ له فى هذه الدعاية مادامت الشركة قد قصدت به حسن تنظيمها لعملها دون الإضرار برزق بالذات وما كان له أن يتخذ من ذلك مبررا لفسخه لعقده ولم يثبت أنه أضر فى حصيلة عمولته الخاصة لعام 1958 عنها فى السنوات السابقة، وهو الذى لم ينتظر نهاية سنة 1958 هذه، إذ اعتبر عقدة مفسوخا فى 2 ديسمبر منها وسيما وقد ذكرت الشركة فى مذكرة استئنافها الفرعى أنه خصص بمنطقتى الغربية وكفر الشيخ بناء على طلبه وأنها لم تقلل أو تنقص من نسبة العمولة التى كان يتقاضاها، وهو ما لم يدلل على عكسه" وكان يبين من هذا الذى أورده

الحكم أن الخلاف قام بين الطرفين بشأن العمولة بسبب مطالبة الطاعن باحتسابها على جميع المبيعات في مناطق الوجه البحرى التى كان يعمل فيها من قبل، دون أن تقتصر على المبيعات في منطقتى الغربية وكفر الشيخ اللتين اختص بهما الطاعن فى العمل طبقا للتنظيم الجديد الذى وضعته الشركة، ولما كان من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك، كما أن من سلطته تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج، وله طبقا للمادة 19 من قانون عقد العمل الفردى رقم 317 لسنة 1952 والفقرة الثانية من المادة 696 من القانون المدنى أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملازمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك، بحيث إذا رفض العامل النقل وسع صاحب العمل أن ينهى عقد العمل، وكان الحكم قد قرر تبعا لذلك أن تحسب عمولة الطاعن على المبيعات فى المنطقتين اللتين اختص بهما طبقا للتنظيم الجديد للعمل، وخلص الحكم إلى أن الشركة لم تخل بالتزاماتها القانونية إزاء الطاعن حتى يجوز له أن يستقل بفسخ العقد واستند فى ذلك إلى أسباب سائغة، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 444 لسنة 35 قى جلسة 1972/2/2)

5- "وحيث إن هذا النعى مردود فى شقه الأول بأن العمولة وإن كانت من ملحقات الأجر التى لا يجوز لرب العمل أن يستقل بتعديلها أو إلغائها، إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى لها صفة الثبات والاستقرار بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها. ولما كان لرب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز آخر أقل ميزة أو ملازمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص فى حدود سلطة محكمة الموضوع التقديرية ولما أورد من تدليل سائغ إلى أن نقل الطاعن إلى قسم الإطارات اقتضته مصلحة العمل بعد توقف استيراد السيارات من الخارج الأمر الذى يخرج عن إرادة الشركة المطعون ضدها، وانتهى إلى عدم استحقاق الطاعن متوسط ما كان يتقاضاه من عمولة بعد نقله من العمل الذى تستحق هذه العمولة بسببه، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ... إلخ".

(طعن رقم 297 لسنة 41 ق جلسة 1976/5/21)

6- "وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن العمولة وإن كانت من ملحقات الأجر التى لا يجوز لرب العمل أن يستقل بتعديلها أو إلغائها إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الثبات والاستقرار إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد منها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها، ولما كان لرب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك وتكليف العامل بعمل آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك - إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على أن القرار الصادر بإلغاء عمولة التأمين الإجبارى على السيارات كان شاملا لكافة المنتجين فى جميع شركات التأمين بعد أن أصبح هذا النوع من التأمين لا يحتاج إلى أى جهد من المنتج واقتضى تنظيم الشركة المطعون ضدها عدم مزاوله الطاعن لهذا العمل وعدم أحقيته بالتالى فى العمولة المخصصة له فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 303 لسنة 41 ق جلسة 1976/6/6)

7- "وحيث إن هذا النعى مردود فى وجهه الأول بأن لرب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك، كما أن من سلطته تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج وله طبقا للفقرة الثانية من المادة 57 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 والفقرة الثانية من المادة 696 من القانون المدنى أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن الشركة ارتأت لحاجة العمل بها تعزيز الفرع التابع لها بموظف آخر مع الطاعن مما أدى إلى إنقاص نصيبه فى العمولة مستندا فى ذلك إلى أسباب سائغة مستمدة من تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 231 لسنة 43 ق جلسة 1977/2/20)

8- "وحيث إن هذا النعى شديد، ذلك أنه لما كان الأصل في استحقاق الأجر - وعلى ما جرى به نص المادة الثالثة من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 - أنه لقاء العمل الذى يقوم به العامل، أما العمولة ومنها عمولة التوزيع فهي وإن كانت من ملحقات الأجر التى لا يجوز لصاحب العمل الاستقلال بتعديلها أو إلغائها إلا أنها من الملحقات غير الدائمة التى ليس لها صفة الثبات والاستقرار إذ لا تعدو أن تكون مكافأة قصد بها إيجاد حافز فى العمل بحيث لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع الفعلى فإذا قام به العامل استحق العمولة وبمقدار هذا التوزيع أما إذا لم يزوله فلا يستحق هذه العمولة وبالتالي لا يشملها الأجر، ولما كان البديل إما إن يعطى إلى العامل عوضا له عن نفقات يتكبدها فى سبيل تنفيذ عمله وهو على هذا الوضع لا يعتبر جزءا من الأجر ولا يتبعه فى حكمه وإما أن يعطى له لقاء طاقة يبذلها أو مخاطر معينة يتعرض لها فى أدائه لعمله فيعتبر جزءا من الأجر مرهونا بالظروف التى دعت إلى تقريره فيستحق بوجودها وينقطع بزوالها.

ولما كان لصاحب العمل سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك، وتكليف العامل بعمل آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك. لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضده الأول عمل ابتداء لدى الشركة المطعون ضدها الثانية وتقاضى منها بالإضافة إلى أجره عمولة توزيع متغيرة القيمة وفق نسب المبيعات لقاء قيامه بتوزيع منتجاتها وعمولة ثابتة المقدار مقابل زيادة جهده فى عمله كمفتش بها لقيامه بعمل الموزعين من عمالها عند غيابهم ثم اعتبرت هذه العمولة بمثابة بدل وخفضت بنسبة 25% من قيمتها وفقا لأحكام القانون رقم 30 لسنة 1967 وأنه نفاذا لقرار وزير الصناعة بتوزيع العمالة الزائدة بالشركة المطعون ضدها الثانية على شركات أخرى نقل المطعون ضده الأول وبعض زملائه إلى الشركة الطاعنة التى لا تأخذ بنظام التوزيع ولا تصرف أية عمولات للعاملين لديها فعين بها فى وظيفة مراجع حسابات من الفئة الرابعة وتسلم عمله بتاريخ 9 من سبتمبر سنة 1973، لما كان ما تقدم فإن المطعون ضده الأول يضحى بعد نقله إلى الشركة الطاعنة فاقد الحق فى اقتضاء عمولة توزيع والعمولة الثابتة التى صارت بدلا ما دام أنه فى مزاولته لعمله لديها لا يقوم بعملية التوزيع ولا يبذل فى أدائه لهذا العمل الطاقة التى أوجبت تقرير البديل. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا

النظر وقضى بإضافة هذه العمولة وذلك البديل إلى أجر المطعون ضده الأول كما قضى له بمجموعهما عن فترة التداعى، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وتأويله بما يوجب نقضه لهذا السبب بغير حاجة لبحث باقى أسباب الطعن"

(طعن رقم 374 لسنة 49 فى جلسة 1979/12/15)

9- "وحيث إن هذا النعى صحيح، ذلك لأنه لما كان المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن من سلطة صاحب العمل تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك كما أن من سلطته أن يكلف العامل عملاً آخر غير المتفق عليه ولا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك ولم يكن الغرض منه الإساءة إلى العامل. لما كان ذلك وكان البين من تقرير الخبير - المرفقة صورته بملف الطعن - أنه انتهى إلى أن الطاعنة أصدرت الأمر رقم 42 لسنة 1973 بنقل المطعون ضده للشئون القانونية بالمركز الرئيسى للشركة الطاعنة بالقاهرة لأن المصلحة العامة اقتضت هذا النقل لكنه تقدم بطلب لنقله إلى محطة نجدة دمنهور لفترة قبل نقله إليها لكى يستفيد من بدل السفر ويستقر معيشياً فى الوضع الجديد. فأصدرت الطاعنة الأمر رقم 120 لسنة 1973 بإلغاء أمرها السابق ويندبه للعمل بتلك المحطة من 1973/2/5 حتى 1973/4/4 وينقله نهائياً إليها اعتباراً من 1973/4/5 وأن هذا النقل قد تم بناء على طلب المطعون ضده الذى أجابته إليه الطاعنة مراعاة لظروفه الشخصية والاجتماعية رغم أن مصلحتها العامة تقتضى نقله إلى مركزها الرئيسى بالقاهرة ولم يكن مشوباً بالتعسف أو بقصد الإساءة إليه، وهو ما مؤداه أن يكون نقل المطعون ضده ابتداء من فرع الشركة الطاعنة بالإسكندرية إلى مركزها الرئيسى قد اقتضته مصلحة العمل ولم تستهدف الإساءة إليه، وأن تعديل الجهة المنقول إليها بعدئذ إلى محطة نجدة دمنهور إنما أجرى بناء على طلبه ولتحقيق مصلحته فإن هذا النقل يكون من سلطة الطاعنة التنظيمية بوصفها صاحبة العمل وغير مشوب بقصد الإساءة إليه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه بغير ما حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 1520 لسنة 50 فى جلسة 1981/6/28)

10- "ولما كان من المقرر أيضاً فى قضاء هذه المحكمة أن لصاحب العمل

أن يكلف العامل بعمل آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز آخر أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك. لما كان ذلك وكان واقع الدعوى الذى سجله الحكم المطعون فيه هو أن الشركة الطاعنة كانت تمنح المطعون ضده عمولة تنظيمية بواقع 3 فى الألف من مبيعات قسم البياضات بفرع الفيوم التابع لها إلى جانب أجره الثابت عندما كان يشغل وظيفة رئيس هذا القسم حتى 1969/5/11 الذى نقل فيه إلى وظيفة بائع أول بفرع عبد العزيز بالقاهرة ثم بفرع شبرا غير المقرر لهما هذه العمولة، وأن المطعون ضده لم ينسب إلى الطاعنة ثمة تعسف فى إجراء النقل، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 770 لسنة 45 ق جلسة 1981/11/22)

11- "من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن يكلف العامل بعمل آخر غير المتفق عليه ولا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك ولم يكن الغرض منه الإساءة إلى العامل. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على "... أن الثابت من دفاع الشركة المستأنفة أنها نقلت المستأنف ضده إلى محافظة الجيزة فى وظيفة مراقب إنتاج بسبب صدور حكم لمصلحته بتسكينه على الفئة الثانية وصدور حكم آخر من المحكمة التأديبية بتنزيله إلى الوظيفة الأدنى ولم تجد ما يناسب هذا الوضع إلا الوظيفة التى نقلته إليها بمحافظة الجيزة ولما صدر حكم المحكمة العليا باستبدال عقوبة الخصم من المرتب بعقوبة التنزيل إلى الوظيفة الأدنى قامت بإصدار قرارها بإلغاء هذا النقل. ومن ثم يكون نقل المستأنف ضده إلى محافظة الجيزة فى مركز ولو أنه أقل ميزة من الذى كان يشغله قبل النقل لا يعد عملا تعسفيا من جانب الشركة المستأنفة إذ اقتضت مصلحة العمل ذلك بأن رأت الشركة المستأنفة إبعاد المستأنف ضده عن محل عمله بمحافظة القاهرة والذى ارتكب فيه الفعل الذى جوزى عليه بتنزيل وظيفته إلى الوظيفة الأدنى. ولما استبدلت عقوبة الخصم من المرتب بالعقوبة الأشد قامت الشركة بنقل المستأنف ضده إلى عمله الأول وهذا ما يدل على أن الشركة المستأنفة لم تكن متعسفة مع المستأنف ضده ولم يكن الغرض من النقل إساءة العامل..." وكانت هذه الأسباب التى أقام عليها الحكم المطعون فيه قضاءه سائغة ولها أصلها الثابت فى الأوراق وتكفى لحمله ولا تناقض فيها".

(طعن رقم 528 لسنة 46 ق جلسة 1981/12/14)

12- "يدل النص فى المواد 10، 33، 34 من قانون نظام العاملين بالقطاع العام الصادر برقم 48 لسنة 1978 على أن ترقية العاملين فى شركات القطاع العام وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة إنما تحكمها الضوابط والمعايير التى يضعها مجلس إدارة كل شركة وأن الترقية إلى وظائف الدرجة الأولى فما فوقها بالاختيار وبستهدى فى هذا الصدد بما يبيده الرؤساء بشأن المرشحين لشغل هذه الوظيفة وبما ورد فى ملفات خدمتهم من عناصر الامتياز للمفاضلة بينهم، وكان من المقرر أن من سلطة رب العمل التنظيمية تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له. ولا يحده فى ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة إذا قام الدليل عليه متكبا وجه المصلحة العامة التى يجب أن يتغياها فى اختياره إلى باعث آخر لا يمت له بصلة. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضده فى الترقية إلى الدرجة الأولى والفروق المالية استنادا إلى ما ورد بتقرير الخبير من أنه أقدم من زميله المقارن به فى التعيين والدرجات السابقة مما مفاده أنه اعتد بالأقدمية كعنصر مرجح للترقية مضيفا بذلك قيда لم يرد به نص القانون رقم 48 لسنة 1978 أو دون أن يتحقق من توافر الضوابط والمعايير التى وضعتها الشركة الطاعنة كشرط للترقية إلى الدرجة الأولى ودون أن يكشف عن دليل يستبين منه توافر عيب إساءة استعمال السلطة عند تخطى المطعون ضده فى الترقية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 3281 لسنة 60 ق جلسة 1994/1/27)

13- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من سلطة رب العمل تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان المناسب الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج وله أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق عليه لا يختلف عنه اختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك".

(طعن رقم 985 لسنة 66 ق جلسة 1997/1/16)

14- "إن كان القانون رقم 148 لسنة 1980 بشأن سلطة الصحافة قد نص فى المادة 2/22 منه على أن تعتبر المؤسسات الصحفية القومية والصحف القومية مملوكة ملكية خاصة للدولة، إلا أنه أسبغ على تلك المؤسسات الشخصية الاعتبارية المستقلة عن شخصية الدولة وذلك بالنص فى المادة 25 منه على أن تكون لكل مؤسسة صحفية

قومية الشخصية الاعتبارية ولها مباشرة جميع التصرفات القانونية لتحقيق أغراضها ويمثلها رئيس مجلس الإدارة وإذ كانت المادة 21 من القانون المشار إليه قد أوجبت أن يكون لكل صحيفة رئيس تحرير مسئول يشرف إشرافاً فعلياً على ما ينشر بها، وخولته المادة 34 منه سلطة تنفيذ ما يضعه مجلس التحرير في خصوص السياسة العامة للتحرير، كما أفصحت اللائحة التنفيذية للقانون عن المهام الأخرى المسندة لرئيس التحرير وذلك بالنص في المادتين 165، 166 منها على أن يتولى رئيس التحرير توزيع العمل الصحفى على المحررين وفقاً لما يقتضيه صالح العمل وبمراعاة كفاءة وتخصص كل منهم وخبرته وعلى أن يتحمل مسئولية الإشراف الكامل على كل محتويات الصحيفة من مواد تحريرية وإعلانية، فإن مفاد ذلك أن المشرع جعل رئيس تحرير الصحيفة بمثابة رب عمل في حدود الاختصاصات المخولة له، مما يقتضاه أن له - وهو في سبيل مباشرته لهذه الاختصاصات - السلطة في تقدير ملائمة أو عدم ملائمة المقالات المقدمة للنشر لا يحده في ذلك إلا عيب إساءة السلطة إذا قام الدليل عليه.

(طعن رقم 4652 لسنة 61 ق جلسة 1997/3/9)

15- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من سلطة رب العمل التنظيمية تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له ولا يحده في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة إذ أقام الدليل عليه متكباً وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها في اختياره إلى باعث آخر لا يمت لها بصلة ... إلخ".

(طعن رقم 4804 لسنة 61 ق جلسة 1997/12/11)

16- "رئيس تحرير الصحيفة بمثابة رب عمل في حدود الاختصاصات المنوط بها. سلطته في تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له والتمييز في الأجر بين عماله مادام ممارسته لها مبرأة من قصد الإساءة لعماله".

(طعان رقما 1121، 1158 لسنة 67 ق جلسة 1998/6/7)

17- "رب العمل. سلطته تقديرية في إعادة تنظيم منشأته وإنهاء عقود بعض عماله متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إليه. عدم جواز حلول القاضى محله فيها. اقتصار رقابته على التحقق من جدية المبررات التي دعت إليه".

(طعن رقم 3467 لسنة 69 ق - جلسة 2000/4/2)

(طعن رقم 567 لسنة 61 ق - جلسة 1998/3/29)

18- "سلطة صاحب العمل في تنظيم منشأته. عدم جواز التحدى به لتعديل طريقة

تحديد الأجر أو مكوناته بإرادته المنفردة بما يؤدى إلى خفضه".

(طعن رقم 154 لسنة 63ق - جلسة 2000/5/21)

(طعن رقم 1822 لسنة 53ق - جلسة 1988/11/28)

19- "رب العمل سلطته تقديرية فى إعادة تنظيم منشأته وإنهاء عقود بعض عماله شرطه أن يكون لهذا الإنهاء ما يبرره وانتفاء شرط التعسف. عدم جواز حلول القاضى محله فيها. اقتصار رقابته على التحقق من جدية المبررات التى دعت إليه".

(طعن رقم 3 لسنة 73ق جلسة 2004/5/16)

إلا أن محكمة النقض قضت بأن:

1- "نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو بمقتضى قرار باطل لم يستوف أوضاعه القانونية أو معدوم لصدوره من غير مختص بقصد الإساءة إلى العامل اعتباره عملا تعسفيا. أثره".

(طعن رقم 93 لسنة 68ق جلسة 1999/7/4)

(طعن رقم 114 لسنة 48ق جلسة 1983/1/16)

2- (أ) "النص فى المادة 54 من القانون 137 لسنة 1981، المادة 696 من القانون المدنى يدل على أنه وإن كان لرب العمل السلطة فى تنظيم منشأته أو إعادة تنظيمها فيكون له نقل العامل إلى وظيفة أخرى. إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الباعث على النقل هو صالح العمل وأن يكون إلى وظيفة مماثلة من حيث الدرجة والمرتب".

(طعن رقم 9526 لسنة 16ق جلسة 2011/4/13)

2- (ب) "إذا كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الأول قام بفصل الطاعن لعدم شغله الوظيفة المنقول إليها - عامل نظافة - لاختلافها اختلافا جوهريا عن عمله الأسمى - كاتب حسابات - ولم يثبت المطعون ضده الأول قيام حالة الضرورة أو القوة القاهرة التى تسوغ له نقل الطاعن إلى وظيفة أقل ميزة أو ملائمة حال أنه المكلف بعبء الإثبات وإذ استند الحكم المطعون فيه فى قضائه برفض دعوى التعويض على أن العرف الفندقى يسمح باستخدام العامل فى كافة الوظائف دون أن يبين المصدر الذى استقى منه وجود هذا العرف ودون أن يتمسك به المطعون ضده الأول فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم 9526 لسنة 66 ق جلسة 2011/4/13)



مادة (697)

- 1- لا يفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل، ما لم يكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد، ولكن يفسخ العقد بوفاة العامل.
- 2- ويراعى في فسخ العقد لوفاة العامل أو لمرضه مرضا طويلا أو لسبب قاهر آخر من شأنه أن يمنع العامل من الاستمرار في العمل الأحكام التي نصت عليها القوانين الخاصة.

الشرح

479- عدم فسخ عقد العمل بوفاة رب العمل :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه: "لا يفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل، ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد". فالقاعدة أنه لا أثر لوفاة صاحب العمل على عقد العمل، فيظل العقد قائما بين ورثة صاحب العمل وبين العامل، ويرجع ذلك إلى أن تغيير شخصية رب العمل بالوفاة وحلول الورثة محل مورثهم لا يؤثر على وجود الرابطة العقدية الناشئة عن عقد العمل.

أما إذا كان لشخصية رب العمل اعتبار في العقد، انفسخ العقد بوفاة رب العمل. وتكون شخصية رب العمل محل اعتبار في العقد إذا كان العمل الذي يؤديه العامل متصلا بشخص رب العمل، كما لو كان ممرضا أو سكرتيرا خاصا، أو متصلا بحرفته، كما لو كان العامل ممرضا لعيادة طبيب أو كاتباً لمحامي أو مساعد لفنان، فإن عقودهم تنتهي لاستحالة استمرارها مع ورثة رب العمل⁽¹⁾.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 123 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 على أنه: "ولا ينتهي عقد العمل بوفاة صاحب العمل إلا إذا كان قد أبرم لاعتبارات تتعلق بشخص صاحب العمل أو بنشاطه الذي ينقطع بوفاته".

480- انفساخ العقد بوفاة العامل :

يعتبر موت العامل قوة قاهرة يفسخ بها عقد العمل. وينفسخ عقد العمل بوفاة العامل بقوة القانون أيا كان سبب الوفاة، فلا يلتزم ورثته بالعمل لحساب رب العمل، ولا يحق

(1) راجع مؤلفنا المشار إليه ج2 ص988 وما بعدها.

لهؤلاء الورثة أن يلزموا رب العمل بإحلالهم محل مورثهم، ويرجع ذلك إلى أن أداء العمل يتصل بشخص العامل، وشخصية العامل محل اعتبار دائماً عند التعاقد، إذ لا يستخدم صاحب العمل العامل إلا إذا وثق في كفاءته أو أمانته أو خبرته⁽¹⁾.

وينتهى عقد العمل من لحظة وفاة العامل بقوة القانون، دون حاجة إلى أن يظهر ورثته أو يظهر رب العمل إرادته في اعتبار العقد منتهياً.

ويسرى ذلك على عقد العمل محدد المدة وعقد العمل غير محدد المدة على السواء. وينبنى على ذلك أن تبدأ من تاريخ الوفاة المدة المقررة لتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل طبقاً للمادة 698 مدنى.

وإذا كانت وفاة العامل ناشئة عن انتحاره فإن العقد يعتبر منتهياً بالوفاة لا بإرادة العامل المنفردة، لأن النص جاء عاماً في أن علاقة العمل تنقضى بالوفاة دون ثمة تفرقة. ويترتب على ذلك ألا يلتزم ورثة العامل بتعويض رب العمل عن مهلة الإخطار وألا يحرم ورثته من الحقوق المقررة له، فالانتحار وإن كان منافياً للأخلاق والأديان لا ينهض سبباً لحرم ورثة العامل من حقوق مورثهم⁽²⁾.

غير أن المادة لم تنص على انفساخ عقد العمل بالموت الحكى، والميت حكماً هو المفقود أى الشخص الذى لا تعرف حياته أو مماته.

وذلك على عكس ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (123) من قانون العمل الحالى من أن "ينتهى عقد العمل بوفاة العامل حقيقة أو حكماً طبقاً للقواعد القانونية المقررة".

وكان قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 يحذو حذو التقنين المدنى فنص على انتهاء عقد العمل بوفاة العامل.

(1) محمد لبيب شنب ص 448 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 219 - عبد الودود يحيى ص 284 - سعد حبيب ص 443.

(2) محمد لبيب شنب ص 448 - عبد الودود يحيى ص 284 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 219 - القاهرة الابتدائية فى 1956/12/3 مدونة الفكهانى 3/1 ص 422 - وعكس ذلك على العريف ص 321 إذ يرى أنه إذا كان سبب الوفاة هو الانتحار فلا شك أن هذه الحالة تجعل العقد منتهياً بسبب استحالة تنفيذه ولكن هذه الاستحالة غير قهرية ولذلك فإنه يمكن القول بحق الطرف الآخر فى التعويض عن المهلة وخلافها باعتبار أن العقد انتهى فى الواقع بإرادة المنفردة".

وقد جرى العمل فى ظل ذلك القانون على تفسير الموت بالموت الحقيقى. وعندنا أنه طالما وردت عبارة (ب وفاة العامل) عامة فإنها تشمل الموت الحقيقى والموت الحكمى على السواء.

481- مرض العامل مرضا طويلا :

يفسخ عقد العمل لمرض العامل مرضا طويلا إلا أن النص لم يضع حدا معيناً أو يقرر معياراً ما، بل ترك تقدير ذلك لقاضى الموضوع على حسب ظروف كل حالة. إلا أن المرض الذى يترتب عليه إنهاء العقد، يجب بداهة أن يكون من الخطورة بحيث يبرر ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وفىما يتعلق بالمرض الذى يترتب عليه إنهاء العقد، يجب بداهة أن يكون من الخطورة بحيث يبرر ذلك. فإذا لم يكن كذلك، فإنه لا يترتب عليه أى أثر فى التزامات رب العمل قبل العامل. ومن التقنيات ما يضع حدا معيناً للمرض غير الخطير الذى لا يترتب عليه إنهاء العقد (كالتقنين البلجيكى م8 من قانون 7 أبريل سنة 1922 الذى يحدده بمدة 30 يوما)، ومنها ما يقرر معياراً مرناً كالمرض خلال فترة ليست بذات أهمية (التقنين الألمانى 616). أو لمدة قصيرة نسبياً (تقنين الالتزامات السويسرى م335)، أو لمدة قصيرة (التقنين البولونى م459).

أما المشروع فإنه نص على المرض الطويل دون أن يضع حدا معيناً أو يقرر معياراً ما، بل ترك القاضى يقدره على حسب ظروف كل حالة. ويتفق ذلك مع ما يجرى عليه القضاء الدولى (مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل: 1929 إيطاليا ن9 - 1930 ألمانيا ن20 - 1933 إيطاليا ن57 - 1934/1935 إيطاليا ن61 - 1935/1936 إيطاليا ن47، 49، 52)⁽¹⁾.

482- العجز الكلى أو الجزئى عن العمل :

أشارت الفقرة الثانية من المادة إلى فسخ عقد العمل لوفاة العامل أو لمرضه مرضاً طويلاً أو لسبب قاهر آخر من شأنه أن يمنع العامل فى الاستمرار فى العمل.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص179 وما بعدها.

ويدخل في السبب القاهر الآخر الذى ذكرته المادة عجز العامل عجزا كلياً أو جزئياً عن أداء العمل المتفق عليه بصفة دائمة على وجه مرض ولو كان العامل قادراً على أداء أعمال أخرى من نوع مغاير. ولا يلزم صاحب العمل بإسناد عمل آخر إليه.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 على أنه:

"إذ كانت الفقرة الأولى من المادة 81 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 تنص على أن "ينتهى عقد العمل بوفاة العامل أو بعجزه عن تأدية عمله... وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بتأمين إصابات العمل" وكان المقصود بالعجز المبرر لإنهاء العقد هو العجز عن أداء العمل المتفق عليه بصفة دائمة على وجه مرض ولو كان العامل قادراً على أداء أعمال أخرى من نوع مغاير، ولا يشترط أن يكون العامل عاجزاً عجزاً كاملاً بل يكفى أن يكون غير قادر على أداء ذات العمل المتفق عليه، ولا يلتزم رب العمل بإسناد عمل آخر إليه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن رفض الطاعنة إسناد عمل خفيف إلى المطعون ضده غير العمل المتفق عليه، تنفيذاً لتوصية الأطباء يعتبر خطأً تلتزم الطاعنة بالتعويض عما يكون قد نتج عنه من ضرر فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 812 لسنة 49 ق جلسة 1980/3/30)

483- وجوب مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة:

أوجبت المادة أن يراعى فى فسخ العقد لوفاة العامل أو لمرضه مرضاً طويلاً أو لسبب قاهر آخر من شأنه أن يمنع العامل من الاستمرار فى العمل الأحكام التى نصت عليها القوانين الخاصة.

وهذا ما يتفق ونص المادة 1/675 من التقنين المدنى التى تقضى بأن: "لا تسرى الأحكام الواردة فى هذا الفصل إلا بالقدر الذى لا تتعارض فيه صراحة أو ضمناً مع التشريعات الخاصة التى تتعلق بالعمل". فضلاً عن أن المقرر أن الخاص يقيد العام. ومن ثم يجب أن يراعى ما ورد فى قانون العمل من أحكام خاصة.

وقد نص فى هذا القانون على أن:

1- "ينتهى عقد العمل بوفاة العامل حقيقة أو حكماً طبقاً للقواعد القانونية المقررة. ولا ينتهى عقد العمل بوفاة صاحب العمل إلا إذا كان قد أبرم لاعتبارات تتعلق بشخص صاحب العمل أو بنشاطه الذى ينقطع بوفاته.

وإذا توفى العامل وهو في الخدمة يصرف صاحب العمل لأسرته ما يعادل أجر شهرين كاملين لمواجهة نفقات الجنازة بحد أدنى قدره مائتان وخمسون جنيهاً، كما يصرف منحة تعادل أجر العامل كاملاً عن الشهر الذي توفى فيه والشهرين التاليين له طبقاً لقواعد التأمين الاجتماعي.

ويلتزم صاحب العمل بنفقات تجهيز ونقل الجثمان إلى الجهة التي استقدم العامل منها أو الجهة التي تطلب أسرته نقله إليها (م 123).

2- "يحظر على صاحب العمل إنهاء عقد العمل لمرض العامل إلا إذا استنفد العامل إجازاته المرضية وفقاً لما يحدده قانون التأمين الاجتماعي، بالإضافة إلى متجمد إجازاته السنوية المستحقة له.

وعلى صاحب العمل أن يخطر العامل برغبته في إنهاء العقد قبل مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ استنفاد العامل لإجازاته.

فإذا شفى العامل قبل تمام الإخطار امتنع على صاحب العمل إنهاء العقد لمرض العامل (م 127).

3- ينتهى عقد العمل بعجز العامل عن تأدية عمله عجزاً كلياً أي كان سبب هذا العجز.

فإذا كان عجز العامل عجزاً جزئياً فلا تنتهى علاقة العمل بهذا العجز إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر لدى صاحب العمل يستطيع العامل أن يقوم به على وجه مرض، ويثبت وجود أو عدم وجود العمل الآخر وفقاً لأحكام قانون التأمين الاجتماعي.

وإذا ثبت وجود هذا العمل الآخر كان على صاحب العمل بناءً على طلب العامل أن ينقله إلى ذلك العمل مع عدم الإخلال بأحكام قانون التأمين الاجتماعي (م 124).

484- عدم انفساخ عقد العمل دائماً بتجنيد العامل :

لا يفسخ عقد العمل في كل الحالات بتجنيد العامل. وإنما قضى القانون رقم 127 لسنة 1980 (المعدل) بإصدار قانون الخدمة العسكرية والوطنية وقف عقد العمل مدة تجنيد العامل بشروط معينة.

إن نصت المادة 43 من القانون على أن: "يجب على الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام أي كان عدد العاملين فيها، وكذلك الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة وأصحاب الأعمال الذين لا يقل

عدد العاملين لديهم عن عشرة أن يحتفظوا لمن يجند من العاملين بوظيفته أو لعمله أو بوظيفة أو بعمل مماثل إلى أن ينتهي من أداء الخدمة العسكرية والوطنية ويجوز شغل وظيفة المجند أو عمله بصفة مؤقتة خلال هذه المدة.

ويسرى حكم الفقرة السابقة على العاملين بعقود مؤقتة أو محددة المدة بالجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وذلك إلى نهاية مدة عقودهم وعلى تلك الجهات تثبيت هؤلاء العاملين على الوظائف المناسبة، التي تخلو بها أثناء مدة تجنيدهم أو استبقائهم كما يكون عليها إخطار الوحدات العسكرية بما يفيد حفظ وظيفة المجند في مدة أقصاها ثلاثون يوما من تاريخ إخطارها بتجنيد العامل. ويعاد الموظف أو العامل إلى الوظيفة أو العمل المحتفظ له به إذا طلب ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسريحه من الخدمة العسكرية والوطنية، ويجب إعادته للعمل خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب ويعتبر تاريخ تقديم الطلب هو تاريخ عودته إلى العمل .. الخ".

وواضح من هذا النص أنه ينطبق على العمال الذين يخضعون لأحكام التقنين المدني بشرط ألا يقل عدد العمال لدى صاحب العمل عن عشرة. أما إذا قل عدد العمال عن هذا العدد، انفسخ العقد بالتجنيد لاستحالة وفاء العامل بالتزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

(راجع في التفصيلات مؤلفنا المشار إليه المجلد الثاني بنود 546 وما بعدها).

485- انقضاء الشركة بالاندماج:

لم يشر المشرع إلى اندماج الشركة في شركة أخرى كسبب لانقضاء الشركة مع أنه سبب من أسباب انقضاء الشركات كثير الحدوث لما له من مزايا سنعرض لها.

486- تعريف الاندماج:

الاندماج هو فناء شركة أو أكثر في شركة أخرى، أو فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة جديدة تنتقل إليها ذمم الشركات التي فُتيت.

ويتضح من هذا التعريف أن الاندماج يجب أن يتضمن على أية حال فناء شركة على الأقل. فإذا اقتصرَت العملية على مجرد نقل جزء من موجودات شركة قائمة إلى شركة أخرى قائمة أو مزعم تأسيسها، فلا تعتبر من قبيل الاندماج.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الاندماج الذى يترتب عليه خلافة الشركة الدامجة للشركة المندمجة خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وفقا لأحكام القانون رقم 244 لسنة 1960 هو الاندماج الذى يقع بين الشركات التى تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة، فتتقضى به شخصية الشركة المندمجة وتؤول جميع عناصر ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة التى تحل محلها حلولا قانونيا فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، ومن ثم فلا يعتبر اندماجا - فى معنى القانون رقم 244 لسنة 1960 - مجرد نقل قطاع من نشاط شركة إلى شركة أخرى كحصة عينية فى رأس مالها طالما بقيت الشركة الأولى محتفظة بشخصيتها المعنوية وذمتها المالية بما عساه يكون عالقاً بها من التزامات، فتظل هى المسئولة وحدها عن الديون التى ترتبت فى ذمتها قبل الغير ولو تعلقت بالنشاط الذى انتقل إلى الشركة الأخرى. وإذ كان الثابت من الأوراق، ومن قرار المؤسسة المصرية العامة للنقل رقم 8 لسنة 1963 أن قطاع النشاط الخاص بنقل البضائع هو الذى انتقل وحده من الشركة المطعون ضدها إلى "شركة النيل العامة لأعمال النقل" كحصة عينية فى رأس مالها على أساس صافى الأصول والخصوم المستثمرة فى هذا النشاط، فإن الحكم المطعون فيه إذ أجرى على نقل هذا النشاط أحكام اندماج الشركات - ورتب على ذلك عدم التزام الشركة المطعون ضدها بأتعاب الطاعن - محاسب - عن الأعمال التى أداها لها فيما يتعلق بهذا النشاط قبل نقله، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 679 لسنة 40 ق جلسة 1976/4/19)

وبالمثل لا يعتبر اندماجا دخول شركة كشريكة فى شركة أخرى ولو تملكت معظم أسهمها وقبضت تبعا لذلك على إدارتها، إذ تظل كل من الشركة القابضة والشركة المقبوضة محتفظة بشخصيتها وكيانها دون أن يترتب على القبض فناء الشركة المقبوضة.

ويقع الاندماج بمقتضى عقد يبرم بين الشركات المندمجة.

وتقوم مجالس إدارة هذه الشركات بإعداد العقد والاتفاق على شروطه، ثم يعرض كل مجلس العقد على الجمعية العمومية غير العادية فى شركته للتصديق عليه.

ولا يجوز للجمعية المذكورة الموافقة على الاندماج إلا إذا كانت الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة التي تتأسس بعد فناء الشركات المندمجة تقوم بذات الغرض، أى بمشروعات مماثلة لما تقوم به الشركات الفانية، لأن القانون يحرم تغيير الغرض من الشركة.

والأصل أن يقع الاندماج بين شركات من شكل واحد، أى بين شركة مساهمة وشركات مساهمة أخرى أو بين شركة توصية بالأسهم وشركة توصية بالأسهم أخرى. غير أنه ليس هناك ما يحول دون اندماج شركتين من شكلين مختلفين. ومن الواضح أن من شأن هذا الاندماج تغيير شكل الشركة المندمجة، ولذا لا يجوز وقوعه - فى حالة شركات المساهمة - إذا كان من نتائجه زيادة التزامات المساهمين، إلا إذا وافقوا عليه⁽¹⁾.

487- مزايا الاندماج:

يحقق الاندماج بعض المزايا أهمها ما يأتى:

- 1- تلاقى المنافسة بين الشركات المندمجة.
- 2- تجميع رؤوس أموال عدة شركات وتركيزها فى استغلال مشروع معين مما يترتب عليه زيادة الائتمان ودعم القوة الاقتصادية للشركة الجديدة.
- 3- توجيه الجهود الخاصة بإنتاج معين، كما إذا اندمجت شركة تقوم ببيع نوع من السلع فى شركة أخرى تقوم بصنعه.
- 4- ضعف إحدى الشركات وسوء حالها فتفضل أن تذوب فى شركة أخرى تقوم بذات الغرض.

ومهما يكن الغرض من الاندماج، فهو يؤدى إلى تركيز الشركات وبعث قوة فنية منها تمكنها من زيادة إنتاجها والعمل فى جو بعيد عن المنافسة الهدامة. بيد أن هذه القوة تحمل فى طياتها شرورا كثيرة، لأنها تمكن الشركات المندمجة من القضاء على منافسيها واحتكار الإنتاج والتحكم فى الأسعار، وكثيرا ما تضطر الدولة - لمنع هذا الاحتكار - إلى تأميم الشركة بوضع يدها عليها والقيام باستثمار المشروع بما يتفق مع مصلحة الجمهور⁽²⁾.

(1) محسن شفيق ص 664 وما بعدها.

(2) محسن شفيق ص 665 وما بعدها.

488- التنظيم التشريعى لاندماج الشركات :

رغم أهمية اندماج الشركات إلا أن المشرع لم يضع تنظيمًا له سواء فى القانون المدنى أو قانون التجارة وليس هناك سوى التنظيم الذى أورده فى القانون رقم 159 لسنة 1981 (بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة) كما سنرى.

وهذا القانون قد ألغى القانون رقم 244 لسنة 1960 بشأن الاندماج فى شركات المساهمة.

489- صورتا الاندماج :

لاندماج الشركات صورتان هما :

1- الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع أو الامتصاص.

2- الاندماج بطريق المزج أو الاتحاد.

ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى.

الصورة الأولى :

الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع أو الامتصاص :

فى هذه الصورة تنقضى الشركة أو الشركات المندمجة وتنفى فى الشخصية الاعتبارية للشركة الدامجة، التى تبتلعها أو تمتصها، ويترتب على ذلك أن حقوق والتزامات الشركة المندمجة تنتقل إلى الشركة الدامجة التى تسأل عن جميع هذه الالتزامات وتكتسب تلك الحقوق فتحل محلها قانونًا فيما لها وما عليها وهى وحدها التى تختصم فى حقوق والتزامات الشركة المندمجة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "إذا اندمجت شركة تضامن فى شركة مساهمة اندماجًا كليًا تتمحى به شخصيتها وتؤول لها بمالها وما عليها للشركة المساهمة، فإن الشركة الدامجة تكون قد خلفت الشركة المندمجة فى ذمتها المالية خلافة عامة تبيح لها حق الطعن فى الأحكام الصادرة باسم الشركة المندمجة سواء تحققت هذه الخلافة قبل أو بعد صدور تلك الأحكام، وليس ثمة ما يمنع محكمة النقض فى هذه الحالة أن تبحث لأول مرة فى صفة

هذا الخلف وما يقدم من أوراق لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع إثباتا لهذه الخلافة".

(ب) - "انقطاع الخصومة حالة يقرها القانون لمصلحة الخصم الذى لم يمثل فى الدعوى فلا تتحقق إلا حيث يكون الخصم غير ممثل فى الخصومة بنفسه أو بمن ارتضى نيابته عنه، ويصح لمن شرع لمصلحته النزول عن التمسك بآثاره. وإن فمتى كانت دعوى قد رفعت على شركة تضامن وأثناء سيرها اندمجت الشركة المدعى عليها اندماجا كليا فى شركة مساهمة ومع ذلك ظلت الإجراءات تسير باسم الشركة المندمجة وقد اقتضى سير الخصومة أكلافا ونفقات كلفت بها المحكمة الشركة المندمجة فدفعتها ولما صدر عليها الحكم الابتدائى رفعت عنه استئنافا تولاه محام غير المحامى الذى يمثلها أمام محكمة أول درجة، كما أن الشركة الدامجة هى التى مثلت أمام المحضر عند تنفيذ الحكم ولم تعترض بعدم تمثيلها فى الخصومة، ولما كانت هذه الإجراءات التى اتخذت والأكلاف التى دفعت فى تواريخ تالية للاندماج الكلى تقطع بأن الذى اتخذها فعلا هى الشركة الدامجة فإنه لا يقبل منه التحدى بانقطاع سير الخصومة بسبب الاندماج".

(طعن رقم 213 لسنة 21 ق جلسة 1955/3/10)

2- "متى كان الثابت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قبل رفع الدعوى فى الشركة المطعون ضدها اندماجا كليا وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها وبالتالي انتهاء سلطة مديرها وزوال كل صفة له فى تمثيلها وفى التصرف فى حقوقها فإن توجيه اليمين الحاسمة إليه عن واقعة الوفاء بالدين الذى لها فى ذمة الطاعن (المدين) بعد أن زالت صفته فى تمثيلها وأصبح لا يملك التصرف فى حقوقها ومن بينها الحق المطالب به ولم يعد له حق المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطاعن، يكون غير جائز قانونا وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه على حق إذ رفض توجيه اليمين".

(طعن رقم 284 لسنة 34 ق جلسة 1967/12/7)

3- "اندماج الشركة فى أخرى مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتكون الشركة الدامجة وحدها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى الجهة التى تختصم فى خصوص هذه الحقوق والالتزامات لأن الشركة المندمجة التى زالت شخصيتها قد انقضت بالاندماج.

وإذ كان الثابت أن شكل الدعوى صحح بدخول الشركة الدامجة فى الاستئناف وهى الخصم الأصلى فى الدعوى فإن المحكمة الاستئنافية لا تكون قد قبلت خصما جديدا فى الاستئناف".

(طعن رقم 140 لسنة 36 ق جلسة 1972/5/13)

4- "المقرر - وعلى ما استقر عليه قضاء النقض - أن اندماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها الاعتبارية وانفراط ذمتها المالية وبالتالي تنتهى سلطة من كان ينوب عنها وتزول كل صفة له فى تمثيلها، فلا يقبل منها المطالبة بحقوقها أو مطالبته بالتزاماتها، وتحل الشركة الدامجة محل الشركة المندمجة - فيما لهذه الأخيرة من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها الشركة الدامجة فى ذلك خلافة عامة وتدعو هذه الشركة الأخيرة وحدها هى الجهة التى تخاصم وتختصم فى خصوص تلك الحقوق والالتزامات".

(طعن رقم 2717 لسنة 67 ق جلسة 2001/4/8)

الصورة الثانية:

الاندماج بطريق المزج أو الاتحاد:

ويتم هذا الاندماج عن طريق اندماج شركتين أو أكثر بحيث تنشأ عن اندماجهما شركة جديدة تحل محل الشركات المندمجة فى حقوقها والتزاماتها، وفى هذه تتقضى الشخصية الاعتبارية لجميع الشركات المندمجة وتنشأ على انقضاها شركة جديدة تكتسب شخصية معنوية بتكوين عقدها. وتؤول إلى هذا الشخص المعنوى الجديد حقوق والتزامات الشركة المنقضية.

وإذا قرر الشركاء فى شركة تضامن أو توصية بسيطة اندماج الشركة، سواء عن طريق الضم أو المزج، فإن ذلك يعتبر إنهاء لها قبل المدة المحددة لها، ومن ثم يجب أن يوافق الشركاء بالإجماع على هذا القرار، مالم يتفق على أغلبية معينة دون الإجماع فى عقد الشركة⁽¹⁾.

(1) ثروت عبد الرحيم ص 291.

490- الاندماج فى القانون رقم 159 لسنة 1981 ؛

نظم القانون رقم 159 لسنة 1981 (بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة). اندماج الشركات، وهو يسرى على اندماج شركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيتها والشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التضامن.

فتنص المادة 130 من القانون على أنه: "يجوز بقرار من الوزير المختص ترخيص لشركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيتها والشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التضامن سواء كانت مصرية أو أجنبية تزاول نشاطها الرئيسى فى مصر، بالاندماج فى شركات مساهمة مصرية أو مع هذه الشركات وتكوين شركات مصرية جديدة وتعتبر فى حكم الشركات المندمجة فى تطبيق أحكام هذا القانون فروع ووكالات ومنشآت الشركة.

وتحدد اللائحة التنفيذية كيفية تقويم أصول الشركات الراغبة فى الاندماج وإجراءات وأوضاع وشروط الاندماج".

ويراعى عند إصدار الأسهم التى تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة القيمة الفعلية لأصول كل من الشركات المندمجة والمندمج فيها (م131).
وتعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج حلفا للشركات المندمجة، وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها، وذلك فى حدود ما اتفق عليه فى عقد الاندماج مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين (م132).

ويجوز تداول أسهم الشركة الناتجة عن الاندماج أو الأسهم التى تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة بمجرد إصدارها (م133).

وتعفى الشركات المندمجة ومساهموها كما تعفى الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة من جميع الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج المشار إليه (م134).

ومع عدم الإخلال بنص المادة (130) يتم الاندماج بقرار يصدر من الجمعية العامة غير العادية لكل من الشركتين المندمجة والمندمج فيها أو من جماعة الشركاء الذين يملكون أغلبية رأس المال بحسب الأحوال. ويجوز للمساهمين الذين اعترضوا على قرار الاندماج فى الجمعية أو لم يحضروا الاجتماع بعذر مقبول طلب التخارج من الشركة

واسترداد قيمة أسهمهم وذلك بطلب كتابى يصل إلى الشركة خلال ثلاثين يوما من تاريخ شهر قرار الاندماج وتبين اللاتحة التنفيذية الأوضاع والإجراءات الأخرى لهذا الطلب وكيفية البت فيه.

ويتم تقدير قيمة الأسهم أو الحصص بالاتفاق أو بطريق القضاء على أن يراعى فى ذلك القيمة الجارية لكافة أصول الشركة.

ويجب أن تؤدى القيمة غير المتنازع عليها للأسهم أو الحصص المتخارج عنها إلى أصحابها قبل تمام إجراءات الاندماج.

ويحكم القضاء بالتعويضات لأصحاب الشأن إن كان لها مقتضى. ويكون على سائر موجودات الشركة المندمجة (م135).

491- لا يترتب على تأميم الشركة زوال شخصيتها المعنوية :

لا يترتب على تأميم الشركة زوال شخصيتها المعنوية وإنما تظل الشركات المؤممة محتفظة بشكلها القانونى وتستمر فى مزولة نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة إلا فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم (م4 من القرار بقانون رقم 117 لسنة 1961 بتأميم بعض الشركات والمنشآت).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون أنه: "ولما كان هذا التأميم يهدف إلى الإعانة على تحقيق أغراض التنمية مع التحرر من الأوضاع الروتينية فقد عملت المادة 4 من المشروع على تحقيق ذلك، بأن قضت بأن تظل الشركات والبنوك المشار إليها فى المادة الأولى محتفظة بشكلها القانونى عند صدور هذا القانون وتستمر الشركات والبنوك المشار إليها فى مزولة نشاطها".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى القانون 117 لسنة 1961 بتأميم بعض الشركات والمنشآت ومذكرته الإيضاحية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشارع لم يشأ انقضاء المشروع المؤم بمقتضى هذا القانون بل رأى - مع الاحتفاظ له بشخصيته وبذمته المستقلتين عن شخصية الدولة وذمتها ومع استمراره فى ممارسة نشاطه - إخضاعه للجهة الإدارية التى يرى إلحاقها بها وهذا الإشراف لا يعنى زوال شخصية المشروع المؤم بل تظل له شخصيته

المعنوية التي كانت له قبل التأمين وذمته المالية المستقلة بما عساه يكون عالقاً بها من التزامات فيسأل المشروع مسئولية كاملة عن جميع التزاماته السابقة على التأمين كنتيجة حتمية لاستمرار شخصيته المعنوية، ولا يغير من ذلك أيلولة أسهم المشروع للمؤم أو حصص رأسماله في الشركات ذات المسئولية المحدودة إلى الدولة مع تحديد مسئوليتها عن التزاماته السابقة في حدود ما آل إليها من أمواله وحقوقه في تاريخ التأمين ذلك بأن مسئولية الدولة - وقد أصبحت المالك الوحيد لجميع الأسهم أو الحصص - لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة في مسئولية المساهم أو مقدم الحصة الذي لا يسأل أثناء قيام الشركة عن التزاماتها وإنما تتحدد مسئوليته عند التصفية بما يملكه من أسهمها أو ما قدمه من حصص في رأس مالها".

(طعن رقم 429 لسنة 38 ق جلسة 1975/1/27)

2- "إذ كانت المنشأة المؤممة قد تحولت إلى شركة مساهمة وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم 117 لسنة 1961 هي المطعون ضدها الأولى وكان لهذه الشركة شخصيتها المعنوية وذمتها المالية المستقلة عن ذمة المؤسسة المطعون ضدها الثانية وكانت تبعية المنشأة المؤممة والشركة التي تحولت إليها المؤسسة قاصرة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على مجرد الإشراف الذي لا تفقد معه الشركة التابعة شخصيتها الاعتبارية فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وقضى بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمطعون ضدها الثانية لأنها لا تمثل المطعون ضدها الأولى ولا تسأل عن التزاماتها لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 111 لسنة 44 ق جلسة 1977/5/30)

3- "مؤدى القانون 117 لسنة 1961 بتأمين بعض الشركات والمنشآت ومذكرته الإيضاحية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شخصية المشروع المؤم لا تنقضى بالتأمين بل تبقى بشكلها القانوني. تستمر في ممارسة نشاطها كما تسأل مسئولية كاملة عما يكون عالقاً بذمتها من التزامات سابقة على التأمين كنتيجة حتمية لاستمرارها، وليس يسلب المشروع المؤم شخصيته خضوعه لإشراف جهة أخرى، كما لا يؤدي إشراف هذه الجهة إلى التزامها عنه بما عليه. ولما كان البين أن مضرب الأرز المؤم لشركة تضامن قبل التأمين أو شركة أسهم بعده لم تزيله شخصيته الاعتبارية أو تنفطر

نمته المالية، وكان إدماجه من بعد في شركة مضارب محافظة الغربية، مؤداه أن هذه الأخيرة وفقاً للمادة الرابعة من القانون 344 لسنة 1960 بشأن الاندماج في شركات المساهمة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تكون خلفاً عاماً للمشروع المندمج تؤول إليه جميع حقوقه ويسأل وحده عن جميع التزاماته في حدود ما آل إليه من أصول مما يكون معه الحكم المطعون فيه إذ ألزم الطاعنة - المؤسسة العامة - بما على المضرب المؤمم من دين عند تأميمه فيه خالف القانون وأخطأ في تأويله وفي تطبيقه".

(طعن رقم 47 لسنة 43 ق جلسة 1979/5/23)



مادة (698)

- 1- تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة في الأرباح والنسب المئوية في جملة الإيراد، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد.
- 2- ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار⁽¹⁾.

الشرح

492- الحكمة من التقادم الحولي:

الحكمة من التقادم الحولي المنصوص عليه بالمادة هو مراعاة المصلحة العامة التي تتمثل في ملائمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "وإذا كان قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 لم ينظم قواعد التقادم بشأن الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، فقد ترك ذلك للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وإذا كان سقوط هذه الدعاوى بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد وفقا للمادة 698 من القانون المذكور، فيما عدا ما يتعلق منها بالمسائل التي حددتها تلك المادة وأوردت لها أحكاما خاصة - إنما راعى الشارع فيها ملائمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء وهو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يسرى

(1) قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2005/12/11 في القضية رقم 306 لسنة 24 قضائية "دستورية" برفض الدعوى والتي أقيمت بطلب الحكم بعدم دستورية هذا المادة (الجريدة الرسمية العدد 52 (تابع) في 2005/12/29).

على دعاوى المطالبة بالأجور باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل".

(طعن رقم 158 لسنة 43 ق جلسة أول أبريل 1978)

2- "وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أنه من المسلم به - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 سنة 1959 لم ينظم قواعد التقادم بشأن الدعاوى الناشئة عن عقد العمل قد ترك ذلك للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وإذا كان سقوط هذه الدعاوى بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد وفقاً للمادة 698 من القانون المذكور فيما عدا ما تعلق منها بالمسائل التي حددتها تلك المادة وأوردت لها أحكاماً خاصة إنما راعى الشارع فيها ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء وهو يسرى على كافة الدعاوى الناشئة عن عقد العمل كافة بما في ذلك دعاوى التعويض. لما كان ذلك وكان البين من الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى والمؤيد بالحكم المطعون فيه أن علاقة العمل بين الطاعن والمطعون ضدها قد انتهت بتقديمه استقالته وصيرورتها بآلة في آخر سبتمبر 1976 وأنه لم يرفع دعواه الماثلة إلا في 1978/12/5 أي بعد مضي أكثر من سنة من تاريخ انتهاء تلك العلاقة فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي برفض دعواه تأسيساً على سقوطها بالتقادم الحولي لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو في تكييف الدعوى".

(طعن رقم 797 لسنة 51 ق جلسة 1986/11/2 - ذات المبدأ طعن 342 لسنة 51 ق)

جلسة 1986/6/22 - موسوعة الهوارى ج7 ص150 وما بعدها)

493- الدعاوى التي يسرى عليها التقادم:

يسرى هذا التقادم على كافة الدعاوى الناشئة عن عقد العمل. وسواء كان الحق قد نشأ بين الطرفين أثناء سريان العقد، أو كان مترتباً على إنهاء العقد. ومن أمثلة الدعاوى المتعلقة بالحقوق التي تنشأ أثناء تنفيذ العقد، الحق في الأجر ومن أمثلة الدعاوى المتعلقة بالحقوق التي تترتب على إنهاء العقد، التعويض عن عدم مراعاة مهلة الإخطار في العقد غير محدد المدة أو مكافأة نهاية الخدمة أو شهادة الخدمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "دعوى مطالبة العامل بمصاريف البعثة الدراسية التدريبية من الدعاوى الناشئة

عن عقد العمل. علة ذلك. أثره. خضوعها للتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة 698 مدنى".

(طعن رقم 4919 لسنة 62 قى جلسة 1999/1/31)

2- "دعاوى المطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد العمل. سقوطها بالتقادم الحولى. م698 مدنى. سريانه على دعاوى المطالبة بالأجور والتعويض عن إخلال رب العمل بالتزامه بأدائها لعماله. علة ذلك".

(طعن رقم 4373 لسنة 68 قى جلسة 1999/6/13)

3- دعاوى المطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد العمل سواء المترتبة على تنفيذه أو انتهائه سقوطها بالتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة 698 مدنى"

(طعن رقم 4919 لسنة 62 قى جلسة 1999/1/31)

(طعن رقم 4383 لسنة 62 قى جلسة 1998/6/20)

(طعن رقم 9907 لسنة 66 قى جلسة 1998/1/18)

4- "لما كان سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ انتهاء عقد العمل عملا بأحكام المادة 698 من القانون المدنى إنما راعى الشارع فيها استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والموائبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على حد سواء، وهو يسرى على دعاوى المطالبة بإعانة التهجير وضمها إلى أساس المرتب باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل".

(طعن رقم 1309 لسنة 72 قى جلسة 2004/2/15)

5- "دعوى المطالبة بنفقات البعثة التدريبية من الدعاوى الناشئة عن العمل. أثره. خضوعها للتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة 698 مدنى".

(طعن رقم 1364 لسنة 72 قى جلسة 2004/2/15)

6- "الدعاوى الناشئة عن عقد العمل سقوطها بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ انتهاء العقد. (م698) مدنى. علة ذلك. سريان هذا التقادم على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفى والمطالبة بالأجور والمقابل النقدى عن رصيد الأجازات".

(طعن رقم 1891 لسنة 72 قى جلسة 2004/1/22)

7- الدعاوى الناشئة عن عقد العمل. سواء المترتبة على تنفيذه أو انتهائه. سقوطها بالتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة 698 مدنى. علة ذلك"

(طعن رقم 1364 لسنة 72 قى جلسة 2004/2/15)

8- "إذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص فى قضائه إلى أن المطعون ضدها استهدفت من دفعها بالتقادم لدين الأجر الذى طالب به الطاعن فى دعواه الفرعية بعد انتهاء علاقة العمل فيما بينهما أن مرماه يدخل فى نطاق المادة 698 من القانون المدنى لأنه تقادم عام ومطلق لم يقيد الشارع بأى إجراء آخر كتوجيه يمين الاستيثاق أو غيرها فإن هذا الذى فعلته المحكمة إن هو إلا إنزال لحكم القانون الصحيح على واقع الدفع ومرماه وهو ما تملكه تلك المحكمة من غير أن تكون ملزمة بتنبية الخصوم إلى الوصف الصحيح الذى انتهت إليه ويكون النعى على حكمها بهذا السبب (النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون لدفع الشركة المطعون ضدها لدى محكمة الموضوع بسقوط حق الطاعن فى المطالبة بأجره الذى تضمنته صحيفة الدعوى الفرعية بالتقادم مستندة إلى نص المادة 378 من القانون المدنى الخاصة بتقادم أجر العمال بسنة واحدة والتي من شرائطها أن من يتمسك بهذا التقادم عليه أن يحلف يمينا على أنه أدى الدين فعلا، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يطبق هذه المادة وطبق على الدفع بالتقادم حكم المادة 698 من القانون المدنى على خلاف طلب الشركة) على غير أساس".

(طعن رقم 11099 لسنة 76 ق جلسة 2007/5/27)

ولا يسرى هذا التقادم على فروق الأجر المترتبة على القضاء بإرجاع أقدمية العامل فى الترقية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"فروق الأجر المترتبة على انقضاء بإرجاع أقدمية العامل فى الترقية. قضاء مقرر لحق العامل فيها. تقادما. سريانه من تاريخ الاستحقاق وليس من تاريخ الحكم بها".

(طعن رقم 110 لسنة 62 ق جلسة 2004/5/27)

ويستوى أن تكون الدعوى مرفوعة من العامل أو صاحب العمل.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة شمال القاهرة الابتدائية بتاريخ 1981/12/22

فى الدعوى رقم 717 سنة 1980 بأن:

"لما كان ما تقدم وكان الثابت بإقرار المدعى بصحيفة دعواه أن خدمته انتهت بالشركة المدعى عليها فى 1979/7/20 وأقام دعواه الماثلة فى 1980/10/7 أى بعد مضى أكثر من سنة على تاريخ انتهاء خدمته وكانت طلبات المدعى باعتبار تخصيص سيارة له وتعيين قائد له ميزة عينية تعتبر جزءا من أجره الأسمى بما يترتب على ذلك من احتساب مقابله ضمن المكافأة الإضافية الزائدة عن أنظمة المعاشات المقررة من جانب

الشركة المدعى عليها هي طلبات ناشئة عن عقد العمل وبالتالي يسرى عليها مواعيد السقوط المنصوص عليها في المادة 698 مدنى ولما كانت مدة السقوط قد توافرت في الدعوى برفعها بعد أكثر من سنة من تاريخ انتهاء الخدمة دون أن تنقطع في أية مرحلة من مراحلها بأحد الأسباب المنصوص عليها في المادتين 383 و 384 مدنى على سبيل الحصر وأن تقديمه طلبا للشركة بصرف فروق الميزة - على فرض حصوله خلال مدة التقادم - لا ينقطع به هذا التقادم لأن ذلك ليس من أسباب الانقطاع الواردة حصرا بالقانون... ومن ثم يكون الدفع المبدى من المدعى عليه بصفته قد قام على سند صحيح من الواقع والقانون وتقضى المحكمة على أساسه".

ولا تعتبر دعوى ثبوت علاقة العمل من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل ومن ثم لا تخضع للتقادم الحولى، ذلك أن محل هذه الدعوى هو إثبات علاقة العمل ذاتها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"دعوى إثبات العمل. لا تعد من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل. عدم خضوعها للتقادم الحولى المنصوص عليه في المادة 698 مدنى. علة ذلك".

(طعن رقم 666 لسنة 49 ق - جلسة 1985/2/11)

(طعن رقم 736 لسنة 51 ق - جلسة 1987/1/19)

وقضت محكمة النقض بأن هذا التقادم لا يسرى على التزام صاحب العمل بأن يرد للعامل ما أودعه لديه من أوراق أو شهادات أو أدوات فور طلبها المنصوص عليه بالمادة 2/74 من قانون العمل (الملغى).

(نقض طعن 2453 لسنة 52 ق - جلسة 1987/11/9)

والتقادم المذكور تحكمه شروطه المنصوص عليها بالمادة 698 مدنى، دون اعتبار لتوافر أو عدم توافر شروط التقادم الحولى المنصوص عليه في المادة 378/ب والتقادم الخمسى المنصوص عليه في المادة 375. فإذا كان العامل يطالب أجر له عن مدة سنتين سابقتين على انتهاء عقد العمل مثلا فإن التقادم الحولى المنصوص عليه في المادة 698 مدنى هو الذى يسرى، دون التقادم الخمسى المنصوص عليه في المادة 375 مدنى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"... بينما التقادم المنصوص عليه في المادة 698 من القانون المدنى لا يقوم على هذه المظنة، ولكن على اعتبارات من المصلحة العامة هي ملائمة استقرار الأوضاع

الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء، وهو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يقتصر على دعاوى المطالبة بالأجور وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل".

(طعن رقم 596 لسنة 35 ق جلسة 1972/3/25)

"أنظر أيضا البند التالي".

494- هل يسرى هذا التقادم على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفي؟

يسرى هذا التقادم على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفي باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، فهي دعاوى تقوم على المنازعة في مشروعية استعمال صاحب العمل لحقه في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة وهو حق ناشئ عن عقد العمل⁽¹⁾.

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض فقد قضت بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم وفقا للمادة 698 من القانون المدني إنما راعى الشارع فيه ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على سواء، وهو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يسرى على دعاوى المطالبة بالأجور ودعاوى التعويض عن الفصل التعسفي باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل. وإذ كان ذلك وكان الثابت في الدعاوى أن الطاعن فصل من العمل في يناير سنة 1961 بينما لم يرفع الدعوى إلا في 1962/7/12 وبعد مضي أكثر من سنة من تاريخ الفصل وقضى الحكم المطعون فيه بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه. ولما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 238 لسنة 33 ق جلسة 1967/6/7)

2- "النص في المادة 698 من القانون المدني على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى

(1) من هذا الرأي حسن كيره ص 703 - جمال زكي ص 1183 - على العريف ص 131 - أحمد شوقي عبد الرحمن ص 371 - فتحي عبد الصبور ص 555 - سعد حبيب ص 551.

الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد .." وفي المادة 383 على أن "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة .."، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن دعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي تسقط بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل ... الخ".

(طعن رقم 610 لسنة 44 ق جلسة أول يناير 1980)

3- "وكان سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم وفقا للمادة 698 من القانون المدني إنما راعى الشارع فيه استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على سواء، وهو يسرى على دعاوى المطالبة بالأجور ودعاوى التعويض عن الفصل التعسفي، كما يسرى على دعاوى بطلان قرار الوقف أو قرار الفصل باعتبارها جميعا من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، لما كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن الطاعن فصل من العمل بتاريخ 1977/9/25 - بينما لم يرفع الدعوى إلا في 1979/4/24 وبعد مضي أكثر من سنة من تاريخ الفصل فإن الدعوى الراهنة تكون قد سقطت بالتقادم بالتطبيق لحكم المادة 698 من القانون المدني، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن المحاكمة الجنائية لا تعتبر مانعا من سقوط دعوى الطاعن بالتقادم الحولي فإن النعي عليه بمخالفة القانون والقصور في التسبب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 342 لسنة 51 ق جلسة 1986/6/22)

4- "المقرر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم وفقا للمادة 698 من القانون المدني إنما راعى الشارع فيه استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على حد سواء وهو يسرى على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفي والمطالبة بالأجور كما يسرى على دعاوى بطلان قرار الفصل أو قرار الوقف باعتبارها جميعا من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل وأن العلم بانتهاء العقد الذي يبدأ منه هذا التقادم الحولي يكون من تاريخ إخطار العامل بالقرار الصادر في هذا الصدد أو علمه به علما يقينيا".

(طعن رقم 8968 لسنة 64 ق جلسة 1995/10/12)

5- "دعوى التعويض عن الفصل التعسفي. من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل.

تقدمها بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ إخطار العامل بقرار إنهاء خدمته أو علمه به يقينيا. م 698 مدني".

(طعن رقم 5588 لسنة 61 ق جلسة 1998/3/8)

(طعن رقم 1289 لسنة 62 ق جلسة 1998/3/26)

6- "دعوى التعويض عن الفصل التعسفي من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل تقدمها بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ إخطار العامل بقرار إنهاء خدمته أو علمه به علما يقينيا. لا يغني عن ذلك إنذار العامل بانقطاعه عن العمل م 91، 698 مدني".

(طعن رقم 633 لسنة 68 ق جلسة 1999/4/11)

(طعن رقم 1044 لسنة 65 ق جلسة 1996/11/21)

7- "دعوى العامل بالتعويض عن الفصل التعسفي. سقوطها بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد. ورود الوقف والانقطاع عليها. رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة. أثره. انقطاع التقادم".

(طعان رقما 692 لسنة 67، 337 لسنة 68 ق جلسة 2007/6/14)

8- "النص في المادتين 383، 698 من القانون المدني يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن دعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي تسقط بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل وأن هذه المدة هي مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع وأن رفع دعوى التعويض أمام محكمة غير مختصة يقطع مدة التقادم".

(طعن رقم 9503 لسنة 66 ق جلسة 2011/4/13)

ولكن لا يسرى هذا التقادم على دعاوى التعويض عن إصابات العمل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 698 من القانون المدنى على أنه "يسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد". يدل على أن المشرع أخضع لهذا التقادم الحولى الدعاوى الناشئة عن عقد العمل فقط وذلك لاستقرار الأوضاع المترتبة على هذا العقد والمؤدية إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء فلا يسرى هذا التقادم على دعاوى التعويض عن إصابات العمل".

(طعن رقم 4031 لسنة 65 ق جلسة 1996/12/24)

495- استثناء الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار من التقادم الحولى :

استثنت الفقرة الثانية من المادة 698 مدنى من الخضوع للتقادم الحولى المنصوص عليه فى الفقرة الأولى منها الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار . وبذلك تظل هذه الدعاوى خاضعة للتقادم الطويل وهو خمس عشرة سنة.

ومرد هذا الاستثناء أن الالتزام باحترام أسرار العمل التزام يقيد العامل حتى بعد انقضاء العقد وطالما بقى لهذه الأسرار وصف السر ، فتنتفى الحكمة من إخضاعه للتقادم الحولى الذى يرمى أساسا إلى تصفية المنازعات الناشئة أثناء سريان العقد أو فور انتهائه⁽¹⁾. فضلا عن طبيعة الفعل المنشئ لهذه الدعاوى إذ يرتكب فى الغالب خفية ولا يعلم صاحب العمل به إلا بعد وقوعه بمدة طويلة، قد تزيد على سنة، ولذلك لا يكون فى جعل وقت المخالفة بداية للتقادم القصير حماية كافية لصاحب العمل⁽²⁾.

ورغم اقتصار النص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية، إلا أنه يجب مد الاستثناء كذلك إلى غير الأسرار التجارية ومن أهمها الأسرار الصناعية، لعدم وجود وجه لتخصيص الأسرار التجارية وحدها بالاستثناء، وليس هناك ما يمنع من إجراء

(1) حسن كيره ص704.

(2) جمال زكى ص1184 - سعد حبيب ص552.

القياس هنا لأن مدة التقادم الحولى تمثل استثناء، أما مدة التقادم الطويل فتتضمن المبدأ العام لتقادم الدعاوى، مما يسمح بالتفسير الواسع لاتساع نطاقه⁽¹⁾.

ويدخل فى نطاق الاستثناء على ما تقدم الدعاوى المتعلقة بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار، ومن أهمها الدعاوى المتعلقة بتنفيذ شرط منع المنافسة، فهذا الشرط إنما يفرض "إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالاطلاع على سر أعماله" (م686 مدنى).

496- عدم خضوع الدعاوى الناشئة عن القانون رقم 79 لسنة 1975

(المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعى لهذا التقادم:

يخضع لهذا التقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل فقط، دون الدعاوى التى تنشأ عن القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك لأنه لما كان النص فى الفقرة الأولى من المادة 698 من القانون المدنى على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد.." يدل على أن المشرع أخضع لهذا التقادم الحولى الخاص الدعاوى الناشئة عن عقد العمل فقط، وكان طالب الطاعن الحكم باعتبار بدء اشتراكه فى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية عن فترة عمله لحساب الدار المطعون ضدها الأولى هو 1957/1/1 بدلا من 1961/1/1 واستمرار هذا الاشتراك من 1957/1/1 حتى 1962/1/31 مع ما يترتب على ذلك من الآثار بما فى ذلك قيام الدار المطعون ضدها الأولى بسداد الاشتراكات وملحقاتها عن تلك الفترة إلى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، إنما ينطوى على منازعة تندرج فى عداد المنازعات الخاصة بالمعاشات المستحقة للمؤمن عليهم التى نصت عليها المادة 57 من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 92 لسنة 1959، إذ يقوم النزاع فيها على مراكز قانونية يتلقى صاحبها الحق فيها، إن ثبت له، من ذلك القانون مباشرة، غير رهين بإرادة صاحب العمل أو بسلطته التقديرية ويهدف ذو الشأن إلى تقرير أحقيته فى الإفادة من القاعدة القانونية التى أوردها ذلك القانون فى هذا الخصوص، ذلك أن

(1) أحمد شوقى عبد الرحمن ص372.

مثار المنازعة في دعوى الطاعن الذي يدور حول فترة عمله لحساب الدار المطعون ضدها الأولى بدأت من 1957/1/1 أم في 1961/1/1 لا يهدف إلى تحديد هذه الفترة بمجرددها، لأنها ليست مقصودة بذاتها، وإنما يبتغى في جوهره ما ينبثق عنها من استحقاق في المعاش، ومقدار هذا المعاش، وهو ما مؤداه بطريق اللزوم والاقتضاء أن الدعوى لا تكون ناشئة عن عقد العمل، بل يضحى مصدرها قانون التأمينات الاجتماعية فتكون بهذه المثابة بمنأى عن التقادم الحولى المقرر بالفقرة الأولى من المادة 698 من القانون المدنى وتنحصر عنها أحكامه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله، بما يوجب نقضه لهذا السبب بغير ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 444 لسنة 42 ق جلسة 1982/2/28 - ذات المبدأ طعن رقم 842 لسنة 44 ق جلسة 1980/3/22 - غير منشورين)

497- بداية مدة التقادم:

تبدأ مدة التقادم من وقت انتهاء عقد العمل. ويتوقف تحديد وقت انتهاء عقد العمل على السبب الذى أدى إلى هذا الانتهاء.

فإذا كان الانتهاء بالوفاة، تحدد وقت الانتهاء بتاريخ الوفاة.

وإذا كان الانتهاء بالمرض الطويل، تحدد تاريخ الانتهاء بتاريخ إعلان صاحب العمل بإنهاء العقد.

وإذا كان العقد محدد المدة، فيكون تاريخ انتهائه فى الأصل هو تاريخ انتهاء مدته أو إتمام العمل المبرم العقد من أجل إنجاز أو من تاريخ الإنهاء المبترس له إذا حصل قبل انتهاء مدته أو قبل إتمام العمل.

ويبدأ الميعاد من وقت إخطار العامل بإنهاء العقد أو علمه به علما يقينيا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التقادم الحولى المسقط للدعاوى الناشئة عن عقد العمل. بدء سريانه من وقت إخطار العامل بإنهاء العقد إخطارا صحيحا أو علمه به علما يقينيا".

(طعن رقم 3329 لسنة 62 ق جلسة 1998/11/5)

(طعن رقم 499 لسنة 54 ق جلسة 1990/11/15)

وإذا كانت مدة العقد غير محددة فينتهى بنهاية مهلة الإخطار فى الأصل، ولكن إذا كان الإخطار لم يراع فيكون وقت انتهاء العقد هو تاريخ طرد العامل أو فصله فعلا من الخدمة⁽¹⁾.

وقد استثنى النص من هذه القاعدة - كما رأينا سلفا - الدعاوى المتعلقة بالعمالة والمشاركة فى الأرباح، والنسب المئوية فى جملة الإيراد، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "بدء تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل وفقا للمادة 1/698 مدنى باستثناء الدعاوى المنصوص عليها فيها. مناطه. انتهاء علاقة العمل".

(طعن رقم 887 لسنة 52 ق - جلسة 1989/1/1)

2- "مؤدى نص المادتين 698، 388 من القانون المدنى أن الدعاوى الناشئة عن عقد العمل تسقط بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح والنسب المئوية فى جملة الايراد فإن المدة فيها تبدأ من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد وأن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من جانب واحد يتم بإرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق به ولا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الإرادة بغير معناه يجوز أن يكون ضمنيا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا لبس فيه".

(طعن رقم 3939 لسنة 60 ق جلسة 1995/4/13)

3- "نص الفقرة الأولى من المادة 698 من القانون المدنى تنص على أن". يدل على أن المشرع وضع قاعدة عامة للتقادم المسقط فى شأن الدعوى الناشئة عن عقد العمل تقضى ببدء التقادم من وقت انتهاء العقد".

(طعن رقم 8968 لسنة 64 ق جلسة 1995/10/12)

498- عدم توجيه يمين الاستيثاق:

رأينا فيما تقدم أن هذا النوع من التقادم لا يقوم على مظنة وفاء الدين - على خلاف التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة 378 من القانون المدنى - وإنما يقوم على

(1) حسن كيره ص 705 وما بعدها.

اعتبارات من المصلحة العامة هي ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل، والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء، ومن ثم فهو لا يتسع لتوجيه يمين الاستيثاق لاختلاف العلة التي يقوم عليها ويدور معها. أى أن توجيه يمين الاستيثاق غير لازم فى هذا النوع من التقادم⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التقادم المنصوص عليه فى المادة 378 من القانون المدنى - وهو يقتصر على حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات - يقوم على قرينة الوفاء، وهى "مظنة" رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه وهى يمين الاستيثاق وأوجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا، بينما التقادم المنصوص عليه فى المادة 698 - وهو لا يقتصر على دعوى المطالبة بالأجور وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل - لا يقوم على هذه المظنة ولكن على اعتبارات من المصلحة العامة هي ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء، ومن ثم فهو لا يتسع لتوجيه يمين الاستيثاق لاختلاف العلة التي يقوم عليها ويدور معها، وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن التقادم المنصوص عليه فى المادة 698 من القانون المدنى "هو تقادم عام ومطلق لم يقيد الشارع بأى إجراء آخر كتوجيه يمين الاستيثاق أو غيرها" فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 335 لسنة 31 ق جلسة 12 يناير 1966 - ذات المبدأ طعن

رقم 462 لسنة 35 ق جلسة 19 يناير 1972)

499- المدة المنصوص عليها بالمادة 698 مدة تقادم وليست مدة سقوط:

مدة التقادم المنصوص عليها بالمادة 698 مدنى مدة تقادم وليست مدة سقوط وينبنى على ذلك أن هذا التقادم الحولى يخضع للقواعد العامة فى التقادم المسقط، فيرد عليه

(1) وقارن عكس ذلك جمال زكى ص 1189 وما بعدها.

الانقطاع طبقاً لأحكام المواد 383 وما بعدها من التقنين المدني، كما يرد عليه الوقف لغير نقص الأهلية وفقاً للمادة 382 منه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة 698 من القانون المدني على أن: "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد .." وفي المادة 383 على أن: "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.."، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن دعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي تسقط بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، وأن هذه المدة هي مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع وأن رفع دعوى التعويض أمام محكمة غير مختصة يقطع مدة التقادم. لما كان ذلك، وكان دفاع الطاعن أمام محكمة الموضوع أنه طالب بالتعويض عن فصله أمام محكمة بنها للأمور المستعجلة بجلسة 1971/4/28 أثناء نظر طلب وقف قرار الفصل المطروح على تلك المحكمة وأن هذه المطالبة تقطع مدة السنة التي حددها القانون لسقوط دعواه والتي لم تكن قد اكتملت بعد، وكان قضاء محكمة الأمور المستعجلة بعدم قبول دعوى وقف الفصل لا يمنع من أن ينتج الطلب الاحتياطي بالتعويض المبدى أمامها لأثره في قطع التقادم منذ إيدائه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن "المطالبة بالتعويض لا تعتبر استمراراً للإجراءات السابقة بشأن وقف قرار الفصل أو إلغائه ولا يتسع لها نطاقها ورتب على ذلك أن الطلب الاحتياطي بالتعويض أمام محكمة الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم فإنه يكون قد خالف القانون، وقد حجب ذلك عن تحقيق دفاع الطاعن في هذا الخصوص مما يكون معه - فضلاً عن مخالفة القانون - قاصر التسبب بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 601 لسنة 44 ق جلسة 1980/1/1)

500- بعض المبادئ التي قررتها محكمة النقض في قطع التقادم ووقفه:

(1) المطالبة القضائية التي تقطع التقادم هي التي تتعلق بالحق المراد اقتضاؤه

وبين ذات الخصوم:

فقد قضت بأن:

"وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك لأنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الإجراء القاطع للتقادم يتعين أن يكون متعلقا بالحق المراد اقتضاؤه ومتخذاً بين نفس الخصوم بحيث إذا تغاير الحقان أو اختلف الخصوم فإنه لا يترتب عليه هذا الأثر، لما كان ذلك وكان الأمران العسكريان رقما 158 و 159 الصادران في 15/7/1941 قد ناطا بالحارس العام على أموال الرعايا الألمان النيابة عن هؤلاء الرعايا في إدارة أموالهم وفي مباشرة إجراءات النقاضي، فإن الدعوى الماثلة تكون قد رفعت على ذى صفة ومن ثم قاطعة للتقادم، ولا يكون الحكم المطعون فيه إذ اعتنق هذا النظر قد خالف صحيح القانون".

(طعن رقم 1893 لسنة 50 ق جلسة 1986/6/22 الهوارى ص 172)

(2) المطالبة القضائية التى تقطع التقادم، هى المطالبة الجازمة:

فقد قضت محكمة النقض بأن:

أ- "وإذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم، أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد اقتضاؤه، فلا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه، وكانت مطالبة الطاعن فى الدعوى السابقة بتعديل أجره الأساسى والاحتفاظ بحقه فى فرق المنح - على فرض صحة هذا الاحتفاظ - لا تحمل معنى الطلب الجازم بفرق المنح الذى ينقطع به التقادم، فإن النعى بهذا السبب يكون غير أساس".

(طعن رقم 441 لسنة 344 جلسة 1981/6/14 - غير منشور)

ب- "المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن التقادم المنصوص عليه فى المادة 698 من القانون المدنى يسرى على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفى باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، وأنه يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم للحق الذى يراد اقتضاؤه - فلا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة له إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه بما يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر. لما كان ذلك وكان واقع الدعوى الذى سجله الحكم المطعون فيه أن فصل الطاعن من عمله وقع بتاريخ

1973/4/10 ولم يرفع دعواه بطلب التعويض عنه إلا في 1974/9/2 بعد انقضاء مدة تجاوز سنة من تاريخ فصله وإن سبق أن أقام الدعوى رقم 168 لسنة 51 ق أمام المحكمة التأديبية بالإسكندرية طالبا إلغاء قرار الفصل. ولما كانت صحيفة هذه الدعوى لا تقطع سريان التقادم بالنسبة لدعوى التعويض الماثلة لأنها لا تحمل معنى الطلب الجازم بالتعويض الذي لا يعتبر من توابع إلغاء قرار الفصل فهو لا يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه. فإن الدعوى الراهنة تكون قد سقطت بالتقادم بالتطبيق لأحكام المادة 698 من القانون المدني. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1765 لسنة 49 ق جلسة 1984/2/26)

ج- "لما كانت صحيفة الدعوى رقم 963 لسنة 1987 عمال كلى الإسكندرية التي رفعها المطعون ضدهما على الطاعة والهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بطلب الحكم بثبوت علاقة العمل بين مورثيهما والطاعة وصرف مستحقاته التأمينية لا تحمل معنى الطلب الجازم بالتعويض الذي يطالبان به في دعواهما الحالية وكان هذا التعويض لا يعتبر من توابع ثبوت علاقة العمل موضوع الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديده إذ أنه لا يجب بوجوبه ولا يسقط بسقوطه فإن تلك الدعوى لا يكون من شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة إلى طلب التعويض. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واعتبر طلب التعويض من توابع طلب ثبوت علاقة العمل وأن الطلب الأخير قاطع للتقادم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجه هذا الخطأ عن التصدي للدفع المبدى من الطاعة بسقوط الدعوى بالتقادم لمضى أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ علم المطعون ضدهما بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 2415 لسنة 66 ق جلسة 1997/11/27)

د- "إقامة الدعوى بطلب الحوافز قبل انتهاء عقد العمل. أثره. صيرورتها بمنأى عن التقادم المسقط".

(طعن رقم 159 لسنة 68 ق جلسة 1999/2/7)

هـ- "مفاد النص في المادتين 383، 384 من القانون المدني على أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى أو إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا - يدل على أن المقصود

بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لصدور الحكم بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به".

(طعن رقم 515 لسنة 54 ق جلسة 1988/4/7)

و- "مفاد نص المادة 94 من قانون التجارة أنه إذا انقضت مدة خمس سنوات من أى من المواعيد المبينة بتلك المادة يسقط حق الدائن فى إقامة دعوى المطالبة بقيمة الدين الوارد بسند المديونية وقد أوردت المادتان 383، 384 من القانون المدنى أسباب انقطاع التقادم ومن بينها المطالبة القضائية والمقصود بها هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لإصدار حكم بإجبار المدين الممتنع عن التنفيذ عن الوفاء بما التزم به".

(طعن رقم 886 لسنة 66 ق جلسة 2000/1/20)

(3) علاقة العمل لا توقف التقادم:

"لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى قضاؤه فى شأن دفع الطاعنة بالتقادم الخمسى على أن علاقة التبعية بين المطعون ضده والطاعنة تعد عذرا يجب احتمالات التسوية الودية، مما يشكل مانعا أدبيا يوقف سريان التقادم، وكانت هذه الاحتمالات بشأن التسوية للحقوق المتنازع عليها بين العامل وصاحب العمل - حال قيام علاقة العمل - لا تقف حائلا دون مطالبة العامل بهذه الحقوق على النحو الذى رسمه له القانون، مما لا يصح اعتبارها مانعا يوقف سريان التقادم، فإن الحكم إذ خالف هذا النظر يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال مما أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 4 لسنة 50 ق جلسة 1980/12/28)

"أنظر أيضا نقض 1981/11/8 - طعن 755 لسنة 46 ق المنشور بالبند التالى - وقارن نقض طعن 997 لسنة 46 ق جلسة 1983/1/24 وفيه ذهبت محكمة النقض إلى أنه: "وإذ كانت مسألة اعتبار قيام عقد العمل بين الطاعن وأصحاب شركة دمنهور التجارية - التى اندمجت بعد تأميمها فى الشركة المطعون ضدها الثانية - مانعا أدبيا يحول دون مطالبته بحق، هى من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة..... الخ".

ونقض 1986/2/16 طعن رقم 1684 لسنة 50 وقد ذهبت فيه إلى أن:

"وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك أنه من المقرر أن للشركة شخصية

اعتبارية مستقلة عن شخصية ممثلها وهى الأصل المقصود بذاته فى الخصومة دون ممثلها، وأن قيام علاقة العمل التى تربطها به باعتبارها مانعا أدبيا يحول دون مطالبتة لها بحقوقه هى من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة. وإذ كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى بسقوط حق الطاعن بالتقادم الخمسى فيما زاد على خمس سنوات سابقة على رفع الدعوى فى 12/8/1973 وجرى فى قضائه على أنه "..... ولا يقلل من هذا النظر ما دفع به المدعى من أن ثمة مانع أدبى يمنعه من المطالبة قانونا هو كونه رئيسا لمجلس إدارة الشركة المدعى عليها إذ أن هذه العلاقة لا تعتبر مانعا أدبيا طالما أن الشارع قد كفل للعامل المطالبة القضائية لحفظ حقه واستمراره فى عمله بحيث لم يعد له ما يخشاه من رب العمل ...". وأضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك قوله "... أن كون المستأنف ضده (الطاعن) رئيسا لمجلس الإدارة لا يحول بينه وبين إقامة دعوى بالمطالبة بحقوقه إذ أنه سيقم الدعوى باسمه وليس بصفته ممثلا للشركة ضد الممثل القانونى للشركة وأن الإدارة القانونية للشركة تستطيع أن تعهد إلى محامى أجنبى لمباشرة الدعوى لتوفير الخبرة التامة" وكان مفاد ما قرره الحكم فى قضائه أن منصب الطاعن كرئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها لا يقف حائلا دون مطالبتة بحقوق من هذه الشركة التى لها شخصيتها الاعتبارية المستقلة عن شخصية ممثلها وعلى النحو الذى رسمه له القانون وهو استخلاص سائغ يؤدى إلى ما رتبته الحكم عليه فى عدم اعتباره مانعا يوقف سريان التقادم، ومن ثم فإن النعى لهذا السبب يكون على غير أساس".

(4) الشكوى المقدمة إلى مكتب العمل لا تقطع التقادم:

"وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أنه لما كان مفاد نص المادة 383 من التقنين المدنى أن التقادم إنما ينقطع بالمطالبة القضائية التى يقصد بها مطالبة الدائن بحقه أمام القضاء إن لم يكن بيده سند تنفيذى ويستوى أن ترفع الدعوى إلى محكمة قضائية بالمعنى المفهوم لهذا الاصطلاح أو أن تكون جهة إدارية خصها القانون بالفصل فى النزاع، وكان البين من نصوص المواد 188 وما بعدها من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959 أن مكتب العمل جهة إدارية ليست مختصة بالفصل فى النزاع أو الحق المطالب به بل تقتصر مهمته على محاولة تسوية هذا النزاع بما مؤداه أن الشكوى المقدمة من العامل إلى ذلك المكتب لا تعتبر مطالبة

قضائية بالمعنى الذى أفصح عنه المشرع ولئن كان الادعاء المدنى قاطعا للتقادم فى مفهوم نص المادة 383 المشار إليها بيد أن عدم قبول تدخل المدعى المدنى فى الدعوى الجنائية يؤدى إلى زوال أثر هذا الادعاء فى قطع التقادم واعتبار التقادم المبني عليه كأن لم يكن بالإضافة إلى أن علاقة العمل لا تعتبر مانعا أدبيا يحول دون مطالبة العامل بحقوقه لأن المشرع كفل له الضمان الكافى لحفظها واستقراره فى عمله فلم يعد له ما يخشاه من صاحب العمل إن طالبه بهذه الحقوق، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 755 لسنة 46 ق جلسة 1981/11/8)

(5) اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة الجنائية لا يوقف التقادم:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة وقيام الدعوى الجنائية بشأن هذا الاتهام لا يعتبر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - مانعا يتعذر معه رفع دعوى التعويض عن فصله وبالتالي لا يصلح سببا لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقا للقواعد العامة فى القانون".

(طعن رقم 342 لسنة 51 ق - جلسة 1976/6/22)

501- تقدير المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم

يقوم على عناصر واقعية:

"وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه وإن كان من المقرر أن تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم عملا بالمادة 382 من القانون المدنى يقوم على عناصر واقعية يجب طرحها على محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها، وكان المشرع لم يورد هذه الموانع على سبيل الحصر وإنما ترك أمر تقديرها لقاضى الموضوع الذى له أن يقضى بوقف التقادم كلما تبين له من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى توافر المانع الذى يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه، وكان لقاضى الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير قيام المانع من عدمه إلا أنه يجب عليه فى قضائه أن لا يمسح الواقع المطروح عليه، وأن يرد عليه بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 291 لسنة 46 ق جلسة 1982/1/16 - غير منشور)

502- التقادم لا يتعلق بالنظام العام:

طبقاً للمادة 387 مدنى لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فى ذلك ولو لم يتمسك به المدين. ذلك أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام. ويجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، إنما لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه دفاع يخالطه الواقع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "الدفع بالتقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دفع موضوعى يجوز إيدأؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف، والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن.. وإذ كانت المادة 375 من القانون المدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن "يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين.. والمهايا والأجور والمعاشات" فإن فروق الأجور المترتبة على قرارات التسوية المشار إليها تخضع لهذا التقادم الخمسى.. وإن كان من الجائز حمل عدم التمسك بالتقادم حمل النزول الضمنى عنه وفقاً للظروف إلا أنه يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمداً من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به، فإن عدم إثارة الدفع بالتقادم فى مرحلة من مراحل الدعوى الابتدائية لا يفيد فى ذاته التنازل عن التقادم ولا يمنع من التمسك به فى مرحلة تالية ولو لأول مرة فى الاستئناف".

(طعن رقم 69 لسنة 47 ق جلسة 1982/3/28 - غير منشور)

2- "وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أن الدفع بالسقوط المبني على نص المادة 187 من القانون المدنى متعلق بموضوع الدعوى ولا يتصل بالنظام العام، وإذ كان الطاعن لم يسبق له إيدأؤه أمام محكمة الموضوع، فإن ما تضمنه هذا النعى يكون سبباً جديداً لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 328 لسنة 47 ق جلسة 1983/1/9 - غير منشور)

3- "وحيث إن هذا النعى مردود بما هو مقرر من أن حق العامل سواء فى بدل التمثيل أو العلاوة الدورية هو من الحقوق الدورية المتجددة ومن ثم يخضع للتقادم

الخمسى المنصوص عليه فى المادة 1/375 من التقنين المدنى وكان الدفع بالتقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دفع موضوعى يجوز إيدأؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف، وكان عدم إثارة الدفع فى مرحلة الدعوى الابتدائية لا يفيد بذاته التنازل عن التقادم ولا يمنع من التمسك به فى مرحلة الاستئناف، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويضحى النعى عليه بهذا السبب على غير أساس".

(طعان رقما 1136، 1163 لسنة 50 ق جلسة 1986/6/23 - أيضا طعن 1287

لسنة 50 ق جلسة 1986/11/3 - الهوارى ج7 ص152

وما بعدها)

4- "الدفع بالتقادم. عدم تعلقه بالنظام العام. التزام من يديه بتحديد نوعه فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام. التفات المحكمة عن الدفع بسقوط الحق فى فروق الأجر بالتقادم الذى لم يبين نوعه. لا عيب".

(طعن رقم 1563 لسنة 52 ق جلسة 1987/12/20)

5- "مؤدى نص المادتين 698، 388 من القانون المدنى أن الدعاوى الناشئة عن عقد العمل تسقط بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح والنسب المئوية فى جملة الإيراد فإن المدة فيها تبدأ من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد، وأن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الإرادة يفيد معناه يجوز أن يكون ضمنيا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا لبس فيه ولما كان ذلك وكان الطاعنون قد تمسكوا بأن الشركة المطعون ضدها نزلت عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وذلك بإصدارها قرارا سنة 1986 بأحقية من أحيّلوا للمعاش من 1981/8/6 فى المقابل النقدى لمتجمد الإجازات وبصرف مبالغ مالية مؤقتة لهم تحت الحساب، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على أنه لا يجوز التمسك بإجراءات قطع التقادم بعد اكتمال مدته وحجب بذلك نفسه عن بحث دفاع الطاعنين سالف البيان فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد شابه القصور فى التسبيب بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 1704 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/17)



محتويات المجلد الثامن

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	الفصل الثاني	
	العارية	
	مادة (635)	
3		
3	التنظيم التشريعى لعقد العارية.....	-1
4	تعريف عقد العارية.....	-2
4	خصائص عقد العارية.....	-3
4	(أ) العارية عقد رضائى.....	-
5	(ب) العارية عقد ملزم للجانبين.....	-
6	(ج) العارية من عقود التبرع.....	-
	(د) عقد العارية يخول المستعير استعمال الشيء لا	-
7	استغلاله.....	
7	تميز عقد العارية عما يلتبس به من العقود الأخرى.	-4
7	(أ) العارية والإيجار.....	-
8	(ب) العارية والهبة.....	-
8	(ج) العارية والوديعة.....	-
9	(د) العارية والقرض.....	-
9	(أركان عقد العارية وشروط صحتها)	-
9	تعداد.....	-5
9	(أولا : شروط الانعقاد)	-
9	إحالة إلى القواعد العامة.....	-6
9	من يملك الإعارة؟.....	-7

الصفحة	الموضوع	رقم البند
10	إعارة ملك الغير	-8
11	إعارة الشيء المسروق	-9
11	(ثانياً: المحل والسبب)	-
11	(أ) - المحل	-
11	إحالة إلى القواعد العامة	-10
	يشترط أن يكون الشيء المعار غير قابل	-11
11	للاستهلاك	
12	الأشياء التي تجوز إعارتها	-12
12	(ب) السبب	-
12	إحالة إلى القواعد العامة	-13
12	إثبات العارية	-14
	(ثالثاً: شروط الصحة)	-
	(الأهلية وعيوب الرضاء)	
13	(أ) - الأهلية	-
13	أهلية المعير	-15
13	أهلية المستعير	-16
14	(ب) عيوب الإرادة	-17
	1 - التزامات المعير	-
	مادة (636)	
15		
15	التزام المعير بتسليم المستعير الشيء المعار	-18
16	إعسار المستعير قبل التسليم	-19

الصفحة	الموضوع	رقم البند
16	هلاك الشيء المعار.....	-20
17	ترك الشيء المعار للمستعير طوال مدة العارية.....	-21
18	مادة (637)	-
18	المصروفات الضرورية.....	-22
19	المصروفات النافعة.....	-23
20	المصروفات الكمالية.....	-24
20	ضمانات الوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة.....	-25
20	(1) حق الحبس.....	-
21	(2) حق الامتياز.....	-
22	مادة (638)	-
22	القاعدة أن المعير لا يضمن استحقاق الشيء	-26
22	المعار.....	-
22	حالتان يضمن فيهما المعير استحقاق الشيء المعار..	-27
24	ضمان العيوب الخفية.....	-
24	القاعدة عدم ضمان المعير العيوب الخفية فى	-28
24	الشيء المعار.....	-
24	حالتان يضمن فيهما المعير العيوب الخفية.....	-29
24	هل يجوز للمستعير استعمال الحق فى الحبس عند	-30
25	عدم الوفاء بالتعويض؟.....	-
26	2- التزامات المستعير	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (639)	
26	كيفية استعمال الشيء المعار.....	-31
	مادة (640)	
28	نققات الصيانة.....	-32
28	نققات استعمال الشيء المعار.....	-33
29	عدم جواز النزول عن استعمال الشيء المعار للغير..	-34
	مادة (641)	-
31	التزام المستعير فى المحافظة على الشيء المعار	-35
31	التزام ببذل عناية.....	
33	المسئولية فى حالة القوة القاهرة.....	-36
33	تعديل مسئولية المستعير.....	-37
	مادة (642)	-
35	الشيء الذى يرد.....	-38
35	مكان الرد.....	-39
36	زمان الرد.....	-40
36	مصاريف الرد.....	-41
	3- انتهاء العارية	-
	مادة (643)	
37	كيفية انقضاء أجل العارية.....	-42
39	يجوز للمستعير رد الشيء المعار قبل انتهاء العارية..	-43
	مادة (644)	-
40		

الصفحة	الموضوع	رقم البند
40	الحالات التى يجوز فيها للمعير طلب إنهاء العارية.....	-44
44	مادة (645)	-
44	انتهاء العارية بموت المستعير.....	-45
	(أسباب أخرى لانتهاء العارية)	-
44	(طبقا للقواعد العامة)	
44	(1) تحقق الشرط الفاسخ.....	-
45	(2) استحقاق العارية.....	-
45	(3) اتحاد الذمة.....	-
45	هل تنتهى العارية ببيع الشئ المعار؟.....	-46
	الباب الثالث	-
	العقود الواردة على العمل	
	الفصل الأول	
46	المقاوله والتزام المراقق العامة	
	1 - عقد المقاوله :	
46	مادة (646)	-
46	تعريف عقد المقاوله.....	-47
48	خصائص عقد المقاوله.....	-48
49	تميز عقد المقاوله عن غيره من العقود.....	-
50	أولا: المقاوله والبيع.....	-49

الصفحة	الموضوع	رقم البند
55	أهمية التفرقة بين المقاولة والبيع.....	-50
56	ثانيا: المقاولة والإيجار.....	-51
57	ثالثا: المقاولة والعمل.....	-52
65	رابعا: المقاولة والوكالة.....	-53
66	(أ) عقد العلاج الطبى.....	-
	(ب) العقد المبرم بين المهندس المعماري وصاحب البناء.....	-
69	أهمية التمييز بين المقاولة والوكالة.....	-54
72	خامسا: المقاولة والشركة.....	-55
73	سادسا: المقاولة والوديعة.....	-56
75	تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة.....	-57
75	التنظيم التشريعى لعقد المقاولة فى التقنين المدنى الجديد.....	-58
76	(أركان عقد المقاولة)	-
78	تعداد.....	-59
78	(أولا)	-
78	التراضى فى عقد المقاولة	-
78	توافق الإيجاب والقبول.....	-60
83	وثائق مقاولات المبانى.....	-61
83	1- العقد (LeMarché).....	-
83	2- دفتر الشروط (cahier des charges).....	-
83	3- المقايسة (devis).....	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
84	4- التصميمات (Lesplans)	-
86	التعاقد بطريق المسابقة (concours)	-62
88	طلب تقديم عطاءات	-63
	إلزام وحدات الجهاز الإدارى للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة بالتعاقد على المقاولات بطريق المناقصة والممارسة	-64
88		-
	(ثانيا)	
	(المحل فى عقد المقاولة)	
91	المحل فى عقد المقاولة مزدوج	-65
91	(أ) - العمل المتفق عليه فى المقاولة	-
91	تطبيق القواعد العامة	-66
91	الشرط الأول: أن يكون ممكنا	-
92	الشرط الثانى: أن يكون معينا أو قابلا للتعيين	-
93	الشرط الثالث: أن يكون مشروعا	-
93	(ب) - الأجر فى المقاولة	-67
93	جنس الأجر	-68
94	تحديد الأجر	-69
94	كيفية تحديد المتعاقدين للأجر	-70
	(ثالثا)	
	السبب فى عقد المقاولة	
95	تطبيق القواعد العامة	-71

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	شروط صحة عقد المقاولة	-
	(الأهلية وعيوب الرضا)	-
96	أولا : الأهلية فى عقد المقاولة	-
96	أهلية رب العمل.....	-72
97	أهلية المقاول.....	-73
	منع الحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة 25% من رأس المال من التعاقد على المقاولات مع	--
98	مقاولى القطاع الخاص.....	
98	النص القانونى.....	-74
99	مضمون الحظر.....	-75
99	المقاولات التى تخضع للحظر.....	-76
101	جزاء مخالفة الحظر.....	-77
103	ثانيا : عيوب الإرادة فى عقد المقاولة	-
103	تطبيق القواعد العامة.....	-78
103	الغلط فى شخص المقاول.....	-79
104	الغلط فى الحساب وغلطات القلم.....	-80
105	إثبات عقد المقاولة.....	-81
107	متى يعتبر عقد المقاولة مدنيا ومتى يعتبر تجاريا؟.....	-82
107	(أ) - بالنسبة لرب العمل.....	-
107	(ب) - بالنسبة للمقاول.....	-
109	الاختصاص المحلى والنوعى بشأن المنازعات	-83

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	الناشئة عن عقد المقاولة.....	
	(آثار عقد المقاولة)	-
	التزامات المقاول :	-
	مادة (647)	
111		
111	التزام المقاول.....	-84
	مادة (648)	-
112		
	مسئولية المقاول عن جودة مادة العمل وضمانها	-85
112	لرب العمل.....	
	مادة (649)	-
114		
	التزامات المقاول فى حالة تقديم رب العمل المادة	-86
114	اللازمة للعمل.....	
114	(أ) المحافظة على المادة المسلمة إليه.....	-
116	(ب) مراعاة أصول الفن فى استخدامه للمادة.....	-
116	(ج) تقديم حساب لرب العمل.....	-
117	(د) إخطار رب العمل بالعيوب الموجودة بالمادة.....	-
117	أدوات العمل ومهمات.....	-87
118	كيفية تنفيذ العمل.....	-88
119	مسئولية المقاول مسئولية عقدية.....	-89
120	تنفيذ العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة.....	-90
121	جزاء الإخلال بالتزام المقاول بتنفيذ العمل.....	-
121	تطبيق القواعد العامة.....	-91

الصفحة	الموضوع	رقم البند
121	(أ) - التنفيذ العيني.....	-92
124	(ب) فسخ العقد.....	-93
127	مادة (650)	-
	حالة قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف	-94
127	للعقد.....	
129	تأخر المقاول في تنفيذ العمل تأخرا لا يرجى تداركه.	-95
132	(تسليم العمل محل المقاول)	-
132	المحل الذي يرد عليه التسليم.....	-96
133	كيفية التسليم.....	-97
133	ميعاد التسليم.....	-98
134	حق المقاول في الحبس.....	-99
135	مكان التسليم.....	-100
135	جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم.....	-101
136	(أ) - التنفيذ العيني.....	-
137	(ب) - الفسخ.....	-
137	ضمان المقاول للعيوب الخفية في البناء.....	-102
143	مادة (651)	
143	الأشخاص المسؤولون عن عيوب البناء.....	-103
144	(أ) المهندس المعماري.....	-104
147	(ب) المقاول.....	-105
148	ضرورة وجود عقد مقاوله.....	-106

الصفحة	الموضوع	رقم البند
151	عدم سريان الضمان على المقاولين من الباطن.....	-107
	يجب أن ترد المقولة على مبان أو منشآت ثابتة	-108
152	أخرى.....	
154	المستفيدون من الضمان.....	-109
	الأضرار التي يسأل عنها المهندس المعماري	-110
155	والمقاول.....	
158	من المسئول عن العيب الناشئ عن الأرض؟.....	-111
160	عدم اشتراط أن يكون العيب قديما	-112
160	مدة الضمان.....	-113
164	زيادة مدة الضمان.....	-114
165	طبيعة مدة الضمان.....	-115
165	حالة تكون فيها مدة الضمان أقل من عشر سنوات..	-116
166	أساس دعوى الضمان.....	-117
167	إثبات مسئولية المهندس المعماري والمقاول	-118
168	جزاء الضمان.....	-
	(أ)- التعويض النقدي وإعادة الحال إلى ما كانت	-119
168	عليه.....	
170	(ب)- فسخ العقد.....	-120
172	تضامن المهندس والمقاول في الضمان.....	-121
173	اقتسام المسئولية بين المهندس والمقاول	-122
	أساس رجوع كل من المهندس المعماري والمقاول	-123
174	على الآخر.....	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
175	مادة (652)	-
175	مسئولية المهندس المعماري عن العيوب الناشئة عن التصميم.....	-124
179	مادة (653)	-
179	تعلق أحكام الضمان بالنظام العام.....	-125
181	جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه	-126
182	مادة (654)	-
182	تقديم دعوى الضمان.....	-127
187	الأسباب التي تعفى المهندس المعماري والمقاول من المسؤولية.....	-128
187	1- القوة القاهرة.....	-
191	2- خطأ رب العمل.....	-
192	3- خطأ الغير.....	-
193	مسئولية المهندس المعماري والمقاول قبل الغير.....	-129
	(التزامات رب العمل) :	-
200	مادة (655)	
200	التزامات رب العمل بالقيام بما هو ضروري لإنجاز العمل.....	-130
201	جزاء إخلال رب العمل بهذا الالتزام.....	-131

الصفحة	الموضوع	رقم البند
202	التزام صاحب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه.....	-132
204	شروط التسلم.....	-133
206	كيفية التسلم.....	-134
207	التسلم الكلى والتسلم الجزئى.....	-135
208	التسلم المؤقت والتسلم النهائى.....	-136
209	زمان التسلم.....	-137
209	مكان التسلم.....	-138
210	النتائج التى تترتب على التسلم والقبول.....	-139
211	جزاء الإخلال بالالتزام بالتسلم.....	-140
213	مادة (656)	-
213	تعيين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق عليه.....	-141
214	توابع أجر المقاول.....	-142
215	الأصل عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه.....	-143
216	مادة (657)	-
216	شروط تعديل الأجر المتفق عليه بين المقاول ورب العمل.....	-144
216	الشرط الأول: أن يكون الأجر فى المقابلة متفقا عليه بموجب مقايضة على أساس الوحدة.....	-
216	الشرط الثانى: أن يتبين أثناء العمل ضرورة مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة لسبب كان خفيا أثناء العقد.....	-
217	الشرط الثالث: إخطار المقاول رب العمل بالزيادة.....	-
218		

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	بمجرد تبيينه لها	
218	أثر توافر الشروط الثلاثة سائلة الذكر	-145
219	الفرض الأول: المجاوزة المحسوسة الجسيمة.....	-146
220	الفرض الثاني: المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة ...	-147
222	مادة (658)	-
222	شروط تطبيق المادة.....	-148
224	أثر توافر الشروط الثلاثة	-149
225	استثناءان يجوز فيهما زيادة الأجر	-150
	الاستثناء الأول: حدوث تعديل أو إضافة فى	-151
225	التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه	
	الاستثناء الثانى: انهيار التوازن الاقتصادى بين	- 152
	التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث	
228	استثنائية عامة	
234	مادة (659)	-
		152
234	كيفية تحديد الأجر فى حالة عدم تحديده سلفا	مكررا-
236	مادة (660)	
236	القاعدة فى أجر المهندس المعمارى	-153
237	كيفية تقدير أجر المهندس المعمارى.....	-154
239	عدم جواز تخفيض أجر المهندس المعمارى	-155
239	تخفيض الأجر إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم...	-156
240	المدين بالأجر	-157
242	الدائن بالأجر	-158

الصفحة	الموضوع	رقم البند
243	زمان دفع الأجر.....	-159
245	مكان الوفاء بالأجر.....	-160
246	ضمانات الوفاء بالأجر	-
246	أولاً: التنفيذ العيني أو الفسخ.....	-161
247	ثانياً: الحق فى الحبس.....	-162
248	ثالثاً: حق الامتياز.....	-
248	النصوص القانونية.....	-163
	المقولة من الباطن:	-
	مادة (661)	
249	تعريف المقاول من الباطن.....	-164
249	الفرق بين المقولة من الباطن والتنازل عن المقولة .	-165
250	صور التنازل عن المقولة.....	-166
251	متى يجوز للمقاول التعاقد مع مقاول من الباطن؟ ..	-167
253	التنازل عن الشرط المانع من المقولة من الباطن	-168
253	أثر مخالفة المقاول لحظر المقولة من الباطن	-169
254	آثار المقولة من الباطن	-170
255	أولاً : علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن	-
	عقد المقولة من الباطن ينظم العلاقة بين المقاول	-171
255	الأصلى والمقاول من الباطن	
255	التزامات المقاول الأصلي قبل المقاول من الباطن	-172
	التزامات المقاول من الباطن فى مواجهة المقاول	-173
256	الأصلى	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
257	ثانياً : علاقة المقاول الأصلي برب العمل	-
257	التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي.....	-174
257	التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل.....	-175
	مدى مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من	-176
258	الباطن.....	
	أساس مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من	-177
259	الباطن.....	
259	ثالثاً : علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن	-
	علاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من	-178
259	الباطن.....	
261	مادة (662)	-
261	الحكمة من الدعوى المباشرة.....	-179
262	أصحاب الحق فى الدعوى المباشرة.....	-180
262	1- المقاول من الباطن.....	-
262	2- العامل الذى يعمل لدى المقاول الأصلي.....	-
263	3- العامل الذى يعمل لدى المقاول من الباطن.....	-
264	نتائج الدعوى المباشرة.....	-181
265	حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن والعمال.....	-182
265	محل الامتياز.....	-183
	حالة نزول المقاول الأصلي عن دينه قبل رب	-184
266	العمل بطريق الحوالة.....	
268	انقضاء المقاوله :	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (663)	
	تحويل حق التحلل من عقد المقاولة لرب العمل	185 -
268	وحده.....	
270	هل يملك أحد آخر إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة؟.....	186 -
271	شروط إنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة.....	187 -
	نطاق تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته	188 -
271	المنفردة.....	
	إنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة رخصة لرب	189 -
272	العمل.....	
	كيفية إخطار رب العمل المقاول بالتحلل من	190 -
272	المقاولة.....	
273	التعويض المستحق للمقاول بسبب التحلل من العقد	191 -
273	1- المصروفات التي أنفقها المقاول.....	-
273	2- قيمة ما أنجزه المقاول من أعمال.....	-
	3- قيمة ما كان المقاول يستطيع كسبه لو أنه أتم	-
274	العمل.....	
	4- تعويض المقاول عما يكون قد أصابه من ضرر	-
275	أدبي.....	
	جواز تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته	192 -
276	من كسب.....	
	عدم تعلق حق رب العمل في التحلل من المقاولة	193 -
278	بالنظام العام.....	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
279	مادة (664)	-
279	انقضاء عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه.....	-194
280	أسباب أخرى لانقضاء عقد المقاولة.....	-195
280	1- تنفيذ العقد.....	-
281	2- انقضاء مدة العقد.....	-
281	3- فسخ العقد.....	-
282	4- التقايل من العقد.....	-
283	مادة (665)	-
283	صور ثلاث لهلاك الشيء قبل التسليم.....	-196
284	الهلاك بعد التسليم.....	-197
285	انتقال ملكية الشيء محل المقاولة إلى رب العمل....	-198
287	مادة (666)	-
287	الأصل عدم انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول.....	-199
287	انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد.....	-200
290	ما يسرى عليه حكم موت المقاول.....	-201
290	حالة ما إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى المقاولة.....	-202
292	مادة (667)	-
292	آثار انقضاء المقاولة بموت المقاول.....	-203
294	عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل.....	-204

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	2- التزام المرافق العامة :	-
	مادة (668)	
295	دراسة تمهيدية عن المرافق العامة.....	-
295	تعريف المرفق العام.....	-205
295	خصائص المرفق العام.....	-206
297	1- يجب أن يكون المرفق العام من إنشاء الدولة	-
297	2- يجب أن يكون المرفق العام بقصد تحقيق خدمة عامة.....	-
297	3- يجب ألا يكون المقصود أساسا من المرفق العام هو الحصول على الربح.....	-
298	4- خضوع المرافق العامة لبعض القواعد القانونية الموحدة.....	-
298	أنواع المرافق العامة.....	-207
300	1- المرافق الإدارية.....	-
300	2- المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية).....	-
301	3- المرافق القومية والمرافق الإقليمية والمرافق البلدية.....	-
301	4- المرافق النقابية أو المهنية.....	-
302	5- المرافق التي لها شخصية معنوية والمرافق التي ليس لها شخصية معنوية.....	-
303	6- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية.....	-
304	أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
304	أولاً: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد	-208
305	ثانياً: قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة	-209
306	ثالثاً: قابلية نظام المرافق العامة للتغييرات والتعديلات فى أى وقت.....	-210
306	طرق إدارة المرافق العامة	-
306	تعداد	-211
307	الطريقة الأولى: الاستغلال المباشر أو الراجى	-212
307	الطريقة الثانية: المؤسسات والهيئات العامة.....	-213
308	الطريقة الثالثة: التزام أو (امتنياز) المرافق العامة	-214
308	الطريقة الرابعة: الاستغلال المختلط.....	-215
309	الطريقة الخامسة: الإدارة بطريق الراجى غير المباشر.....	-216
309	أحكام المادة	-
309	عقد التزام المرافق العامة	-
309	تعريف عقد التزام المرافق العامة.....	-217
310	فائدة تنظيم هذا النوع من المقاولات.....	-218
312	عناصر عقد التزام المرافق العامة.....	-219
313	العنصر الأول: أن يكون العقد مبرما بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق	-
314	العنصر الثانى: أن يكون محل العقد إدارة مرفق	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	عام ذى صفة اقتصادية.....	
315	العنصر الثالث: تحديد مدة معينة للالتزام المرفق.....	-
317	الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة.....	-220
319	طبيعة عقد الالتزام فى القانون المصرى.....	-221
322	كيفية منح التزام المرافق العامة.....	-222
325	بعض التزامات حديثة للمرافق العامة.....	-223
337	رقابة وإشراف جهة الإدارة على الملتزم.....	-224
340	استرداد الالتزام قبل نهاية مدته.....	-225
343	حقوق الملتزم.....	-226
350	واجبات الملتزم.....	-227
353	العلاقة بين ملتزم المرفق العام والعملاء	-
353	تكييف العلاقة بين الملتزم والعميل.....	-228
354	مادة (669)	
354	حقوق المنتفع قبل الملتزم.....	-229
354	الحالة الأولى: قبل تعاقد المنتفع مع الملتزم.....	-
355	الحالة الثانية: بعد تعاقد المنتفع مع الملتزم.....	-
357	مادة (670)	-
357	المقصود بالمساواة بين العملاء.....	-230
359	استثناءات من مبدأ المساواة.....	-231
360	جزاء مخالفة الملتزم للالتزامات الواقعة عليه.....	-
360	(أ) - جزاء مدنى.....	-232
360	1- طلب التنفيذ العينى.....	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
360	2- طلب التعويض.....	-
361	3- طلب فسخ العقد.....	-
361	(ب) جزاء إدارى.....	-233
362	من يجوز له حق التقاضى؟.....	-234
364	مادة (671)	-
	مصدر القوة الإلزامية للأسعار التى يتقاضاها	-235
364	الملتزم.....	-
367	مادة (672)	-
367	جزاء الاتفاق على أسعار تخالف الأسعار المحددة...	-236
368	إعادة النظر فى الأسعار المقررة.....	-237
369	مبدأ سريان التعديل فى الأسعار.....	-238
369	واجب الملتزم نحو استمرار المرفق وانتظامه	-239
369	ومسأيرته للتطور.....	-
371	مادة (673)	-
371	مرافق توزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة	-240
371	وما شابه ذلك.....	-
373	العقد الطبى	-
373	المقصود بالأعمال الطبية.....	-241
375	الأفعال التى يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية.....	-242
375	أساس مشروعية العمل الطبى.....	-243

الصفحة	الموضوع	رقم البند
377	الشروط اللازمة لمزاولة مهنة الطب	-244
	هل يجوز الترخيص بمزاولة مهنة الطب لأطباء	-245
379	الامتنياز؟	
380	مدى الترخيص الصادر بمزاولة مهنة الطب	-246
382	عقوبة جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص	-247
383	اشتراط رضاء المريض لممارسة العمل الطبى	-248
383	ممن يصدر الرضاء بالعمل الطبى؟	-249
384	نطاق الرضاء	-250
385	وجوب صدور الرضاء عن إرادة حرة	-251
386	شكل الرضاء	-252
386	استثناءات من شرط الرضاء بالعمل الطبى	-253
389	مسئولية الطبيب عن الخطأ الفنى والخطأ العادى	-254
393	مسئولية الطبيب عن الخطأ اليسير	-255
394	التزام الطبيب التزام ببذل عناية	-256
396	المستوى المهنى للطبيب	-257
397	تعهد الطبيب بشفاء المريض	-258
398	اتباع الطبيب رأى طبى مازال محل خلاف	-259
399	التجارب الطبية	-260
400	تكييف علاقة الطبيب بالمريض	-261
400	أولاً: حالة اختيار المريض أو نائبه للطبيب	-
401	ثانياً: حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض ...	-
	ثالثاً: حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو	-
401	مشروع خاص	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
401	رابعاً: حالة الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام.....	-
402	رفض الطبيب علاج المريض.....	-262
403	انقطاع الطبيب عن علاج المريض.....	-263
404	التزامات الطبيب فى توقيع الكشف وتشخيص المرض.....	-264
407	التزامات الطبيب فى وصف العلاج.....	-265
411	الحقن بمصل التيتانوس.....	-266
412	مسئولية طبيب التوليد.....	-267
415	مسئولية الجراح.....	-268
415	(أ)- قبل إجراء الجراحة.....	-
418	(ب)- أثناء إجراء الجراحة.....	-
423	(ج)- بعد إجراء الجراحة.....	-
424	جراحة التجميل.....	-269
430	مسئولية طبيب التخدير.....	-270
431	مسئولية الجراح عن أخطاء مساعديه.....	-271
431	(أ) إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تعاقدية.....	-
433	(ب) إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى.....	-
433	(ج) إذا كان الجراح يعمل بمركز طبى أو مستشفى خاص.....	-
435	مسئولية المستشفى الحكومى.....	-272
440	مسئولية المستشفى الخاص.....	-273
442	القتل بسبب الشفقة على المجنى عليه.....	-274
443	إثبات مسؤولية الطبيب.....	-275
444	دفع مسؤولية الطبيب.....	-276

الصفحة	الموضوع	رقم البند
444	الالتزام بالسلامة.....	-277
445	العلاج بالأشعة.....	-278
447	نقل الدم.....	-279
448	التحاليل الطبية.....	-280
449	مسئولية الطبيب عن الأجهزة.....	-281
451	التركيبات الصناعية.....	-282
452	مسئولية طبيب الأسنان.....	-283
454	العلاج النفسى.....	-284
456	مهنة العلاج الطبيعى.....	-285
459	مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية.....	-286
462	(جريمة إفشاء الطبيب سر المهنة)	-
462	النص القانونى.....	-287
462	تمهيد.....	-288
463	أركان الجريمة.....	-289
	(الركن الأول)	-
	(ركن مادی يتمثل فى الإفشاء)	
463	المقصود بالإفشاء.....	290
463	وسائل الإفشاء.....	-291
465	تحقق إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة....	-292
466	صور الإفشاء.....	-293
467	تحقق الإفشاء ولو كان جزئيا.....	-294
468	متى ينتهى الالتزام بعدم الإفشاء؟.....	-295

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	(الركن الثانى)	-
469	(أن يكون الأمر الذى حصل إفشاؤه سرا)	
469	مضمون هذا الشرط.....	-296
	(الركن الثالث)	-
	(أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من فى	
	حكمه بحكم عمله)	
473		
473	مضمون الركن.....	-297
	(الركن الرابع)	-
	(القصد الجنائى)	
476		
476	تطلب توافر القصد الجنائى العام.....	-298
477	لا يشترط توافر نية الإضرار لدى الطبيب.....	-299
480	عقوبة الجريمة.....	-300
481	تسبب حكم الإدانة.....	-301
	(الحالات التى يجب أو يجوز فيها إفشاء	
	سر المهنة الطبية)	
482		
482	تمهيد.....	-302
	الحالة الأولى: تنفيذ أمر القانون أو استعمال حق	-303
	يجيزه.....	
482		
482	1- الإبلاغ عن المواليد.....	-
484	2- الإبلاغ عن الوفيات.....	-
484	3- الإبلاغ عن الأمراض المعدية.....	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
485	4- الإبلاغ عن الأمراض الزهرية.....	-
487	الحالة الثانية: الإبلاغ عن الجرائم.....	-304
489	الحالة الثالثة: طبيب شركة التأمين.....	-305
489	الحالة الرابعة: الشهادة أمام القضاء.....	-306
492	الحالة الخامسة: أعمال الخبرة.....	-307
494	الحالة السادسة: رضاء المجنى عليه.....	-308
497	الحالة السابعة: حالة الضرورة.....	-309
	عقد العمل	-
	(الباب الثالث)	
	(الفصل الثانى)	
	(عقد العمل)	
	مادة (674)	
500		
500	التبعية والأجر عنصران أساسيان فى عقد العمل	-310
	أولاً: عنصر التبعية	-
501		
	المقصود بالتبعية، التبعية القانونية وليس التبعية الاقتصادية.....	-311
501		
505	كفاية التبعية التنظيمية أو الإدارية.....	-312
	توافر التبعية التنظيمية أو عدم توافرها مسألة موضوعية.....	-313
509		
509	جواز الجمع بين صفة العامل وصفات أخرى.....	-314
510	التمييز بين عقد العمل وبعض العقود الأخرى.....	-315

الصفحة	الموضوع	رقم البند
510	أولاً: عقد العمل وعقد المقاولة.....	-316
515	ثانياً: عقد العمل وعقد الوكالة.....	-317
518	ثالثاً: عقد العمل وعقد الشركة.....	-318
520	رابعاً: عقد العمل وعقد الإيجار.....	-319
521	خامساً: عقد العمل وعقد البيع.....	-320
522	تطبيقات بالنسبة لبعض الأشخاص	-
522	أولاً: الأطباء.....	-321
525	ثانياً: المحامون.....	-322
530	ثالثاً: الموسيقي.....	-323
530	رابعاً: ممثل السينما والمسرح.....	-324
530	خامساً: المخرج السينمائي.....	-325
531	سادساً: المدرسون في المدارس الخاصة.....	-326
534	سابعاً: قارئ القرآن.....	-327
534	ثامناً: القسس والعاملون بالكنائس.....	-328
537	تاسعاً: الباعة الجائلون المكلفون ببيع البترول مقابل عمولة.....	-329
538	عاشراً: مديرو فروع الشركات أو المحال التجارية....	-330
539	حادى عشر: مندوبو التأمين بشركات التأمين.....	-331
539	ثانياً: عنصر الأجر	-
539	إحالة إلى شرح المواد (681 - 683).....	-332
540	مادة (675)	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	سريان أحكام هذا الفصل فيما لا يتعارض مع	-333
540	التشريعات الخاصة التى تتعلق بالعمل	
541	الوضع القانونى لبعض العمال	-334
541	1- التورجى فى العيادة الخاصة	-
541	2- خدم النوادى الخاصة	-
541	3- حارس (بواب) العمارة	-
	خضوع عمال الخدمة المنزلية ومن فى حكمهم	-335
544	لأحكام القانون المدنى	
	عدم سريان أحكام قانون العمل على أفراد أسرة	-336
544	صاحب العمل الذين يعولهم فعلا	
548	مادة (676)	-
	سريان أحكام عقد العمل على الطوفين والممثلين	-337
548	التجاربيين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من	
	الوسطاء	
	التقادم بالنسبة للتوصيات التى لم تبلغ رب العمل إلا	-338
549	بعد خروج الممثل التجارى أو المندوب الجواب من	
	خدمته	
	1- أركان العقد	-
	مادة (677)	
551	عدم اشتراط شكل خاص لعقد العمل	-339
552	شكل عقد العمل فى القانون رقم 12 لسنة 2003	-340

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	بإصدار قانون العمل.....	
554	مادة (678)	-
554	إبرام عقد العمل لخدمة معينة.....	-341
554	العقد معين المدة.....	-342
558	العقد غير معين المدة.....	-343
560	حق العامل في فسخ العقد بعد انقضاء خمس سنوات ...	-344
562	حكم قانون العمل رقم 12 لسنة 2003.....	-345
563	مادة (679)	-
	انتهاء عقد العمل محدد المدة من تلقاء نفسه	-346
563	بانقضاء مدته.....	
565	تجديد لمدة أخرى.....	-347
567	مادة (680)	-
567	انتهاء العقد بانقضاء العمل المتفق عليه.....	-348
567	تجديد العقد تجديداً ضمناً.....	-349
569	مادة (681)	-
569	المقصود بالأجر.....	-350
570	متى يكون العمل مأجوراً؟.....	-351
572	مادة (682)	-
572	كيفية تحديد الأجر في حالة عدم الاتفاق عليه.....	-352
574	تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها.....	-353
576	مادة (683)	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
576	ما يعتبر جزءا لا يتجزأ من الأجر.....	-354
	أولاً: العمالة التى تعطى للطوافين والمندوبين	-
576	الجوابين والممثلين التجاريين.....	
576	المقصود بالعمولة.....	-355
577	اعتبار العمولة جزءا من الأجر.....	-356
577	تقدير سعر العمولة.....	-357
	العمولة قد تكون أجرا أساسيا وقد تكون من ملحقات	-358
580	الأجر.....	
	لا تستحق العمولة إذا كانت من ملحقات الأجر إلا	-359
580	إذا تحقق سببها.....	
581	أمثلة من قضاء النقض.....	-360
581	(أ) عمولة البيع والتوزيع والتحصيل.....	-
584	(ب) عمولة الإنتاج.....	-
586	(ج) الأجر الإضافى.....	-
587	(د) عمولة الدعاية والترويج.....	-
	هل تدخل العمولة فى حساب حقوق العامل إذا	-
588	كانت من ملحقات الأجر؟.....	
588	أولاً: رأى الفقه.....	-361
589	ثانياً: اتجاه محكمة النقض.....	-362
589	أمثلة من قضاء النقض.....	-363
	1- عدم استحقاق العامل العمولة عن مدة وقفه عن	-
589	العمل.....	
	2- عدم استحقاق متوسط العمولة عن أيام	-
590	الإجازات الاعتيادية والمرضية.....	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-364	ثالثا: قضاء المحكمة العليا	592
-365	احتساب العمولة ضمن الأجر فى تطبيق أحكام القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار	
	قانون التأمين الاجتماعى	593
-366	صدور حكم نهائى بالعمولة يقيد المحكمة عند احتساب العمولة فى أى فترة لاحقة بأساس العمولة	
	التي انتهى إليه الحكم النهائى	593
-367	لا يجوز حرمان العامل من العمولة بسبب نقل تبعية القسم الذى يعمل به	594
-368	عدم استحقاق العامل العمولة إذا نقل إلى شركة لا تأخذ بنظام العمولة	595
-369	عدم استحقاق العامل العمولة إذا نقل إلى فرع آخر لصاحب العمل لا يأخذ بنظام العمولة	596
-370	التحقق من أن العمل الجديد الذى نقل إليه العامل مقرر له عمولة أم لا، لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض	597
-371	النسب المئوية التى تدفع إلى مستخدمى المحال التجارية	597
-372	رابعا: العلاوة التى تصرف للعمال بسبب غلاء المعيشة	598
-	1- المقصود بهذه العلاوات	598
-	2- العلاوة التى تقررت بسبب غلاء المعيشة	599
-373	خامسا: المنح والمكافآت التى تمنح للعامل	599
-374	المقصود بالمنحة	599

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-375	المقصود بالمكافأة.....	600
-376	متى تعتبر المنحة أو المكافأة جزءا من الأجر؟.....	603
-377	عدم اعتبار المنحة والمكافأة جزءا من الأجر إذا	
607	نص النظام الأساسي للعمل على ذلك.....	
-378	الشروط الواجب توافرها في المنحة أو المكافأة التي	
608	يجرى العرف على اعتبارها جزءا من الأجر.....	
-	(أ) عمومية المنحة أو المكافأة.....	608
-	(ب) استمرار المنحة أو المكافأة.....	609
-	(ج) ثبات المنحة أو المكافأة.....	612
-379	(د) إثبات العرف.....	615
-380	(هـ) المكافأة تدور وجودا وعدما مع سبب استحقاقها	616
-381	لا يجوز لرب العمل إلغاء المنحة أو المكافأة بإرادته	
617	المنفردة.....	
-382	لا يجوز لرب العمل إلغاء المنحة أو المكافأة إذا	
	كانت المنشأة لم تحقق ربحا أو منيت بخسارة أو	
618	أشهر إفلاس رب العمل.....	
-383	آثار اعتبار المنحة أو المكافأة جزءا من الأجر.....	618
-384	ما يصرف للعامل مقابل زيادة أعبائه العائلية وما	
620	شابه ذلك.....	
-385	الحكم في قانون العمل رقم 12 لسنة 2003.....	620
	مادة (684)	
-	الوهبة.....	622

الصفحة	الموضوع	رقم البند
622	المقصود بالوهبة.....	-386
622	الأصل في الوهبة أنها تبرعية.....	-387
623	شروط اعتبار الوهبة جزءا من الأجر.....	-388
623	1- أن يجرى العرف بدفعها.....	-
624	2- أن توجد قواعد تسمح بضبطها.....	-
625	هل يجوز أن تكون الوهبة هي كل الأجر؟.....	-389
626	كيفية توزيع الوهبة.....	-390
627	الوهبة في قانون العمل رقم 12 لسنة 2003.....	-391
629	2- أحكام العقد	-
	التزامات العامل	-
	مادة (685)	
629	الالتزامات التي تقع على العامل.....	-392
629	الالتزام الأول: أن يؤدي العامل. العمل بنفسه وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد	-
630	الالتزام الثاني: انتمار العامل بأوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في وظيفة العامل.....	-
632	الالتزام الثالث: أن يحرص العامل على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله.....	-
634	الالتزام الرابع: أن يحتفظ العامل بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد.....	-
635	المقصود بالإفشاء.....	-393
638		

الصفحة	الموضوع	رقم البند
639	مادة (686)	-
639	مادة (687)	-
639	التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل	-
639	التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء العقد	-394
640	الاتفاق على عدم المنافسة بعد انتهاء العقد	-395
641	الشروط اللازمة لصحة الاتفاق بعدم المنافسة	-396
644	أثر الاتفاق على عدم المنافسة	-397
646	إفادة الخلف الخاص لرب العمل من الاتفاق بعدم المنافسة	-398
646	هل يجب تقاضى العامل مقابلا للاتفاق بعدم المنافسة؟	-399
647	عبء إثبات توافر المصلحة المشروعة فى شرط عدم المنافسة	-400
648	إثبات مخالفة الاتفاق على عدم المنافسة	-401
648	النزول عن شرط عدم المنافسة	-402
648	تفسير شرط عدم المنافسة	-403
650	مادة (688)	-
650	اختراعات العامل	-404
650	المقصود بالاختراع	-405
652	حقوق العامل فى اختراعاته	-
652	الجانب الأدبى للاختراع	-406

الصفحة	الموضوع	رقم البند
652	الجانب المالى للاختراع.....	-407
653	(1) الاختراعات الحرة.....	-408
654	(2) اختراعات الخدمة.....	-409
657	(3) الاعتراضات العرضية.....	-410
658	تعقب اختراعات العامل بعد ترك الخدمة.....	-411
659	مادة (689)	-
659	قيام العامل بالالتزامات التى تفرضها القوانين الخاصة	-412
660	مادة (690)	-
660	زمان ومكان دفع الأجر للعامل.....	-413
660	وجوب مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة.....	-414
662	مادة (691)	-
662	حالة استحقاق العامل جزءا من الأرباح أو نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر.....	-415
663	مادة (692)	-
663	دواعى النص.....	-416
663	الأصل أن الأجر مقابل العمل.....	-417
664	استحقاق الأجر فى حالة المنع عن العمل لأسباب.....	-418
664	ترجع إلى صاحب العمل.....	-419
667	صاحب العمل هو المكلف بإثبات السبب الأجنبى...	-419

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-420	لا يشترط حضور العامل يوميا إلى مكان العمل.....	667
-421	استحقاق العامل الأجر عن كامل المدة التي يعمل فيها.....	667
-422	حق صاحب العمل فى تخفيض ساعات العمل.....	669
-423	ما يتقاضاه العامل يأخذ وصف الأجر.....	669
-424	استحقاق العامل الاحتياطى لأجره.....	670
-425	منع العمل لأسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل	670
-426	المنع من العمل بسبب الإضراب.....	671
-427	عدم سريان النص على العامل المفصول.....	672
-428	حكم قانون العمل رقم 12 لسنة 2003.....	672
-	مادة (693)	
-429	التزام رب العمل بما تفرضه القوانين الخاصة.....	673
-	3- انتهاء عقد العمل	
-	مادة (694)	
-430	انتهاء عقد العمل بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذى أبرم من أجله.....	674
-431	عدم الإخلال بأحكام المادتين 678 ، 679 مدنى.....	676
-	استقالة العامل.....	676
-432	تعريف الاستقالة.....	676
-433	شكل الاستقالة.....	677

الصفحة	الموضوع	رقم البند
677	الاستقالة تنتج أثرها بمجرد تقديمها.....	-434
679	استمرار العامل في العمل بعد تقديم استقالته.....	-435
679	إثبات الاستقالة.....	-436
680	خلو الاستقالة من عيوب الرضا.....	-437
680	التزام العامل المستقيل بمراعاة مهلة الإخطار.....	-438
680	عقد العمل غير محدد المدة.....	-
680	المقصود بعقد العمل غير محدد المدة.....	-439
682	إنهاء عقد العمل غير محدد المدة.....	-
682	تقرير مبدأ الإنهاء.....	-440
682	مدى تعلق إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة بالنظام العام.....	-441
683	يجب أن يسبق إنهاء العقد إخطار الطرف الآخر....	-
684	الحكمة من الإخطار.....	-442
684	مدى تعلق الإخطار بالنظام العام.....	-443
685	مضمون وشكل الإخطار.....	-444
687	مهلة الإخطار.....	-445
688	مهلة الإخطار ليست مدة تقادم.....	-446
689	مدى تعلق مهلة الإخطار بالنظام العام.....	-447
691	علاقة المتعاقدين أثناء مهلة الإخطار.....	-448
692	آثار انقضاء مهلة الإخطار.....	-449
694	مادة (695)	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
694	جزاء عدم الإخطار.....	-450
696	كيفية تحديد مقابل مهلة الإخطار.....	-451
699	مناطق استحقاق العامل لمقابل مهلة الإخطار.....	-452
699	مقابل مهلة الإخطار له صفة الأجر.....	-453
699	الفصل التعسفى	-
699	المقصود بالتعسف.....	-454
702	تقدير مبرر الإنهاء مسألة موضوعية.....	-455
707	العبرة فى التعسف بالظروف والملابسات القائمة وقت الإنهاء لا بعده.....	-456
708	إثبات التعسف.....	-457
710	تطبيق تشريعى للفصل التعسفى.....	-
710	الفصل بسبب وجود ديون على العامل أو حجوز وقعت عليه.....	-458
711	تطبيقات قضائية للإنهاء التعسفى من جانب صاحب العمل.....	-459
713	تطبيقات قضائية للإنهاء غير التعسفى من جانب صاحب العمل.....	-460
718	إنهاء العقد فى وقت غير لائق.....	-461
719	التعسف من جانب العامل.....	-462
719	جزاء الإنهاء التعسفى للعقد.....	-
719	حق المتعاقد المضرور فى التعويض.....	-463
723	استقلال التعويض المستحق عن تعويض مهلة	-464

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	الإخطار ومكافأة نهاية الخدمة.....	
724	طبيعة المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفى	-465
	آثار اعتبار المسؤولية المترتبة على الإنهاء التعسفى	-466
726	مسؤولية عقدية.....	
727	شروط استحقاق التعويض عن الفصل التعسفى.....	-467
729	كيفية تقدير التعويض.....	-468
	بطلان اتفاق العامل مقدما على النزول عن	-469
734	التعويض المستحق له عن فصله تعسفيا.....	
	تقدير التعويض من المسائل الواقعية التى يستقل بها	-470
734	قاضى الموضوع.....	
	وجوب تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا فى	-471
736	الحكم.....	
	الأجر ومقابل الإخطار والتعويض عن الفصل	-472
738	التعسفى يجمعها سبب قانونى واحد.....	
	عدم خضوع التعويض للضريبة على كسب	-473
739	العمل.....	
	يترتب على إنهاء عقد العمل انقضاء التزام صاحب	-474
739	العمل بأداء اشتراكات التأمين.....	
739	حكم قانون العمل رقم 12 لسنة 2003	-475
740	جزاء إنهاء العقد المحدد المدة قبل انقضاء مدته.....	-476
742	مادة (696)	-
742	الفصل التعسفى بطريق غير مباشر.....	-477
743	نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة.....	-478

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (697)	757
-479	عدم فسخ عقد العمل بوفاة رب العمل.....	757
-480	انفساخ العقد بوفاة العامل.....	757
-481	مرض العامل مرضا طويلا.....	759
-482	العجز الكلى أو الجزئى عن العمل.....	759
-483	وجوب مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة.....	760
-484	عدم انفساخ عقد العمل دائما بتجنيد العامل.....	761
-485	انقضاء الشركة بالاندماج.....	762
-486	تعريف الاندماج.....	762
-487	مزايا الاندماج.....	764
-488	التنظيم التشريعى لاندماج الشركات.....	765
-489	صورتا الاندماج.....	765
-	الصورة الأولى: الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع	
	أو الامتصاص.....	765
-	الصورة الثانية: الاندماج بطريق المزج أو الاتحاد...	767
-490	الاندماج فى القانون رقم 159 لسنة 1981.....	768
-491	لا يترتب على تأميم الشركة زوال شخصيتها	
	المعنوية.....	769
-	مادة (698)	772
-492	الحكمة من التقادم الحولى.....	772
-493	الدعاوى التى يسرى عليها التقادم.....	773
-494	هل يسرى هذا التقادم على دعاوى التعويض عن	777

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الفصل التعسفى؟.....	
-495	استثناء الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار من التقادم الحولى.....	780
-496	عدم خضوع الدعاوى الناشئة عن القانون رقم 79 لسنة 1975 (المعدل) بإصدار قانون التأمين الاجتماعى لهذا التقادم.....	781
-497	بداية مدة التقادم.....	782
-498	عدم توجيه يمين الاستيثاق.....	783
-499	المدة المنصوص عليها بالمادة 698 مدة تقادم وليست مدة سقوط.....	784
-500	بعض المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى قطع التقادم ووقفه.....	785
-	1- المطالبة القضائية التى تقطع التقادم هى التى تتعلق بالحق المراد اقتضاؤه وبين ذات الخصوم.....	785
-	2- المطالبة القضائية التى تقطع التقادم هى المطالبة الجازمة.....	786
-	3- علاقة العمل لا توقف التقادم.....	788
-	4- الشكوى المقدمة إلى مكتب العمل لا تقطع التقادم.....	789
-	5- اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة الجنائية لا يوقف التقادم.....	790
-501	تقدير المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا	790

الصفحة	الموضوع	رقم البند
791	لوقف التقادم يقوم على عناصر واقعية	-502
795	التقادم لا يتعلق بالنظام العام	-
	محتويات المجلد الثامن	

ته بحمد الله وتوفيقه المجلد الثامن

