

سلسلة العدالة في القانون المدني (٤٦)

# عقود المقااولات

## في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

تعريف المقاولة وأركانها - التزامات المقاول - مسئولية المقاول عن جودة مادة العمل إذا كان المتعهد بتقديدها - مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه - جزاء إخلال المقاول بالتزامه - تنفيذ المقاولة على وجه معيب - إثبات إخلال المقاول بتنفيذ التزامه - ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء - نطاق مسئولية المهندس المعماري - بطلان إعفاء المهندس والمقاول من المسئولية - الالتزام بتسليم العمل - تقادم دعوى الضمان - التزامات رب العمل - المقاولة من الباطن - التنازل عن المقاولة - جواز رجوع المقاولين من الباطن والعمال على رب العمل - انقضاء المقاولة - شروط التحلل من المقاولة - انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذها - تبعة الهلاك قبل تسليم العمل - التزام رب العمل عند انقضاء المقاولة بموت المقاول - عقد التزام المرافق العامة - التزامات ملتزم المرافق العامة - أنواع أخرى من المقااولات - عقد الإعلان - عقد النشر - العقد الطبي.

المستشار القانوني  
أشرف أحمد عبد الوهاب  
المحامي بالنقض والإدارية العليا

المستشار  
إبراهيم سيد أحمد  
رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى ٢٠٢٠

دار العدالة للنشر والتوزيع

٨٥ شارع محمد فريد - الدور (٥) - عابدين - القاهرة

Tel: 00202/23916135 - fax: 00202/23955271

WWW. ELADALAH.COM -002/ 01002551699

**اسم الكتاب :** عقود المقاولات  
**المؤلف :** المستشار القانوني / أشرف أحمد عبد الوهاب  
المحامي بالنقض والإدارة العليا  
**الناشر :** دار العدالة للنشر والتوزيع ٨٥ شارع محمد  
فريد - الدور (٥) - القاهرة  
Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271  
**حقوق التأليف :** جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع  
أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً  
للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.  
**الطبعة :** الأولى.  
**سنة الطبع :** 2020  
**رقم الإيداع :** 2020/3492  
**الترقيم الدولي :** 8 - 68 - 6647 - 977 - 978  
**الموقع :** www.ELADALAH.com  
**الإيميل :** eladalashrf@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله سبحانه وتعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝ ﴾

صدقة الله العظيم

قال العماد الأصفهاني...

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً من يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر..."



# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مُقَدِّمَةٌ

هذا الكتاب من سلسلة كتب العدالة في القانون المدني التي تتفرد بها دار العدالة للنشر والتوزيع، حيث نقوم في هذه السلسلة باستعراض كل موضوعات القانون المدني، وذلك تيسيراً لمهمة القاضي والمحامي والباحث في الاستعانة بأي من هذه الموضوعات التي تهمه، وتكون عوناً له في مجال عمله، وفي الوصول إلى الرأي الصحيح والمبدأ المستقر.

وهذا الكتاب رقم (٤٦) في سلسلة القانون المدني (عقود المقاولات) يتضمن شرحاً فقهياً وتعليقاً بآراء الفقهاء كما تضمنته أيضاً أهم المبادئ القضائية الحديثة التي أرسّت قواعد المحاكم المصرية والعربية. راجياً من ذلك أن أكون - بهذا الجهد المتواضع - قد أسهمت في إلقاء بعض الضوء على أهم قوانيننا ارتباطاً بالحياة والمعاملات. والله وحده المستعان... وهونعم المولى ونعم النصير،،،

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

٢٠٢٠/١/٢٣



## تعريف المقاولَة وأركانها

**النص التشريعي (مادة ٦٤٦) :**

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

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٤٥ لبيي و ٦١٢ سوري و ٨٦٤ عراقي و ٥٢٠ سوداني و ٦٢٤

لبناني و ٨٢٨ تونسي.

**الأعمال التحضيرية :**

يعرض المشروع، علاوة علي الأحكام العامة، لبعض الصور الخاصة للمقاولَة، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولَة ويذكر صورته المختلفة، مبيناً أنه قد يرد علي مقاولات صغيرة أو علي مقاولات كبيرة أو علي مقاولات تتعلق بالمرافق العامة، يعرض للقواعد العامة التي تنطبق علي كل أنواع المقاولات، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات.

ويلاحظ أنه لم يكن ممكناً أن يوضع إلي جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولَة. ولذلك اكتفي المشروع ببعض صورته الجارية، تاركاً للقاضي أمر تطبيقها وضبطها علي الحالات الخاصة؟ وقد عني المشروع - فيما إعتبره من القواعد العامة ببيان إلتزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب إنتهاء المقاولَة، فاستبقي فيها معظم أحكام التقنين الحالية (الملغي) وأضاف إليها أحكاماً جديدة. وفي

القواعد الخاصة عني ببعض أنواع المقاولات، ولاسيما مقاولات المباني، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالي (الملغي) من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن عن خلل للبناء في مدة عشرة سنين، ووضع أحكاما منظمة لهذه المسؤولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسؤولين وإرتفاعها بالقوة القاهرة، وجواز الإنفاق علي الإعفاء منها، وسقوطها بالنقد.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٥ - ص ٥ و ٦)

### رأي الفقه :

١ - يخلص من التعريف الوارد بنص المادة ٦٤٦ مدني أن لعقد

المقاوله خصائص، وأهمها:

(١) أن عقد المقاوله عقد رضائي - لا يشترط في انعقاده شكل معين، وأنه عقد ملزم للجانبين، ومن عقود المعارضة.

(٢) أن التراضي في عقد المقاوله يقع علي عنصرين اثنين: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر.

(٣) أن عقد المقاوله قد انفصل بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به في التقنين المدني الملغي، ولا يزالون مختلطين به في التقنين المدني الفرنسي، وهما: عقد الإيجار وعقد العمل.

ويتميز عقد المقاوله عن بعض العقود التي تلتبس به.

فهو يلتبس مع عقد الإيجار في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل ..... الخ. فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلا- في نظر الفقه المدني - عقد مقاوله واقع



علي ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل المياه للمستهلك. أما الفقه الإداري فيذهب إلي أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية بل هو مركز قانوني.

ويتميز عقد المقولة عن عقد العمل وإن كانا يردان علي العمل، فالمقاول يتحمل للتبعة ولا يتحملها العامل، والعامل يخضع لتشريعات العمل من حيث ساعات العمل والإجازات والأجر المقدر وإصابات العمل والفصل التعسفي دون المقاول فمعيار الخضوع. لإدارة رب العمل وإشرافه هو المعيار الذي أخذ به للتقنين المدني الجديد في التمييز بين عقد المقولة وعقد العمل.

ويتميز عقد المقولة عن الوكالة وإن كان كلاهما يردان علي العمل، ويؤديه كل منهما لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد المقولة هو عمل مادي **acte meteiel** بينما هو في عقد الوكالة تصرف قانوني **acte juridique** وينبني علي ذلك أن المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالاً. أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلي الموكل.

### والأهمية العملية للتمييز بين المقولة والوكالة، تظهر فيما يلي:

(أ) أن المقولة دائماً مأجورة، ومتي عين الأجر لا يملك القاضي كقاعدة عامة تعديله. أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة، والأصل فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد إتفاق صريح أو ضمني يقضي بأن يكون للوكيل أجر، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ مدني).

(ب) أن المَقاول لا يخضع لإشراف رب العمل وليس تابعاً له، ومن ثم فلا يكون رب العمل مسؤولاً عن المَقاول مسؤولية المتبوع عن التابع. أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفي هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع.

(ج) أن التصرفات التي يجريها المَقاول لا ينصرف أثرها إلي رب العمل، أما تصرفات الوكيل فإن أثرها ينصرف مباشرة إلي الموكل ولا شيئاً منها ينصرف إلي الوكيل.

(د) أن المَقاول مضارب، وهو معرض للمكسب والخسارة، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المَقاول وحده هذا الضرر. أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة. فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجراً مناسباً للعمل، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فإن الموكل يكون مسؤولاً عما أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً (م ٧١١ مدني).

(هـ) المَقاولة في الأصل عقد لازم، أما الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم، ويجوز عزل الوكيل أو تحييه في أي وقت.

(و) أن المَقاولة لا تنتهي بموت رب العمل أو بموت المَقاول إلا إذا كانت شخصيته محل إعتبار، وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل.

وقد نلتبس المَقاولة بالوكالة وبخاصة في العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي والأستاذ والمحاسب والمهندس، فالأعمال التي يقوم بها هؤلاء هي أعمال مادية في مجموعها لا تصرفات قانونية، إذ

أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعماري للتصميمات والرسوم والمقاييسات، كل هذه أعمال مادية، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاوله أو عقد عمل وليس عقد وكالة.

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاوله في الغالب إذ هو إتفاق بين الطبيب والمريض علي أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم، فالعلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملاً عقلياً، فهو إذن ليس بتصرف قانوني، ولكنه مع ذلك إلزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، وأنه لوحظت فيه شخصية الطبيب (م ٦٦٦ مدني)، وأنه غير لازم لا من جانب المريض ولا من جانب الطبيب فيستطيع كل منهما أن يرجع فيه. فالرأي الغالب في الفقه أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاوله، وإن اعتبرته الأقلية عقداً غير مسمي.

أما العقد مع المحامي فيقع علي خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، فتقديم المشورة وتحرير المذكرات والمرافعة الشفوية وتحرير العقود والمستندات أعمال مادية تسري عليها أحكام المقاوله، ورفع الدعاوى والطعون وتوجيه اليمين الحاسمة وردها وعقد الصلح بالمحكمة تصرفات قانونية تسري عليها أحكام الوكالة، وإذا خضع لإشراف عميله (كشركة أو مؤسسة) يكون العقد الذي ينظم هذه العلاقة عقد عمل، وإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المقاوله وجب ترجيح العنصر الغالب في أعمال المحامي وهو عنصر الوكالة وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاوله، فأجر المحامي عن أعماله المادية والقانونية مثلاً يكون خاضعاً لتقدير القاضي كما تقضي أحكام الوكالة (م ٢/٧٠٩ مدني).

وعلي العكس من ذلك العقد مع المهندس المعماري، فإن هذا العقد يقع هو أيضا علي خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، فيجمع بين أحكام المقاوله وأحكام الوكالة، ولكن عنصر المقاوله هو الغالب، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاوله، ومن ثم يكون أجر المهندس المعماري هي وضع التصميم والرسوم وعمل المقاييسات والإشراف علي التنفيذ، وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب، ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل وتسلم العمل من المقاول علي أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه، ويكون في هذه التصرفات القانونية نائبا عن رب العمل، ومن ثم تسري أحكام الوكالة.

أما فيما بين المقاوله والبيع، فإنه قد يقع أن يتعاقد شخص مع تجار علي أن يصنع له أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده وهذا ما يحصل في الغالب، أو أن يتعاقد شخص مع حائك علي أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده، فهل يبقي العقد في هاتين الحالتين وأمثالهما عقد مقاوله، أم يكون عقد بيع واقع علي شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلي النجار، والثوب بالنسبة للحائك؟

ذهب رأي- إلي أن العقد مقاوله دائماً والمادة المقدمة ليست إلا تابعة للعمل، وتكون المقاوله في هذه الحالة ملزمة للصانع يصنع الشيء المطلوب فتقع علي العمل، وهي في الوقت ذاته تقع علي الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته إلي رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاوله.

نقول بأن المقاوله تنقل ملكية الشيء المصنوع إلي رب العمل مع بقائها مقاوله يجعل للمقاوله طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقدا يرد علي العمل ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقاوله قد ترد

علي الملكية فتتقلها، وهي إذا وردت علي الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر، وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعا إذا كان المقابل نقودا، أو إلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود. ولكن ليس معني ذلك أن تبقي مقالة محصنة فيما تناولته المادتان ٢/٦٤٧ و ٦٤٨ مدني ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقالة بعقد آخر هو الذي يقع علي المادة دون العمل، ويصح القول مع ذلك إن المقول هو الذي قدم المادة، ويكون له بذلك دوران دور البائع الذي قدم المادة، ودور المقول الذي قدم العمل.

وذهب رأي ثان - إلي القول بأن العقد هو بيع شيء مستقبل، وهذا الرأي لا يدخل في الإعتبار أن المقول إنما تعاقدا أصلا علي العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل. ولو كان المقول قصد أن يبيع شيئا مصنوعا، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئا يكون قد صنعه قبل العدد، وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد كيف علي أن بيع لا شيء مستقبل بل شيء حاضر.

وذهب رأي ثالث - إلي أن العقد يكون مقالة أو بيعا يحسب نسبة قيمة المادة إلي قيمة العمل. فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة فالعقد مقالة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل (كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة) فالعقد ببيع ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلي جانب قيمة العمل حتى لو كانت أقل قيمة منه، فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقالة، سواء كانت أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع علي المادة

وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاوله علي العمل وينطبق أحكامها عليه.

وتشتبه الوديعة المأجورة بالمقاوله، إذ المودع عنده في هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير، هو حفظ الشيء المودع، لقاء أجر معلوم، فتقترب الوديعة من المقاوله، ولكن المودع عنده حتى في الوديعة المأجورة ليس بمضارب ولا ينبغي الكسب من وراء الأجر بخلاف المقاول. علي أن هناك من الودائع المأجورة ما يقرب من المقاوله إلي حد بعيد، وذلك فيما يدعي بعقود الحفظ **contrats de garde** المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضاربا يبغي الكسب، وذلك كالمصرف الذي يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمينه **location de coffres=forts** وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلي السيارات التي تودع عنده.

وهناك عقود مقاوله تتضمن الوديعة، مثل أن يدفع شخص بسيارته إلي جراج لإصلاحها، فصاحب الجراج في تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاوله، وهو في نفس الوقت ذاته يحفظ السيارة في الجراج المدة اللازمة لإصلاحها، فتكون مسئوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده. ومثل ذلك أيضا أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التي يستخدمها هذا الأخير في العمل، فيكون العقد مقاوله بالنسبة إلي العمل ووديعة بالنسبة إلي المادة التي قدمها رب العمل. ويذهب كثير من الأحكام في فرنسا إلي أن عقد الوديعة يجتمع في هذه الحالة مع عقد المقاوله وتسري علي كل منهما أحكامه.

ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاوله فقط، وهي بطبيعتها تتضمن إلتزاما بحفظ الشيء الذي يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل، ويكون مسئولا عن ضياعه بإعتباره مقاولا بإعتباره مودعا عنده،

إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاول لا من عقد وديعة مقترن بها. وقد نصت المادة ٦٨٥ مدني صراحة علي هذا الإلتزام بالحفظ في عقد العمل، فأوجبت علي العامل: "..... (ج) أن يحرص علي حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله.....".

ويمكن القول بأن هذا الإلتزام موجود أيضا في ذمة المقال إذا ما تسلم شيئا من رب العمل لتأدية عمله. وإنما يوجد عقد الوديعة إذا إنتهي المقاول من عمله ودعا رب العمل إلي تسلم الشيء فلم يتسلمه، وبقي الشيء في حفظ المقاول، فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة، أو إذا كان العقد هو في الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات في جراج عام ويتضمن القيام بأعمال ثانوية لا تحوله إلي مقاوله لتنظيف العربات وغسلها كل يوم.

ويميز الشركة عن المقاوله هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الإشتراك في نشاط ذي تبعة هي نية تكوين الشركة، أو إرادة كل شريك بي أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي علي قدر من المخاطرة. أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة، بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره علي هذا العمل. إن وجود نية تكوين الشركة - ليكون العقد شركة - أو إنعدام هذه النية - ليكون العقد مقاوله - مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاوله إلي أخرى إختلافاً بينا ويتنوع تنوعاً كبيراً. ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواح مختلفة: من ناحية طبيعة العمل، ومن ناحية حجمه، ومن ناحية نوعه.

(أ) فمن ناحية طبيعة العمل - قد يكون العمل غير متصل بشيء معين، بل هو مجرد عمل مادي (كنقل الأشخاص، والطبع والنشر والإعلان) أو فني

(كالرسم، والنحت، والنقش، والتصوير، والتمثيل)، أو علمي (كالمرافعة، والعلاج، والمحاسبة)، أو أدبي (كالتأليف، والمحاضرة، والتدريس). وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين، وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بعمل فيه (كبناء يرممه أو يعدل فيه أو يهدمه - وكحوائط يدهنها - وكأثاث يحدده - وكسيارة يصلحها).

(ب) ومن ناحية حجم العمل - فإن المقاولات تتدرج من صغيرة إلى كبيرة كالأمثلة السابقة.

(ج) ومن ناحية جنس العمل - فهناك من المقاولات ما أصبح معروفاً بإسم خاص لإنتشاره، فهناك مقاولات للبناء. المعينة أساساً بالقواعد العامة لعقد المقولة).

(الوسيط - ٧ - مجلد ١ - للدكتور عبد الرازق السنهوري طبعة ١٩٦٤ - ص ٥ وما بعدها)

### ٣ - للفرقة بين المقولة والوكالة، أهمية من الوجوه التالية:

(١) أن صفة المقاول يترتب عليها غالباً صفة التاجر، ولكن صفة الوكيل لا يترتب عليها ذلك.

(٢) أن الأصل في الوكالة أنها بدون مقابل، بخلاف عقد المقولة فإنه من عقود المعاوضة. ولكن قد يكون الوكيل مأجوراً، وحتى في هذه الحالة يكون الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ مدني)، أما أجر المقاول فلا يخضع لذلك.

(٣) أن المقاول، خلافاً للوكيل، لا يعتبر تابعاً بالمعني الوارد في المادة ١٧٤ مدني، فلا يترتب علي الرابطة التي تربطه برب العمل أن يكون رب العمل مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه بعمله غير المشروع.

(٤) أن المقاول يتحمل الخسائر الناجمة عن عمله، ولا يلزم رب العمل بأي تعويض عن الحوادث التي تقع. أما الوكيل فبمقتضى المادة



٧١١ مدني يكون الموكل مسئولاً عما يصيبه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً.

(٥) أن الوكيل يلزم الموكل مباشرة بالأعمال التي يباشرها باسم الموكل في حدود وكالته، ويستطيع الغير الذي تعامل معه أن يرجع علي الموكل أما رب العمل فأجنبي عن التعهدات التي يلتزم بها المقاول، وأنه وإن كان للعمال الذين يستغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بمقتضى المادة ٦٦٢ مدني، فإن حق المطالبة هذا لا يكون إلا في حدود القدر الذي يكون مدينا به المقاول وقت رفع الدعوى. أما بالنسبة إلي الباقي فإنه يكون بمأمن من دعوى مطالبته.

وفي التفرقة بين المقولة والبيع، فإنه لا محل لبحث ذلك إذا كان الأمر متعلقاً بعمل يؤدي علي شيء موجود، ولكن محل هذا البحث أن يكون محل العقد صنع شيء جديد، وفي هذه الحالة يمكن التساؤل عما إذا كان هناك بيع شيء مستقبل، والجواب بالنفي إذا كان العامل أو المقاول لا يقدم إلا عمله وكانت المواد مملوكة لرب العمل، ولكن إذا كان المقاول هو الذي يقدم المواد، فقد اختلف الرأي في فرنسا:

فذهب رأي - علي أن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً، وأخذت بهذا الرأي بعض الأحكام هناك.

وذهب رأي آخر - في الأحكام إلي القول بأن هناك عقد مقولة. وذهب رأي ثالث - إلي تطبيق قاعدة أن التابع يلحق الأصل - توفيقاً بين الرأيين السابقين - فالعقد الذي بمقتضاه يتعهد شخص بأن يصنع شيئاً مع تقديم المادة يكون في الغالب بيعاً، ولكنه لا يكون كذلك إذا كانت المادة قليلة الأهمية بالنسبة للعمل الذي يؤديه.

ويؤيد الدكتور محمد كامل مرسي الرأي القائل بأنه يوجد في الواقع عقد مختلط مكون من عقدين مختلفين جمعتهما عملية إقتصادية واحدة، فالعقد الذي يقدم فيه العامل المادة هو في نفس الوقت مقاوله وبيع. (العقود المسماة جزء ٤ الدكتور محمد كامل مرسي- طبعة ١٩٥٣ ص ٤٧١ وما بعدها)

● **تعريف عقد المقاوله:** لقد عرفت المادة ٦٤٦ مدنى عقد المقاوله أنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. على أن أحكام المقاولات ليست مقصورة على المقاولين، بل تسرى على العمال والصناع، إذا كانوا يؤدون أعمالهم بالمقاوله، كالتجارين والنائين والخياطين، كما أن هناك التزام المرافق العامة وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد الإعلان، وعقد النشر، وعقود المهن الحرة وعقد النظارة (محمد كامل مرسي العقود المسماة - الجزء الرابع الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م ص ٤٧٢ وما بعدها) ويعرف بعض الفقهاء عقد المقاوله بأنه " عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر فى مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته (محمد لبيب شنب ص ١٢ وما بعدها) ويعد هذا التعريف أكثر دقة من التعريف الذى جاءت به المادة ٦٤٦ مدنى وذلك لإبرازه الخاصية الأساسية لعقد المقاوله بتلك الخاصية التى تميزه عن عقد العمل - كما سيأتى بيانه فيما بعد وهى خاصية استغلال المقاول عن رب العمل فى تنفيذه لعقد المقاوله دون الخضوع لإشراف أو إدارة رب العمل.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاوله 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 التجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ... وأن الطاعنة استصدرت ترخيصاً باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال التجارة 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 مقاوله، ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاوله المشار عليها رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد فنه يترتب على هذا التماسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق الشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده، وحق الشركة الطاعنة أن يسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاوله ونفاذا له لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين أنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت له من ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالح بمبلغ رغم عدم وجود رصيد له فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق فى اسباب التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه" (طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٧٩).

#### • خصائص عقد المقاوله: مما تقدم يتبين لنا أن عقد المقاوله يتميز

بعده خصائص أهمها ما يلى: ١- عقد المقاوله من عقود التراضى لا يشترط فى انعقاده شكل معين ومن ثم يجوز إبرامه بالكتابة أو مشافهة بل أن الكتابى، لا ضرورة لها إلا فى الإثبات وفقا للقواعد العامة. ٢- كما أنه

عقد ملزم للجانبين ويعتبر من عقود المعارضة لأن كلاً من طرفيه تقتضى مقابلاً لما يعطى، فالمقاول لا يضع الشئ ولا يؤدي ما ينط به عمل بنية التبرع، بل اقتضاء الأجر من رب العمل، كذلك فإن الأخير يدفع الأجر إنما يقتضى به العمل وهكذا تتوافر لدى الطرفين فه أخذ المقابل لما يعطى. ٣- يقع التراضي في عقد المقاوله على عنصرين اثنين: الشئ المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذى يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر. ٤- عقد المقاوله عقد وارد على العمل: لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته ويرد عقد المقاوله على عمل مادي وهو صنع شئ أو أداء عمل، وهذا هو الأمر الغالب فى عقد المقاوله، ولا يقلل من هذا الرأى أن يؤدي المقاول أو المهندس المعماري أحيانا أعمالاً ذهنية لازمة لأداء عمله، كإجراء الحسابات التى يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها، كذلك فقد يتضمن أداء كل منهما تصرفاً قانونياً، كنقل ملكية المواد أو الأشياء التى يقدمها - واللازمة لتنفيذ العمل - على رب العمل. وأيضاً فإن المهندس المعماري الذى قد يقتصر عمله على وضع التصميم، وإجراء المقاييسات اللازمة للمشروع فإن أعماله هذه - رغم بروز الجانب الذنى فيها - تعتبر أعمالاً مادية - كما سنرى - وذلك بالتبعية للأداء الرئيسى ف عقد المقاوله وهو ما يكون فى الغالب الأعم عملاً مادياً، والأحكام إنما تبني على الغالب (عبد الرزاق حسين ص ٨٦)

#### • تمييز عقد المقاوله عن غيره من العقود: خصائص عقد المقاوله والتى

سبق ن ذكرناها تجعله يتميز عن العقود الأخرى، ومع ذلك فقد يلتبس عقد المقاوله ببعض العقود الأخرى.

• **عقد المقاولة وعقد العمل:** كثيراً ما يتم الخلط بين عقد المقاولة عقد العمل خاصة وأن التشريعات التي تسرى بصدد عقد العمل تخالف الأحكام التي تسرى بصدد عقد المقاولة التي تناولها القانونى المدنى، وقد قضت محكمة النقض فى ١٥/١٢/١٩٣٩ بأن مسئولية المخدم عن أعمال خادمة لا تقوم على مجرد اختياره بل هى فى الواقع قوامها علاقة التبعية التى تجعل للمخدم أن يسيطر على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات، وإذن فمالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل. ومعيار التفرقة، هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه، فالمقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعا لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع، أما فى عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها فى حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثم يعتبر العامل تابعا لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع (أنور طلبه ص ٤٢٧) وتطبيقاً لهذا المعيار يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولاً إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شئ معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل، لا يخضع لإشرافه وكلا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور فى العقد وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقاولاً، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل

وتحت إدارته، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الإنتاج، ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاوله، لأن الفنانين مهما كان الأمر فى استقلالهم الفنى يتلقون تعليمات صاحب الملعب فى عملهم وعليهم أن ينفذوها، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه، وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة والصحفى الذى يعمل فيها هو عقد عمل، ما دام الصحفى يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه، أما إذا تعاقد شخصى مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالاً فى موضوع نعين لقاء أجر معلوم، فالعقد مقاوله، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقاولات فى مواعيد منتظمة ما دام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة، والطوافون والممثلون التجاريون والجوابون ومنسوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين فى هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاوله، ولو كانوا مأجورين بطريق العمال أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، ما دام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته. وهناك معايير أخرى للفرقة بين عقد المقاوله وبين عقد العمل ظهرت فى الفقه إلا أن هذه المعايير أصبحت مرجوحة ونشير إليها استكمالاً للبحث. فقد ذهب رأى إلى أن معيار الفرقة 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 مثلاً، أو بمعنى آخر بينما يلتزم العامل ببذل

عناية فإن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة. وقد استمد بعض الفقهاء من هذا المعيار معياراً آخر هو طريقة تحديد الأجر فذهبوا إلى أنه في عقد العمل يتحدد أجر العامل على أساس زمنى كالיום أو الأسبوع أو الشهر أما فى عقد المقاولة إن أجر المقاول يتحدد وفقاً لأهمية النتيجة التى يحققها. ولكن إذا كان هذان المعياران يصدقان فى كثير من الصور، فهما لا يصدقان فى شأنها جميعاً ولا يعتبران بالتالى حاسمين فى التمييز بين العقدین، 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 مقولاً كما أن بعض من يعتبرون مقولين قد لا يلتزمون بتحقيق نتيجة ونما يبذل عناية دون أن يعتبروا بذلك عملاً، كما فى علاقة الأطباء بمرضاہم (الدكتور حسن كیره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص ١٣٣ وما بعدها - الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص ١٢٧ وما بعدها) وذهب رأى آخر إلى القول بأن معيار التفرقة بين العقدین 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 موجهاً إلى الكافة فإن العقد يكون عقد مقاولة، وبناء على هذا المعيار يعتبر الطبيب مرتبطاً بعقود مقاولة فى علاقاته بعملائه من الجمهور، بينما يعتبر مرتبطاً بعقد عمل إذ التزم بالخدمة فى إحدى المستشفيات - ولكن ذا المعيار بدوره ليس دقيقاً 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 خاضعاً لرقابته وإشرافه، على العكس قد

يعرض الشخص خدماته على الكافة ومع ذلك يعتبر عاملاً لا مقولاً ومثال ذلك من تقمن بأعمال النظافة وغسل الملابس في بعض المنازل (حسن كيرة ص ١٣٥ وما بعدها - عبد الودود يحيى ص ١٢٨ وما بعدها) ولذلك حاول بعض أنصار الرأي السابق تصحيحه بالاعتماد في تكيف العقد على مدى استمرار الروابط بين طرفيه، بحيث يوجد عقد مقولة إذا كانت الرابطة بين الطرفين تنتهي بتقديم العمل، بينما يوجد عقل عمل إذا استمر من يؤدي العمل بعد الفراغ منه في خدمة نفس صاحب العمل. وهذا المعيار معيب بنوره لأن الطبيعة القانونية للعقد لا ترتفع بمدى استمرار الروابط بين أطرافه، فضلاً عن أن هذا المعيار يعود بنا إلى الرأي القائل أن العامل يلتزم ببذل عناية والمقاول يلتزم بتحقيق نتيجة وقد أخذ التقنين المدني الجديد بمعيار التبعية، حيث عرف عقد المقولة بالمادة ٦٤٦ مدني بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء آخر يتعهد به المتعاقد الآخر " فإذا انتقل إلى عقد العمل يعرفه في المادة ٦٧٤ مدني بأنه الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذي أخذ به التقنين المدني الجديد في التمييز ما بين المقولة وعقد العمل وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً في الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدني، إذ يقول " تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوائف والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب العمل، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم ".



### وقد قضت محكمة النقض بأن: " وحيث إن هذا النعى مردود بأن المادة

٦٧٤ من القانون المدنى تنص على أن " عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " وأن المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ تنص على أن " تسرى أحكام هذا القانون على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه وفى مقابل أجر " ومؤدى هاتين المادتين أن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجراً 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 ما بنفسه أو بواسطة رئيس عماله إشرافاً مهنيّاً كاملاً 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 رئيساً للطاقم أو بطريقة غير مباشرة إذا كان المخالف أحد المساعدين - وأن التحقيق أثبت أن أجر العامل ارتفع تباعاً ابتداء من سنة ١٩٣٩ 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 قروضاً عند حاجتهم لها ويعطيهم إجازات سنوية مدفوعة كما أن كثيراً

من أصحاب المصانع جروا على صرف مكافآت نهاية الخدمة للعمال المفصولين، كما أن الأجر ازداد تباعاً تمشياً 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 وتأويله - أما ما أورده الحكم لتدعيم وجهة نظره بما يحدث فيه عن عيار الاقتصادي لتعرف حقيقة التكيف القانونى 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 لم يضاف على رافعى النزاع صفة المقاول أن صناع الأحذية يستخدم من باطنه عملاً آخرين هم مساعدوه يأخذون أجورهم منه وعلاقتهم به علاقة مباشرة ولا يتدخل رب العمل فى ذلك مطلقاً 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 يملون داخل مصنعه وتحت إشرافه كما أن الأجر الذى يدفعه هو أجر الوحدة الذى يوزع على العامل ومساعديه - وفى ان 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 تمشياً مع عرف صناعة معينة وهذا لا يضاف عليه صفة المقاول، كما أن عمله بآلاته الخاصة لا يدل على شئ فكثير من العمال فى الصناعات المختلفة يعملون بآلاتهم الخاصة التى اعتادوا الشغل بواسطتها خصوصاً عندما تكون تلك الآلات صغيرة الحجم قليلة القيمة كما هو الحال فى صناعة الأحذية - أما أن العامل يشترك فى

مصاريف صنع الحذاء بتحملة ثمن المسمار والغراء والدوبارة 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 صناع الحذاء يزيد تبعا لزيادة هذه المصاريف ولزيادة الغلاء بالنسبة للعامل وهذا يفهم منه أن صاحب العمل هو الذى يتحمل هذه المصاريف فى الحقيقة وأنه لجاء لهذه الطريقة توخياً للاقتصاد ولكى لا يسرف العامل فى استهلاك تلك المواد " وهذا الذى أورده القرار لا يعثره قصور - هذا فضلا عن أنه لا على الهيئة غز 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 التى يمثلها المطعون عليه وفى ذلك ما يكفى لحمل القرار المطعون فيه " (طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٧/٤/٤) وبأنه " المناطق فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاوله وغيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ 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 رم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ بأن " عقد العمل هو الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه فى مقابل أجر " وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية. .. إلخ " (طعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٣/٢/١٣) وبأنه " تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاوله أو غيره من العود هو بتوافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل

لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى بقولها إن عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة العاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " وما نصت عليه كذلك المادة ٤٢ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بأنه " العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل أن يشغل تحت إدارة صاحب عمل وإشرافه مقابل أجر " (طعن رقم ٧٧٥ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٨٢/٦/١٠) وبأنه " النص فى عقد النزاع على أن (يقوم بمهمة التدريب والإشراف الفنى والإدارى الكامل على الفريق الأول لكرة القدم فى المدة من... إلى... نظرا لما يتمتع به من الكفاءة فى التدريب والسمعة الطيبة على أن تكون له كافة الصلاحيات والاختصاصات فى اختيار الأجهزة الفنية والإدارية والطبية المعاونة له وقيد اللاعبين والاستغناء عنهم دون تدخل فى هذه الاختصاصات وتلك الصلاحيات من جانب أحد وخلو العقد من تقرير أى حق للنادى فى توجيه التدريب أو الإشراف الفنى والإدارى المعهود به إلى الطاعن أو فى الإشراف على طريقة قيامه بهذا العمل يدل على انتفاء عنصر التبعية القانونية فى هذا العقد وأنه عقد مقاوله وليس عقد عمل، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام على اعتبار أن العقد عقد عمل وأن من حق رب العمل تنظيم العمل فى منشآته فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (جلسة ١٩٩٠/١/١٦ الطعن رقم ٣٠٧٠ لسنة ٥٧ ق) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى خصوص تكيف العلاقة بين الطاعنين والمطعون عليهما على ما قرره وكيل الطاعن أمام مكتب العمل من أنه استغنى عن خدماتها لعدم حاجة العمل إليهما وعلى أن الفارق الوحيد بين عقدى العمل والمقاوله هو وجود حق الإدارة والإشراف فى العقد الأول وانعدامه فى العقد الثانى

وكانت هذه التقارير التى عول عليها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يكشف عن حقيقة العلاقة القائمة بين الطرفين وأنها علاقة عمل استكملت عناصرها القانونية مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، فإنه يكون معيباً بالقصور مما يستوجب نقضه (جلسة ١٩٦٢/٣/٢١ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٧ ق س ١٣ ص ٣٢٤) وبأنه " 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 مستنداً 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 التي ترى تكليفه فيها في الدفاع " فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه أو شابه قصور يعيبه إذ هي تقارير سائغة تكفي لحمله - ولما تقدم يتعين رفض الطعن " (طعن رقم ٩٥ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩).

**كما قضت بأنه:** " تبعية العامل لرب العمل ي عنصر جوهرى فى عقد العمل، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى انتفاء هذه التبعية استناداً 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 فى أسبابه أقوال هؤلاء الشهود أو يبين هذه المستندات ومضمونها وكيف استقى منها هذه الحقيقة التى قام عليها فإن ذلك يعد قصوراً مبطلاً للحكم إذ لا يمكن معه تعيين الدليل الذى أقامت عليه المحكمة اقتناعها والتحقق من أنه يفضى إلى النتيجة التى انتهت إليها " (طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٢ يناير ١٩٧٤) وبأنه " مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاوله 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 ٦٧٤ من التقنين المدنى وكذا المادة ٢٤ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية. ... إلخ " (طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤١ق - جلسة ١٥/٤/١٩٧٦) وبأنه " المناطق 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 ٦٧٤ 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 ٤٢ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ 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 ١٥٢ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨١/٢/٨) وبأنه " تكييف عقد العمل وتمييزه عن غير من العقود. مناطه. توافر عنصر التبعية. المادتان ٦٧٤ مدنى / ٢٩ ق ١٣٧ لسنة ١٩٨١، ظهور التبعية فى صورتها التنظيمية أو الإدارية. كاف لتحقيقها " (طعن رقم ٤٣٧٣ لسنة ٦٨ ق - جلسة ١٩٩٩/٦/١٣)

**كما قضت المحكمة الإدارية العليا 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 مقصراً 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 " (طعن رقم ٦٥٠ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٧٤/١١/٩).

• **عقد المقاولة وعقد الإيجار:** يتميز عقد المقاولة عن الإيجار فى أن عقد المقاولة يرد على العمل، أما الإيجار فيزد على المنفعة فقد نصت المادة ٥٥٨ مدنى على أن الإيجار عقد يلزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن

المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ؟ غير أن المقولة قد تلتبس بالإيجار فى عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك، فيمكن القول أن العقد مقولة 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 يقوم بذلك. وهذا ما يذهب إليه رجال الفقه المدنى أما رجال الفقه الإدارى فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية، بل هو مركز قانونى منظم.

• **عقد المقولة وعقد الوكالة:** عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وإذا كان يبين مما تم الاتفاق عليه فى العقد - موضوع الدعوىين الأصلية والفرعية - أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصر عقد المقولة، إذ وقع التراضى بينهما على الشئ المطلوب من المطعون عليه صنعه، وهو إقامة المبنى والأجر الذى تعهد عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين، أو بوصفه تابعا لهما أو نائباً عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به فى كلا العقدین لم يتجاوز العمل المادى وهو محل المقولة فى حين أن محل الوكالة هو دائماً تصرف قانونى - على ما أفصحت عنه المادة ٦٩٩ من القانون المدنى - فإنه لا يصح اعتبار العقدین سالفى الذكر عقدي وكالة، ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار على الشيوع، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدین، وأن تضاف على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصهما فى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام عقدي مقولة، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وكيف العقدین بأنهما عقدا وكالة



وأقام قضاءه فى الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (نقض ١٩٧٢/٣/٩ طعن ١٤٣ س ٣٧ ق)

• **وتظهر أهمية التمييز بين المقولة والوكالة فيما يأتى: ١- المقولة**

فى الأصل عقد لازم أما الوكالة فهى فى الأصل عد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه فى أى وقت. ٢- المقولة تكون دائماً مأجورة، ومتى عين الأجر لا يملك القاضى كقاعدة عامة تعديله، أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة، والأصل بها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى يقضى بأن يكون للوكيل أجر، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضى (م ٧٠٩ مدنى). ٣- لما كان المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعاً له، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع، أما الوكيل فيعمل فى كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفى هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولاً عن مسئولية المتبوع عن التابع ". ٤- لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل، فإن التصرفات التى يجرىها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل، وإذا كان هذا الأخير مسئولاً نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تتجاوز القدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٢٢ مدنى) أما الوكيل، لأنه ينوب عن الموكل، فإنه يلزمه بتصرفاته، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل، ولا شئ منها ينصرف إلى الوكيل. ٥- المقاول مضارب، وهو معرض للمكسب والخسارة، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر، أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة، فهو أما أن يقوم بعمله تبرعاً

وإما أن يأخذ أجراً مناسباً للعمل، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد نصت المادة ٧١١ مدنى بأن " يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل عن ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ". ٦- لا تنتهى المقاوله بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل "

• **عقد المقاوله والبيع:** يتميز المقاوله عن البيع فى أن المقاوله أو محل العمل أما البيع مبنى على الملكية، فإذا بنى المقاول فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاوله أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك، فالعقد بيع، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٧ مدنى على أنه " يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله " ولا شك فى أن العقد فى هذه الحالة - إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله - يتمحض عقد مقاوله لا شبهه فيه وإنما تقوم الشبهه فى الفرض الآخر الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى، إذ تقول: " كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده، وهذا ما يحصل فى الغالب ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده، والرسام يقدم عادة القماش والمادة التى يصور بها فيتعاقد على العمل والمادة معاً، وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاقد على العمل والمادة فهل يبقى العقد فى الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاوله، أو يكون عقد بيع واقع لى شئ مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار والثوب بالنسبة إلى الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى

صانعتها"، وقد انقسمت الآراء في هذه المسألة على النحو التالي: فذهب رأى إلى أن العقد مقالة دائماً، ذلك أن المادة التي يوردها المقاول ليس إلا تابعه للعمل لأن التزام المتعهد هو القيام بعمل معين، صنع الشيء المطلوب منه وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد وفى بالتزامه وإذا كان يترتب على صنع الشيء أن يملكه رب العمل فذلك لا يعنى أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية وأنه بالتالى عقد بيع فتملك رب العمل للشيء الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح وكذلك المقولة إذا اتخذت صورة الإستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول (محمد لبيب ص ٢٢) وذهب رأى ثان إلى أن العقد هو عقد بيع لشيء مستقبل وهذا الرأى لا يدخل فى الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلاً على العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد وهو إذا فعل ومثل فيه رب العمل ذلك فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع لا لشيء مستقبل بل لشيء حاضر (عبد الرزاق السنهورى الجزء السابع من الوسيط المجلد الأول ١٩٨٩ ص ٣٣ وما بعدها) بينما ذهب رأى ثالث إلى أن العقد يكون مقالة أو بيعاً حسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة كالرسم يورد القماش أو الورق الذى يرسم عليه، والألوان التى يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسم، فالعقد مقالة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة، فالعقد بيع.

### وقد قضت دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات بالمحكمة الإدارية

**العليا بأن** " ومن حيث إن عقد المقاولة 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 مزيجاً من البيع والمقاولة فيقع البيع على المادة وتقع المقاولة على عنصر العمل " (طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٥ ق عليا - جلسة ٢٠٠٠/٦/٤)

#### • وتظهر أهمية التفرقة بين عقد المقاولة وعقد البيع فيما يلى :

**أولاً:** أن عقد البيع ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة أما عقد المقاولة فيحوز فيه لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل غتمامه على أن يعوض المقاول (م ٦٦٣ مدنى)

### 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 ٦٦٣ مدنى أو شابه قصور فى التسبيب " (طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

### **ثانياً:** أنه 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 باطلاً، وذلك بعكس الحال فى المقاولة 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 ٦٠٩ مدنى).

**ثالثاً:** أن للبائع حق امتياز على البيع ولو كان منقولاً، أما في المقولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) (محمد عبد الرحيم ص ٣٧)

**رابعاً:** أن في البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم أعمار المشتري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ١/٤٥٨ مدنى) أما في المقولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من اليوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة.

• **عقد المقولة والقرض:** القرض عقد يلتزم به المقترض، ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود على أن يرده المقترض عند نهاية القرض، بينما المقولة عقد يتعهد بمقتضاه المقاول أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر. وقد يتم منح القرض و دفع أجر المقولة بموجب شيك، وحينئذ يجب تكييف هذه العلاقة وفقاً للغرض من إصدار الشيك، فإن انصرف إلى الإقراض لشراء معدات باسم المقترض ولمصلحته الشخصية وأشغاله الخاصة، كان العقد قرضاً أما إذا انصرف لشراء معدات تتطلبها أعمال المقولة التي تسلم بعد إتمامها لرب العمل، كان الشيك وفاء لثمن المواد التي تتطلبها المقاول وليس قرضاً (أنور طلبه ص ٤٣٢).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقولة 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 تعاقداً مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع في مبنى إدارة الشركة بطناً لقاء مبلغ. ... وأن الطاعنة استصدرت ترخيصاً 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 التكييف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاوله، ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاوله 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 يسرد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاوله ونفاذا له، وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثن 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 أسباغ التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه" (نقض ١٩٧٩/١٢/١٠ طعن ٤٩٧ س ٤٥ق).

● **عقد المقاوله والشركة:** لقد عرفت المادة ٥٠٥ مدنى عقد الشركة بأنه الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم ف مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة " ويتضح 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 " للاسترداد أو نحو ذلك، فيدخل الشريك بهذا العمل له فى الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة. وهنا قد تلتبس المقاوله 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 معيناً، أو حتى نسبة فى أرباح الشركة دون أن يشارك فى الخسارة، فالعقد فى هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقولة، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة، والتزمت الشريك أن تعطى المقاول أجرا على ذلك (السنهورى ص ٣٩) 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، غدا لا يريد أن يتحمل تبعه المخاطرة وهى الخسارة، بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل دون أن يساهم فى الأرباح أو الخسائر. ووجود نية تكوين الشركة - وكون العقد شركة أو انعدام هذه النية - وكون العقد مقولة مسألة واقع ستقل بتقديرها بتقريرها قاضى الموضوع (قدرى الشهاوى ص ٤٣)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن تكييف 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 سائغا ولا يخالف الثابت بالأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر للعقد " وبأنه " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقولة بأنها عقدي تعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى 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

التجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ وأن الطاعنة استصدرت ترخيصا باسمه 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 التكييف القانونى للعقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاوله، ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى يلتزم بها بموجب عقد المقاوله المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة تلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاوض إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق الشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاوله نفاذا له، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بوجبه المطعون ضده من 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 التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه " (طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٧٩ )

#### • عقد المقاوله والوديعة: المقاوله ترد على عمل يقوم به شخص لآخر

أما الوديعة فتد على نوع معين من العمل هو حفظ الشئ لمصلحة المودع ورده إليه عيناً، والأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر (م ٧٢٤ مدنى) وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافئ ما بذله المودع عنده من جهد من حفظ الوديعة دون أن يبغي كسباً من وراء ذلك فو ليس بمضارب



أما المقاوله فهى عقد من عقود المضاربة يبيعى المقاول من ورائها الكسب، ويغلب أن تكون هذه هى مهنته التى يتعيش منها، ومن ثم تكون المقاوله دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافئ ما يتعرض له المقاول من النفقات والتبعات والخسائر ولذلك تكون مسئولية المودع عند أخف عادة من مسئولية المقاول، ولكل من المودع والمودع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله ما لم يكن الأجل فى مصلحة الطرف الآخر (م ٧٢٢ مدنى) أما المقاوله فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م ٦٦٣ مدنى) على أن الوديعة المأجورة قد تشتبه بالمقاوله، إذ المودع عنده فى هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير، هو حفظ الشئ المودع، لقاء أجر معلوم، فتقترب الوديعة من المقاوله، ولكن قدمنا عنده، حتى فى الوديعة المأجورة، ليس بمضارب ولا يبيى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا بخلاف المقاول على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاوله إلى حد بعيد وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون فى هذه الحالة مضارباً يبيعى الكسب، وذلك كالصرف اذلى يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمينه وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التى تودع عنده وقد يعتقد أن هناك مقاوله تتضمن الوديعة، مثل ذلك أنى دفع شخص بسيارته إلى جراج لإصلاحها فصاحب الجراج فى تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاوله، وهو فى الوقت ذاته يحفظ السيارة فى الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسئولية عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده، ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاول للمادة التى يستخدمها هذا الأخير فى العمل، فيكون العقد مقاوله بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة على المادة التى قدمها رب العمل ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاوله فقط، وهى بطبيعتها تتضمن التزاما بحفظ الشئ

الذى يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل، ويكون مسئولا عن ضياعه باعتباره مقاولاً باعتباره مودعا عنده، إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها، وقد نصت المادة ٦٨٥ مدنى صراحة على هذا الالتزام بالحفظ فى عقد العمل، فأوجبت على العامل " (ج) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله. .. " ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضا فى ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئا من رب العمل لتأدية عمله، ومن ثم يكون العقد الذى تسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولة لا عقد وديعة، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولا عن المحافظة على الحصان، وإنما عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله، ودعا رب العمل إلى تسليم الشئ فلم يتسلمه، وفى الشئ فى حفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة، أو إذا كان العقد هو فى الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات فى جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا تحوله إلى مقاولة كتنظيف العرببة وغسلها كل يوم (السنهورى ص ٢٥ وما بعدها)

● **العقد المبرم مع الطبيب:** العقد مع الطبيب يكون مقاولة إذا لم يكن خاضعا فى عمله لجهة معينة فإن كان خاضعا كان العقد عقد عمل وذهب البعض إلى أن العقد مع الطبيب عقد غير مسمى إذ يجوز له الرجوع عن تكملة العلاج كما يجوز ذلك للمريض

● **العقد المبرم مع المحامى:** أما العقد مع المحامى، فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، فبالنسبة للأولى يعتبر مقاولا كالأستشارة والمرافعة وتحرير المذكرات والعقود والمستندات، أما بالنسبة للثانية يعتبر وكىلا كإبرام الاتفاقات نيابة عن عميله ورفع الدعوى باسمه وتقديم الطلبات والدفع والطعن والإقرار والتنازل وتوجيه اليمين

الحاسمة وردها، فإنه يعتبر بالنسبة لهذه التصرفات القانونية وكيلاً عن عميلة وتسرى عليه أحكام الوكالة، فإذا تعارضت هذه الأحكام مع أحكام المقولة وجب ترجيح العمل الغالب وهو الوكالة، وكل من الطبيب والمحامي، يلتزم ببذل عناية لا يتحقق غاية، فيستحق كل منهما أجره سواء شفى المريض أم لم يشف وسواء كسب العميل الدعوى أو خسرها، ما لم يتفق على غير ذلك، كما لو اشترط الموكل عدم استحقاق المحامي لأتعابه إذا ما خسر الدعوى، وعدم استحقاق الطبيب لأجرة إلا بعد تمام شفاء المريض، وبالتالي يصبح التزام كل من المحامي والطبيب التزاماً بتحقيق غاية، فإن لم تتحقق لا يكون أى منهما قد نفذ التزامه وبالتالي لا يكون له الرجوع على المتعاقد الآخر (أنور طلبه ص ٤٣٠).

• **العقد المبرم مع المهندس المعماري:** المهندس المعماري هو الشخص اذلى يقوم بعمل الرسومات والتصميمات والمقاسات اللازمة لإقامة بناء ويشرف على وكلها أعمال مادية بحتة، وبالتالي لا يعتبر وكيلاً عن رب العمل عند قيامه بها، وإنما مقاولاً يخضع فى علاقته برب العمل لأحكام عقد المقولة وليس لأحكام عقد الوكالة، فيتقدم التزامه وفقاً للمادة ٦٥٤ بانقضاء ثلاث سنوات وليس بانقضاء خمس عشرة سنة التى يتقدم بها التزام الوكيل.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** المشرع إذ جميع العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المدنى، ونظم أحكام عقد المقولة فى الفصل الأول من الباب الخاص العقود 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 المقولة فى نص المادة ٦٤٦ بنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً

أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسؤولية عن تهمد البناء وسلامته شاملة المهندس المعماري والمقاول على السواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما في ذلك أجر المهندس إذ لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه، فإن الاستفادة من ذلك وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا الخصوص - أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعد 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 (نقض ١٩٦٧/٥/١٦ طعن ٢٢٣ س ٣٣ ق) وبأنه " 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 مقاولة متى كان لا تأثير لهذا الخطأ على سلامة قضائه " (طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٥/١٦) وبأنه " نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري بإعتبار 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 مسئولا إلا عن العيوب التي أتت منه، ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم منه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطأ التصميم أو عيوب التنفيذ " (طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧).

• **تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاوله:** لما كانت المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً فالمقاول إذن يعهد بصنع شيء أو بأداء عمل والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاوله إلى أخرى اختلافاً بينا، ويتنوع تنوعاً كبيراً ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواح مختلفة: من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه. 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 متصلاً 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 عند العميل، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو عند رب العمل، وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه، وكحائط يدهنه، وكأثاث يجدده وكسيارة يصلحها، ومن ناحية جنس العمل: هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره، فهناك مقاولات البناء وهي من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة (المقاوله) انصرفت إليها وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاوله منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سنرى، وهناك التزام

المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر، وعقد الإعلان وعقود المهن الحرة، وعقد النظارة وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها، وسنبحث طائفة منها بعد أن نبحت القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات، ومن ناحية حجم العمل فهناك مقاولات كبيرة ومقاولات صغيرة ومن المقاولات الكبيرة تشد المباني والمنشآت الثانية والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والسفن والطائرات والذخائر والأسلحة الحديثة. أما المقاولات الصغيرة كعمل النجار والحائك والسيارات والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها وقد كان المشرع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٦٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى:

"١- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة ٢- 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 " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩-١٠).

● **أركان عقد المقاولة:** عقد المقاولة كسائر العقود الأخرى له ثلاثة أركان هى: التراضى والمحل والسبب: ونعرض لهذه الأركان بإيجاز على النحو التالى: **أولاً: التراضى: شروط الانعقاد:**

● **توافق الإيجاب والقبول:** عقد المقاولة من العقود الرضائية فيكفى لانعقاده التراضى بين الطرفين، فلا شرط لانعقاده شكلاً معيناً ويجوز التغير عن التراضى صراحة أو ضمناً، ويجب التراضى على ما هية العقد فلو أن شخصاً تعهد أن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعده أن يبرم عقد مقاولة فيتقاضى أجراً وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم

بالعمل دون أجر، لم يكن هناك عقد بين الطرفين، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر، ولا عقد مقاوله كما كان يعتقد المقاول الأول ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته، فيعين تعييناً كافياً على النحو الذي سنراه فيما يلي، فلو أن شخصاً اتفق مع صانع على صنع شيء يقدم رب العمل مادته، فلما قدمها تبين الصانع أن رب العمل يقصد شيئاً آخر غير الذي ظنه الصانع، فإن المقاول لا تتعقد لعدم التراضي على العمل المطلوب تأديته، ويجب التراضي على الأجر الذي يدفعه رب العمل للمقاول وسرى عند الكلام في الأجر كيف يحدد وكيفى هذا أن نذكر الأجر في عقد المقاوله، كالأجرة في عقد الإيجار، ليس من الضروري أنني عين في العقد، فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر، لم تكن المقاوله باطله لذلك، ويتكفل القانون بتعيين الأجر، وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه " إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول "، وإذا كان التراضي يصح أن يكون ضمناً، فليس معنى ذلك أنه يفترض، بل يجب أن يكون موجوداً وعلى من تدعيه عبء إثباته، فإذا قام مهندس معمارى بوضع تصميم لبناء دون أن يكلفه رب العمل بذلك، وكان المهندس يأمل من وراء أن يعجب التصميم رب العمل فيكلفه بتنفيذه فإنه لا يجوز فى هذه الحالة أن يفترض أن هناك تراضياً ن رب العمل والمهندس على عمل التصميم حتى لو كان التصميم قد أعجب رب العمل فعلاً وأراد تنفيذه ولا يكون رب العمل ملزماً أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم لأنه لا يوجد عقد مقاوله يلزمه بذلك ولكن إذا نفذ رب العمل التصميم الذى وضعه المهندس كان للمهندس أن يرجع إلى رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن هذا الأخير قد أفاد من عمله، ولا يوجد عقد بينهما فلم يبق إلا الرجوع بدعوى الإثراء (السنهورى ص ٣٤).

**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 كون 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 ٥٣٣ - لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩).

ولئن كان الأصل أنه لا يجوز انفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر إلا أنه ليس قمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وكما قدي تم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمناً.

**وقد 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 ضمناً، وأن على محكمة الموضوع إن هي قالت بن 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



و تحصيل فهم الواقع، لما كان ذلك وكان البين بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بالاتفاق على تعديل الأسعار التي تضمنها عقد المقاوله واستدل على ذلك بما تضمنته المستندات المنوه عنها بوجه النعى وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع على ما أورده فى مدوناته " أن الخطاب الذى يشير إليه المستأنف - الطاعن - لم يرد به ذكر على الإطلاق على طلب سرعة الانتهاء من إنشاء الدور السادس والسابع وتحديد للمبالغ التى تسلمها المستأنف وما تبقى بحسب الحساب " وكان هذا الذى أورده الحكم يدل على أن المحكمة استلزمت لتعديل الأسعار المتفق عليها فى عقد المقاوله أن يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين رغم أنه يصح إذا كان ضمنياً وأنها لم تستظهر مدلول إيصالى السداد المؤرخين ١٩٨١/١/٨ ، ١٩٨٣/٣/١٤ مما تضمنته عبارات الإيصال الأول من أن الطاعن تسلم مبلغ أربعة وتسعين ألف جنيه والباقى له مائة وثمانية وثلاثين ألف جنيه، بينما تضمن الخطاب الثانى - بعد استئناف العمل الذى كان قد توقف كطالب المطعون ضده الأول - أن الطاعن تسلم مبلغ خمسة آلاف جنيه ليكون جملة ما قبضه مبلغ مائتين وثلاثين ألف جنيه ويكون الباقى خمسة وعشرين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاوله 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 ١٨١/١/٢٢ - من طلب وقف العمل حتى الدور الخامس فقط وأن أجر المقاوله 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 ١٩٨٤/٣/٢٠ - من إعادة سرد بيانات الحساب السابق وطلب المطعون ضده الأول الانتهاء من إقامة الدورين السادس والسابع وأنه سيحاول سداد دفعة أخرى ليصبح المدفوع مائتي ألف جنيه ويكون الباقي المستحق للطاعن مبلغ خمسين ألف جنيه وهو ما يزد عن أجر المقاول المتفق عليه وفقاً للعقد والمحدد في 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 التي 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 وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبب وإخلال بحق الدفاع " (طعن رقم ٨١٠١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٣).

• **الوثائق التي ترفق بعقد المقاوله:** لقد جرت العادة على أن عقد المقاوله، وبخاصة عقود المقاولات الكبيرة ترفق بعدة وثائق يكمل بعضها بعض وهذه الوثائق هي:

**التصميمات:** ويقصد بها الرسوم التي يصنعها المهندس المعماري على مقتضاها العمل. ويستفاد موافقة رب العمل على هذه التصميمات من توقيعه عليها (محمد لبيب شنب ص ٦١).

**المقاييسات:** وهي بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال، والإجرة الواجب دفعها عن كل عمل، وأسعار المواد التي تستخدم.

**دفتر الشروط:** ويشتمل على شروط المقولة بالتفصيل، وكيف يكون التنفيذ، والمواعيد التي تتم فيها الأعمال المختلفة، وغير ذلك من الشروط التي وضعها رب العمل في دفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقولة. وليس من الضروري أن يوجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المقولة وحده يتضمن عناصر العقد، ويشتمل في الوقت ذاته على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغنى عن التصميم، وعلى الجبر الواجب دفعة فلا تكون هناك حاجة لمقايضة منفصلة، وعلى جميع الشروط الواجب مراعاتها في تنفيذ العقد فيغنى ذلك عن دفتر الشروط.

● **التعاقد بطريق المسابقة:** قد يكون تعاقد رب العمل مع المقاول عن طريق المساومة أى الاختيار الشخصي كأن يختار مقاولاً في مفايته ويعهد إليه في تنفيذ العمل المطلوب ولكت يقع كثيراً أن يعتمد رب العمل إلى إبرام عقد المقولة عن طريق المسابقة والذي يوضع في المسابقة إما أن يكون التصميم اللازم للعمل المطلوب، وإما أن يكون الجبر الذي يتقاضاه المقاول لتنفيذ عمل طبقاً لمواصفات معينة. ففي الحالة الأولى - وضع التصميم في المسابقة - يدعو رب العمل عن طريق الإعلان في الصحف أو بغير ذلك من طريق الإعلان كل من يريد الدخول في المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب، ويعين هذا العمل تعييناً كافياً فيعلن مثلاً عن مسابقة لوضع تصميم لبناء عمارة من عشرة أدوار تبني على مساحة ألف متر، ويعين الأرض التي تبني عليها العمارة كما يذكر الشروط التي يتطلبها فيها، أو وضع تصميم لبناء مدرسة أو مسرح أو مستشفى أو مصنع أو غير ذلك من المنشآت ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة في المسابقة لاختيار أفضلها، ويحدد

جائزة للفائز من المتسابقين، وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه بالشروط التي تكون قد ذكرت في دفتر الشروط، وقد يتحفظ رب العمل فيذكر في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقابلة مع الفائز من المتسابقين، ولكنه في هذه الحالة يعين جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على جهوده في وضع التصميم، والمفروض أن رب العلم، إذا لم يتحفظ فيبين أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز، يكون ملزماً بالتعاقد معه ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شروط فوزه فيها، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً ووجب أن يتصل به قبول رب العمل ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت بأسباب مشروعة تمنعه من التعاقد، فعند ذلك يعرض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً للشروط المسابقة، أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد، وامتنع رب العمل عن التعاقد، فإنه يجب أن يعرض الفائز تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه، فيتقاضى تعويضاً عن الخسارة التي تحملها وعن الكسب الذي فاتته، ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضي أن عقد المقابلة قد تم وعند ذلك إذا لم يرق رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة ٦٦٣ مدني، فيعرض المفاوض عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال في وضع التصميم وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذي وضع التصميم من أجله. وفي الحالة الثانية - وضع الأجر في المسابقة - يكون ذلك عن طريق المناقصة طبقاً لمواصفات و ضمانات تدرج عادة في دفتر الشروط، والمناقصة إما أن تكون مناقصة علنية يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علناً بأقل عطاء مع إعطاء التأمينات

الكافية، والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أني غير من شروط المناقصة، كأن يعين مثلاً حداً أقصى للأجر، والمتقدم بالعطاء قبل تعيين الحد الأقصى يعتبر فائزاً إذا كان عطاؤه هو أقل العطاءات ولو كان يزيد على الحد الأقصى وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حداً أدنى حتى يضمن جدية العطاءات ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعولة كما لا يخفى، ومن ثم إذا تقدم شخص يعطاء دون هذا الحد الأدنى فلم ترس عليه المناقصة لم يكن له حق في الرجوع بشئ على رب العمل. وإرساء المناقصة على من قد أقل عطاء يعتبر هو القبول فيتم عقد المقولة رسو المناقصة (م ٩٩ مدنى) وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات في مظاريف مختومة وفي اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدفتر الشروط وقد يحتفظ رب العمل بالحق في ألا يلتزم بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء تقدم للمساابقة وعند ذلك لا يكون ملزماً بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو من غيره من المتسابقين، فإذا لم يحتفظ بهذا الحق، وجب عليه إرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء وهذا هو القبول كما قدمنا، فإن لم يفعل الزم بتعويض الفائز تعويضاً كاملاً أو جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العيني (راجع فيما تقدم السنهاورى ص ٣٥)

#### • إثبات عقد المقولة: يخضع عقد المقولة للقواعد العامة المقررة في

الإثبات فيجوز إثباته بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، إذا لم تزد قيمة الأجر على خمسمائة جنيه وإلا وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها. وقد يجرى العرف بعدم الإثبات بالكتابة، كما هي الحال في العقد ما بين الطبيب

والمريض. وقد يثبت العقد بالإقرار والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة، فإذا أقر رب العمل يعقد المقابلة، وذكر في إقراره أنه دفع الأجر، فإنه لا يصح أن يجزأ إقراره عليه، وعلى المقاول أن يثبت أن الأجر لم يدفع. أما إثبات أن المقاول قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقابلة فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال. وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة وهي حالة ما 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 راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجرة، ولا يجوز أن يثبت هذا الإنفاق إلا بالكتابة ما لم يكن العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة (م ٥٨ مدني) غير أنه يلاحظ أن عدم قيام المقاول بتنفيذ الأعمال محل عقد الوكالة يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو جاوزت قيمة هذه الأعمال خمسمائة جنيه، لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به في عقد المقابلة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة في" (طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٦) وقواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عنها صراحة أو ضمناً.

• **شروط الصحة:** شروط صحة المقابلة هي شروط صحة أي عقد آخر: توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضي من عيوب الإدارة، فإذا كان

التراضى صادراً من ناقص الأهلية أو كان معيباً بعيب من عيوب الإدارة، كانت المقاوله قابله للإبطال، فإذا أبطلت اعتبرت كأن لم تكن، ويصفي المركز بين رب العمل والمقاول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

● **أهلية رب العمل:** الأهلية الواجب توافرها في رب العمل هي أهلية التصرف، وذلك لأنه ملزم بدفع الأجرة إلى المقاول فتكون المقاوله بالنسبة له من أعمال التصرف ومن ثم يجب أن يكون رب العمل. قد بلغ سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية عليه فالقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً له في الإدارة، ليس أهلاً لإبرام عقد المقاوله بصفته رب عمل، وإذا أبرم العقد كانت المقاوله قابله للإبطال لمصلحته، ولا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المقاوله باسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف كما قدمنا، وإذا أراد أن يستغل مال القاصر في بناء عمارة مثلاً وجب أن يحصل على إذن من المحكمة في ذلك. ولكن قد تكون المقاوله من جانب رب العمل من أعمال الإدارة، كما رأينا في الاستئجار من جانب المستأجر فالعقد الذي يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله والعقد الذي يبرمه مع نجار أو حائك لصنع الأثاث الضروري لسكنه أو لصنع ثوب يلبسه، كل هذه العقود تعتبر أعمال الإدارة، ويكفي فيها أن يتوافر رب العمل على أهلية الإدارة، ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له في الإدارة أن يبرم عقد المقاوله في هذه الأعمال بصفته رب العمل، كما يجوز ذلك لنائب القاصر أو المحجور دون حاجة للحصول على إذن، وهذا هو أيضاً حكم الترميمات الكبيرة إذا كانت ضرورية لحفظ الشيء. ولكن صنع شيء جديد أو إقامة بناء أو إدخال تحسينات عليه لا تكون من قبيل الترميمات الضرورية كل هذا لا يعتبر من أعمال الإدارة بل هو من أعمال الإدارة بل هو من أعمال

التصرف، فلا يملكه إلى البالغ الرشيد، ولا يملكه القاصر أو المحجور، وكذلك لا يملكه نائب القاصر أو المحجور إلا بعد الحصول على إذن (السنهوري ص ٤٠).

● **أهلية المَقاول:** إذا اقتصر عمل المَقاول على تقديم المواد المستخدمة في عمله فيكون عمله دائر بين النفع والضرر والأعمال 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 بالمتعاقد معه، وهذا هو حكم عمل المَقاول ولو لم يقدم المواد الأولية (محمد لبيب شعت ص ٨٠ وما بعدها) ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر في المَقاول أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً في الإدارة، لم يجز له أن يبرم عقد مقولة، وإذا فعل كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته. أما إذا كان المَقاول عديم الأهلية، لم تكن له إرادة ويقع تعاقدده باطلاً بطلاناً مطلقاً على أنه إذا كان المَقاول صانعاً صغيراً، نجاراً أو حداد أو سباكاً أو نحو ذلك فيمكن القول إنه يستطيع أن يكسب عيشه من صنعته حتى لو كان قاصراً، فيكون أهلاً لإبرام عقود المقولة المألوفة الداخلة في صنعته، ويقاس عقد المقولة على عقد العمل الذي ورد في شأنه نص صريح، إذ تقضى المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال 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 و لمصلحة آخر ظاهرة " والأجر الذي يتقاضاه القاصر، يكون هذا أهلاً للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة تطبيقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال، وهي تنص على أن " يكون القاصر الذي بلغ السادسة



عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا 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، يخص له من أجره ما يلزم لأغراض نفقته ولو كان الأجر كله فيكون له أهلية التصرف فيه تطبيقاً لأحكام المادة ٦١ من قانون الولاية على المال، وهى 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 (السنهورى ص ٤١ هامش (١)) ويقرب من الأهلية الواجب توافرها فى المَقول ما جاء فى قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ كالصادر فى ٢٠ يولييه سنة ١٩٦١ والمعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على أنه " لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأس مالها. ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة العمليات، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مَقول واحد فى السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " مؤدى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ أن المشرع حظر فى المقاولات التى تطرحها الحكومة أو المؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال والتى تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه أن يكون المقاول فيها من غير الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأسمالها وذلك حتى ولو جزئت المقاوله إلى عدة عمليات وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به فى مقاولات أو عمليات إلى مقاول واحد على مائة ألف جنيه فى السنة الواحدة سواء عهد إليها بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات آنفة الذكر ما لم يرخص رئيس الجمهورية بها وكان هدف الشارع من ذلك تحقيق الصالح العام لما فى قصر هذه المقاولات الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان لحسن تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة فإن مقتضى هذا الحظر الصريح - وهو حظر عام دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة يترتب البطلان المطلق - وإن لم ينص عليه بلفظه - جزءا لمخالفته بحيث يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به بغض النظر عن مدى علم الطرف الآخر فى عقد المقاوله بالمخالفة وينصرف البطلان إلى المقاوله كلها إذا لم يمكن تجزئتها ويقتصر على العملية التى تجاوز النصاب المحدد فى حالة إمكان التجزئة وإذا كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة وهى إحدى الشركات المملوكة قد تعاقدت مع المطعون على مائة ألف جنيه فى خلال السنة الواحدة دون الحصول على ترخيص بذلك من رئيس الجمهورية فإنه يحق للطاعنة التمسك بهذا البطلان (جلسة ١٥/٣/١٩٩٠ الطعن رقم ٦٩٨٤ لسنة ٥٨ق) (جلسة ٢٦/١/١٩٧١ الطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٦ق س١١٨).

مفاد ذلك أن هناك مقاولات وأشغالات عامة إذا توافرت فيها شروط معينة لا يجوز أن يكون مقاولاً فيها إلا الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأس مالها، فالأفراد والشركات الخاصة والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة تقل عن ٥٠% من رأس مالها، كل هؤلاء - وتمكن تسميتهم بمقاولي القطاع الخاص - ممنوعون من أن يدخلوا مقاولين في مقاولات أو أشغال عامة للحكومة أو للمؤسسات العامة أو للشركات التي تساهم فيها فيه الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال إلا بقرار من رئيس الجمهورية (السنهوري ص ٤٢)

• **شروط المنع:** هناك بعض الشروط التي يجب توافرها في المقاولات حتى يقوم هذا المنع وهذه الشروط هي:

**الشرط الأول:** أن تزيد قيمة أعمال المقاولات عن مائة ألف جنيه فإذا كانت المقاولات لا تزيد على ١٠٠٠٠ جنيه فالمنع لا يقوم ، ويستطيع مقاول القطاع الخاص أن يدخلوا مقاولين فيها دون قرار من رئيس الجمهورية، وكذلك لا يقوم المنع لو أن المقاولات تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه ولكنها مقاولات لا يكون رب العمل فيها هو الحكومة أو مؤسسة عامة أو شركة مختلطة (للحكومة أو المؤسسة عامة ٢٥% من أسهمها).

**الشرط الثاني:** ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات في 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 مقاولاً في مقاولتين للحكومة، أو في مقاولات للحكومة ومقاولات لمؤسسة عامة، أو في مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على مائة ألف جنيه

قام المنع، وفي حساب مجموع هذه المقاولات تدخل كل مقاوله بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقاوله من الحكومة مجزة على جزئين كل جزء منها قيمته خمسين ألف جنيه فتكون قيمة المقاوله مائة ألف جنيه وحصل في السنة نفسها على مقاوله من شركة مختلطة قيمتها عشرون ألف جنيه، قام المنع لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على مائة ألف جنيه (فتحية قر ص ٩٠ وما بعدها السنهاورى ص ٦٦) غير أن تكليف المقاول الخاص بعمل في سنة لا يمنع من تكليفه بعمل غيره في سنة أخرى، ولو كان العمل الأول لم يتم بعد ولو كانت قيمة العاملين معا تزيد على مائة الف جنيه، فالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية سالفه الذكر تنص على ألا يزيد مجموع ما يعهد به من الأعمال إلى مقاول واحد في السنة على هذه القيمة، فالحظر ذن يرد على إبرام العقد، لا على تنفيذه، بمعنى أنه يحظر على الهيئات الخاضعة لهذا القرار أن تبرم مع مقاول واحد في السنة الواحدة، مقاولات تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه ولكن لا يحظر على المقاول أن يقوم بتنفيذ أعمال تزيد قيمتها على هذا المبلغ، إذا كان قد تعاقد عليها في سنين مختلفة (السنهاورى ص ٦٦ - محمد لبيب شب ص ٨٠) والمنع ليس مطلقاً إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية فإذا لم يحصل المقاول على هذا القرار، كانت المقاوله التي زادت بها قيمة المقاولات على ١٠٠٠٠٠٠ جنيه باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للقانون، فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاوله قيمتها ٧٠٠٠٠٠ جنيه ثم عهد إليه في السنة نفسها بمقاوله قيمتها ٥٠٠٠٠٠ جنيه كانت المقاوله الثانية دون الأولى هي الباطلة.

#### • عيوب الارادة في عقد المقالة: عيوب الإدارة في عقد المقاوله هي

ذات عيوب الإدارة في سائر العقود الأخرى والمقررة في القواعد العامة

وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال على أن الغلط في عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية لا سيما الغلط في شخص المقاول أو الغلط في الحساب.

● **الغلط في شخص المقاول:** عادة لا تأثير للغلط في شخص المقاول على صحة العقد إلا في الحالات التي يكون فيها شخص المقاول محل اعتبار في العقد ويكون ذلك عادة في عقود المهن الحرة، فالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معماري أو محاسب أو رسام إنما اعتبرت فيه شخصية هؤلاء، وفي غير المهن الحرة قد يكون لشخصية المقاول اعتبار في التعاقد، ففي مقاولات الإنشاءات الكبيرة مثلاً يتوخى رب العمل مقاولاً موثقاً به يعتمد على كفايته وأمانته وقد أشارت نصوص القانون إلى حالات تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار، فنصت المادة ١/٦٦١ مدني على أن "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية" ونصت المادة ٦٦٦ مدني في صدرها على أن "ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد" وعلى ذلك ففي الحالات التي كون فيها شخص المقاول محل اعتبار في العقد، يكون الغلط فيه سبباً لقابلية قد المقاولة لفبطال فإذا تعاقد المريض مع جراح متوهماً أنه جراح معين بالذات فظهر أنه غلط في شخصه وأنه جراح آخر، كان من حق المريض أن يطلب إبطال عقد المقاولة للغلط.

● **الغلط في الحساب وغلطات القلم:** وبالنسبة للغلط في الحساب وغلطات القلم فلا تؤثر في صحة العقد ولكن يجب تصحيح الخطأ وذلك أعمالاً لنص المادة ١٢٣ مدني والتي تقضي بأن: "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 المداول أو لمصلحة رب العمل. أما غلطات القلم فيقصد بها الغلط في نقل رقم من جدول إلى آخر أو من صفحة إلى أخرى، أما طلب إعادة عمل حساب المداولة من جديد بعد عمل المقاس والحساب النهائي واعتماد كل ذلك فلا يجوز.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المداولة يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً أما طلب إعادة عمل حساب تلك المداولة من جديد فإن القانون يأباه لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقاومة 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 عليه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسي، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التي تمنع تقاضى الالتزام مرتين " (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ س ٩٢٣) وبأنه " وإذا اعتمد المقاس والحساب ولم يقع في ذلك غلط مادي فلا يجوز الطعن في الحساب المعتمد بدعوى الغلط المحسوس المبطّل للعقد، وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الغلط المحسوس المبطّل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ مدنى (قديم) لا يجوز توجيهها ضد المقاس

والحساب المعتمدين فى مقابلة من المقاولات متى كانت فى حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد ولكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقاس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال التى قام بها المتعهد قبل 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 هى منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الإنفاق عليه، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها ثم إن معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس المذكور يقتضى حتما أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشئ المرضى عنه، بحيث و كان عالماً لما رضى، فإذا كان المدعى لم يدعى عدم علمه - بالحقيقة، بل أدعى أنه استكره على التوقيع، وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلفة فتوقعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شئ من الحساب، بل هو مرتبط به تمام الارتباط، ودعواه غير جائزة السماع" (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

**ثانياً: المحل فى عقد المقابلة:** محل عقد المقابلة - كاي 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 المقابلة مزدوج، فالمحل بالنسبة لالتزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته، وبالنسبة لالتزامات رب العمل، الأجر الذى اتفق على دفعه للمقاول.

### أولاً: العمل فى المقابلة:

• **تطبيق القواعد العامة:** لم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن فى عقد المقابلة لذا وجب تطبيق القواعد العامة سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى العمل أو فيما يتعلق بأنواع العمل.

• **الشروط الواجب توافرها في العمل:** يشترط طبقاً للقواعد العامة أن يتوافر في العمل شروط ثلاثة هي: يشترط أولاً أن يكون العمل ممكناً لأنه لا التزام بمستحيل. وقد نصت المادة ١٣٢ مدنى على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً" والمقصود بالاستحالة هي الإستحالة المطلقة، وهي أن يكون العمل مستحيلاً في ذاته، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى المقاول فحسب فقد يلتزم المقاول بعمل فنى 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، ففي هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد المقولة، وبكون المقاول مسئولاً عن التعويض، أما إذا كانت الاستحالة مطلقة، كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك، أو كما إذا تعهد كيمائى أن يستخلص من معادن خسيصة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية، فقد اختل شرط الإمكان في العمل، وكانت المقولة باطلة وقد تكون الاستحالة قانونية، أى أنها ترجع لا على طبيعة العمل بل إلى سبب في القانون، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية فيما قدمنا تمنع من انعقاد المقولة لاختلال شرط من شروط المحل (السنهورى ص ٤٦) ويشترط ثانياً أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعين: ويكون العمل معيناً بذكر طبيعته وأوصافه وأن يبين ذلك بصورة فإذا كان التعاقد على بناء كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعماري من مشروع ابتدائي ورسوم نهائية تفصيلية ويقترن بالتصميمات دقتر الشروط



لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايضة، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايضة الوصفية، وتبين كذلك ثمن المواد من كل نوع على حدة وهذه هي المقايضة التقديرية، ويفنى عن المقايضة 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 في مبنى وجب تحديد هذه الترميمات تفصيلاً، فإذا لم يذكر في العقد تحديداً لها، التزام المقاول بإجراء كافة الترميمات اللازمة للمبنى. أما إذا لم يكن العمل معيناً أو قابلاً للتعين كانت المقولة باطلة. ويشترط ثالثاً وأخيراً أن يكون العمل مشروعاً. فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب، كانت المقولة باطلة، فلا يجوز على تشييد منزل للدعارة أو للقمار، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب مسجون، أو إدخال الحشيش والمخدرات أو تهريب البضائع من الجمر كأو صنع الأسلحة الممنوعة أو ارتكاب جريمة.

● **أنواع العمل:** فقد سبق أن أوضحنا أن العمل الذي يؤديه المقاول يتنوع من مقولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلاً بشئ معين، وقد يكون هذا الشئ غير موجود والمقصود من المقولة وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل المقاول على هذا الشئ الموجود وقد يكون العمل غير متصل بشئ معين بل هو مجرد عمل، كالنقل والطبع والنشر والإعلان والعلاج والتدريس ومن ناحية حجم العمل، وتندرج المقولة من مقولة صغيرة إلى مقولة كبيرة، ومن ناحية جنس العمل هناك مقاولات أصبح الآن لها اسم معروف لانتشارها، فهناك مقاولات البناء ومقاولات الأعمال الكهربائية، ومقاولات الأعمال

الميكانيكية، ومقاولات المرافق العامة ومقاولات الأشغال العامة، ومقاولات المهن الحرة، والنشر والإعلان والنظارة هذا بالإضافة إلى ان الأعمال التى ترد عليها المقولة إما أن تكون أعمالاً مادية كالإنشاءات المختلفة من مبان وجسور وترع ومصارف وخزانات وسدود وهذه هى المقاولات الكبيرة ومثلها المقاولات الصغيرة كصنع أثاث أو تصليح مواسير أو ترميم منزل أو نشر أو إعلان وأما أن تكون أعمال عقلية. والأعمال العقلية تكون بدورها إما أعمالاً قانونية كما فى التعاقد مع المحامى ووكيل الأشغال وإما أعمالاً فنية كما فى التعاقد مع طبيب أو مع مهندس معمارى لوضع تصميم وللإشراف الفنى على تنفيذ العمل أو مع محاسب لمراجعة حسابات معينة أو مع رسام لرسم صورة أو مع نحات لصنع تمثال.

• **ثانياً: الأجرة فى المقولة:** فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل. ويشترط فيها كما يشترط فى أى محل للالتزام أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً أما المشروعية فلا جديد يقال فيها، وشأن الجر فى ذلك هو شأن العمل بقى الوجود والتعيين. فالأجر لابد من وجوده فى عقد المقولة وإلا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر مقولة بل يكون عقداً غير مسمى ويلاحظ أن الأجر، وإن كان ركناً فى المَقاول، إلا أنه لا يشترط ذكره فى العقد ولا أن يحدده المتعاقدان فإذا لم يحدده المتعاقدان، فإذا لم يحدده تكفل القانون بتحديدده كما سنرى وتبقى المقولة صحيحة وهذا بخلاف التراضى والعمل فهما ركنان فى المقولة لا شأن للقانون بتحديددهما، فإذا لم يتوافرا فى العقد كانت المقولة باطلة ولكن يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقولة باطلة لانعدام أحد أركانها وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا للأجر أصلاً بل سكتا عنه وهنا تكون المقولة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الأجر. أما تعيين الجر، فالأجر يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

• **جنس الأجرة:** المعروف أن الأجر يكون نقوداً يقوم رب العمل بدفعها للمقاول. ولكن لا يوجد ما يمنع أن يكون الأجر أى تقدمه أخرى غير النقود كما هو شأن الأجر فى عقد الإيجار، فقد يكون أسهما أو سندات أو مقادير معينة من البضائع كالغلال والقطن أو بيتا أو أرضا أو سيارة أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار بل يصح ان يكون الجبر عملاً فيتعاقد محام مع مقاول أنى بنى له داراً فى مقابل أن يترافع المحامى فى بعض قضايا المقاول وهنا تكون المقاوله مقايضة عمل بعمل (محمد لبيب شيب ص ٥٣)

• **تحديد الأجرة:** الأصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الأجر فيكون اتفاقهما ملزماً لهما فإذا لم يتفق الطرفان على الأجر، وجب أن يكون الأجر قابلاً لتعين 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 المقاوله، وإنما 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 المقاوله وإذا أغفل المتعاقدان تحديد الأجر فإن القانون تكفل بتحديدده إذ نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه " إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " وتحديد المتعاقدان للأجر إما أن يكون صراحة أو ضمناً فيحدد الأجر صراحة بتحديد مقداره إن كان من النقود أو كميته وأوصافه إذا كان شيئاً آخر. ويكون الاتفاق ضمناً، كما فى المهنى التى جرى العرف فيها على أن يترك لمن يؤدى العمل 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 معا (محمد كامل مرسى ص ٤٨١) ويكون تحديد الطرفان للأجر إما بموجب مقاسه على أساس الوحدة أو تاجر إجمالى على أساس تصميم متفق عليه وتحديد الأجر على أساس الوحدة يقتضى عمل مقايسة تبين الأعمال المطلوبة تفصيلاً والمواد التى تستخدم فى هذه الأعمال، وأجر وحدة العمل، وسعر المواد المستخدمة فيذكر فى المقايسة مثلاً أن المطلوب هو كذا متراً من المبانى، كل متر بسعر كذا، وكذا متراً من النجارة بسعر المتر كذا، وكذا أدوات صحية وكذا حديداً الخ، مع ذكر السعر وهذه هى المقولة على أساس وحدة القياس ويصح لرب العمل فى هذه الطريقة أن يزيد فى مقدار الأعمال المطلوبة أو أن ينقص منها، ويجوز الاتفاق على ألا تكون الزيادة أو النقص إلا بنسبة معينة ومزيه هذه الطريقة أنها لا تغبن رب العمل ولا تغبن المقاول، قرب العمل بدفع أجرا والمقاول بتقاضاه بمقدار ما تم فعلاً ولكن الأجر لا يعرف مقداره مقدماً عند إبرام عقد المقولة، بل يجب الانتظار حتى تنتهى جميع الأعمال وتقدر بحسب المقايسة وقد لا يتحدد الأجر طبقاً لمقايسة توضع مقدماً، بل يقوم المقاول بجميع الأعمال المطلوبة على أساس فئات الأثمان فقد جرى العمل فى مقاولات المبانى على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء فهناك سعر لمتر البناء وسعر للنجارة وسعر للحدادة وسعر للبياض وسعر لنقل الأتربة وسعر الأعمال الصحية الخ، وهذه التعريفة تسمى فئات الأثمان وعندما يتم المقاول الأعمال، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات ك منها، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقولة وهذه الطريقة أكثر إمعاناً من طريقة المقايسة فى

ترك الأجر غير معروف المقدار إلى نهاية تمام الأعمال، ففي طريقة المقايسة يمكن تقدير الأجر مقدماً على وجه التقريب أما في طريقة فئات الأثمان فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل (السنهوري ص ٥٠) أما تحديد الأجر إجمالياً يكون بإتفاق رب العمل مع المقاول على مبلغ يقدر مقدماً عند إبرام العقد وذلك يصرف النظر عن الوقت والجهد الذي يتفقهما المقاول في القيام بالعمل، ودون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل التنفيذ صعباً أو مرهقاً أو أكثر كلفة وهذه الطريقة مفيدة لرب العمل، إذ يتقن بها كل مفاجأة وقد يلجأ المقاول على 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 أو لا يتقن العمل، ويخشى هذا على الخصوص عند تحديد الثمن عقب مناقصة بين عدد من المقاولين (محمد كامل مرسى ص ٤٨١ وما بعدها).

### ثالثاً: السبب في المقاول: تطبيق القواعد العامة: لاشئ يقال في السبب

في خصوص عقد المقاوله فنحيل في ذلك إلى القواعد العامة.

### من أحكام القضاء:

١- متي كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في خصوص تكييف العلاقة بين الطاعن والمطعون عليهما علي ما قرره وكيل الطاعن أمام مكتب العمل من أنه استغني عن خدماتها بعدم حاجة العمل إليهما، وعلي أن الفارق الوحيد بين عقدي العمل والمقاوله هو وجود حق الإدارة والإشراف في العقد الأول وإنعدامه في الثاني، وكانت هذه التقارير التي عول عليها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يكشف عن حقيقة العلاقة

القائمة بين الطرفين وأنها علاقة عمل استكملت عناصرها القانونية مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، فإنه يكون معيباً بالقصور بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٢/٣/٣١- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٣- مدني- س ٢٢٤)

٢- لا يكفي لإعتبار عامل النول اليدوي مقاولاً أن يستغل في بيته علي نول خاص به أو جار بإيجار فإذا ثبت استمرار العلاقة بينه وبين رب العمل بصورة لا يتخللها إنقطاع سوي الإنقطاع العادي، كان العقد عقد عمل.

(نقض- جلسة ١٩٥٩/٦/٣٠- مجلة القانون والإقتصاد- السنة ١٠- ص ٤٤)

٣- عرف المشرع المقولة في نص المادة ٦٤٦ مدني بأنها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسؤولية عن تهمد البناء وسلامته شاملة المهندس المعماري والمقاول علي سواء ما لم يقتصر عمل المهندس علي وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما في ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه، فإن المستفاد من ذلك، وعلي ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقولة لتلائم قواعده التطور الذي وصلت إليه أعمال المقاولات في صورها المختلفة، وأنه إنما أورد للقواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايضة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية المقاولات يندرج في 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 المقاوله إلى المقاوله إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاوله عليه.

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - مدني - ص ١٠٠٥)

٤ - تعهد المقاول بتنفيذ أعمال البناء في الموعد المتفق عليه إلتزام بتحقيق غاية، وإثبات رب العمل إخلال المقاول بهذا الإلتزام هو إثبات للخطأ الذي تتحقق به المسؤولية، ولا تنتفي مسؤولية المقاول بإثبات أنه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ إلتزامه.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ - المرجع السابق - ص ١٩١٦)

٥ - عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدني المقاوله بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر وإذا كان يبين مما تم الإتفاق عليه في العقد - موضوع الدعويين الأصلية والفرعية - أن الطرفين قد أفرغا فيها جميع عناصر عقد المقاوله، إذ وقع التراضي بينهما علي الشيء المطلوب من المطعون عليه صنعه، وهو إقامة المبني والأجر الذي تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل، ولم يرد بأي منهما ما يدل علي قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين، أو بوصفه تابعا لهما أو نائباً عنهما، وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام في كلا العقدتين لم يتجاوز العمل المادي، وهو محل المقاوله، في حين أن محل الوكالة هو دائماً تصرف قانوني - علي ما أفصحت عنه المادة ٦٩٩ من القانون المدني - فإنه لا يصح إعتبار العقدتين سالفتي الذكر عقدي وكالة ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار علي الشيوع، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدتين وأن تضفي علي المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصها في أن

نية الطرفين قد اتجهت إلي إبرام عقدي مقاوله- وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وكيف العقدين بأنهما عقدا وكالة، وأقام قضاءه في الدعويين الأصلية والفرعية علي هذا الأساس، فإنه يكون قد خالف القانون وخطأ في تطبيقه.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/٣/٩- المرجع السابق- السنة ٢٢ مدني- ص ٢٨٦)

٦- متي كان الحكم قد إنتهي إلي إخلال الطاعن- رب العمل في عقد المقاوله- بالتزامه من جراء تأخره في الحصول علي رخصة البناء في الوقت المناسب، فإن إعداره لا يكون واجبا علي الدائن بعد فوات هذا الوقت، إذ لا ضرورة للأعدار بنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني إذ أصبح تنفيذ الإلتزام غير محدد بفعل المدين- وإذ كان الحكم قد قضي بالتعويض المستحق للمطعون عليه دون أن يرد علي ما تمسك به الطاعن في دفاعه من ضرورة إعداره في هذه الحالة، فإنه لا يكون مشوبا بالقصور.

(نقض- جلسة ١٩٢٢/٦/١- المرجع السابق- ص ١٠٦٢)

٧- نظم المشرع عقد المقاول بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدني، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري بإعتبار عمله في وضع التصميم والمقايضة وفي مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها، وجعل قواعد المسؤولية عن تهم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول علي سواء ما لم يقتصر علي المهندس علي وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التي أتت منه، ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/١١/٢٧- المرجع السابق- السنة ٢٤ مدني- ص ١١٤٦)



٨- نص القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات في المادة ١١ منه علي سريان أحكامه علي مقاولات الأعمال وفي المادة ١١ منه علي سريان أحكامه علي مقاولات الأعمال، وفي المادة ١٣ علي أن ينظم بقرار من وزير المالية والإقتصاد ما لم ينظمه هذا القانون من أحكام وإجراءات، وقد أصدر الوزير المذكور للقرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ بلائحة المناقصات والمزايدات التي أجازت المادة ٩٤ منها لجهة الإدارة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول وتحتجز ما يوجد بمحل العمل من آلات وأدوات ومواد ضمانا لحقوقها قبله وأن تبيعها دون أن تسأل عن أي خسارة تلحقه من جراء ذلك البيع.

وإذا كان لا خلاف بين الطرفين في أن عقد رصف الطرق العامة الذي يربطهما هو عقد مقولة أشغال عامة، وهو من ثم عقد إداري، وكانت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ - الذي رفعت الدعوى في ظله - والمقابلة للمادة ١٠ بند ١١ من القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تقتضي بأن محكمة القضاء الإداري تختص - دون غيرها - بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وهو إختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، ومن ثم يمتد إختصاصها إلي الطلبات المستعجلة المنعقدة بهذه العقود، كما يشمل ما يكون قد صدر بشأن العقد الإداري من إجراءات أو قرارات، وكان الحكم المطعون فيه قد جانب هذا النظر ورفض الدفع بعدم الإختصاص الولائي وإنتهي إلي إختصاص القضاء العادي بالدعوى وقضي فيها، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه في مسألة تتعلق بولاية المحاكم.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/٢/١٢- المرجع السابق- السنة ٢٥- مدني ٣٣١)

٩- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن المشرع بعد أن بين في المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الحالات التي تتولى فيها المحكمة تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية، نص في المادة (٣٣) منه على أن " يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية...." ومؤدى ذلك أن المشرع قصر الحق في تقديم طلبات التفسير على الجهات المحددة في المادة (٣٣) المشار إليها وذلك عن طريق وزير العدل، لما كان ذلك فإن طلب المدعية تفسير نص المادة (٦٤٦) من القانون المدني لا يكون قد اتصل بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً لتقديم طلبات التفسير، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبوله (الطعن رقم ١١٠ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/١٢/٩)

\* \* \*

## إلتزامات المقاول

### النص التشريعي (مادة ٦٤٧) :

- (١) يجوز أن يقتصر المقاول علي التعهد بتقديم عمله علي أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.
- (٢) كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٤٦ لبيي و ٦١٣ سوري و ٨٦٥ عراقي و ٦٥٨ لبناني و ٥٢١ سوداني و ٨٧٢ تونسي.

### الأعمال التحضيرية :

ليس علي هذه المادة تعليق بها يحتاج إلي إirاده.

### رأي الفقه :

١- يترتب علي عقد المقاولة أن تنشأ إلتزامات في جانب المقاول وإلتزامات مقابلة في جانب رب العمل. وقد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض الأعمال المعهود بها إليه أو لإنجاز جميع هذه الأعمال.

### وإلتزامات المقاول نحو رب العمل ثلاثة:

(١) إنجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة.

(٢) تسليم العمل بعد إنجازة.

(٣) ضمان العمل بعد تسليمه.

ويقع كثيرا أن يحتاج العمل المطلوب إنجازة إلي مادة تستخدم في صنعه أو يستعان بها فيه. فالنجار في صنع مكتب أو مكتبة أو أثاث يحتاج

إلى الخشب اللازم لصنع ذلك، والحائك في صنع الثوب يحتاج إلى القماش اللازم، وصانع الأسنان يحتاج إلى المادة اللازمة لصنع هذه الأسنان، وهكذا. وهنا يجب التمييز بين فرضين: فإما أن يكون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل. وإما أن يكون رب العمل هو الذي تعهد بتقديم المادة وإقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل.

(الوسيط ٧- مجلد ١- الدكتور السنهوري ص ٦٤ وما بعدها)

٢- يبين من نص المادة ٦٤٧ مدني - والنصوص العربية المقابلة لها- أنه يجب على المقاول أن يقوم بتنفيذ العمل الذي عهد به إليه وفقاً لشروط العقد، وأن يعني بالتنفيذ عناية الرجل المعتاد *bon pere de famille* ويجب أن ينتهي العمل ويسلم في الميعاد المتفق عليه، وإذا لم يكن قد عين ميعاد ففي ميعاد ملائم. وإذا لم يتم المقاول العمل جاز لرب العمل أن يعهد بإتمامه إلى آخر على نفقة المقاول، إلا إذا كان المقاول قد اختير لشخصه، وإذا لم يتم العمل في الميعاد ألزم بالتعويض حتى إذا كان الميعاد المتفق عليه غير كاف، لأنه كان عليه ألا يعد بما لا يستطيع القيام به، وإذا كان مقدار التعويض معيناً ألزم به ولو كان العمل لا يمكن إتمامه في الميعاد المحدد. ويجب على المقاول أن يسلم العمل لرب العمل عند انتهائه، وتختلف صفة هذا الإلتزام باختلاف ما إذا كانت المادة سلمها رب العمل المقاول، أو قدمها المقاول نفسه. ففي الحالة الأولى تبقى ملكية الشيء لرب العمل، ويكون المقاول بمثابة مودع لديه مع إلتزامه بقلب شكل الشيء أو بإصلاحه أو بترميمه، ويحصل التسليم برد الوديعة، ويكون لرب العمل أن يطلب من القضاء إسترداد ما له بين يدي رب العمل إذا رفض تسليمه. أما إذا كان العامل هو الذي قدم المادة، فإن العقد يكون تبعاً ممزوجاً بمقاولية.

ولما كان المقاول هو مالك المادة فيوجد نقل للملكية لمصلحة رب العمل، ويبقى المقاول مالكا لغاية وقت التسليم، ومادام التسليم لم يحصل فلا يجوز لرب العمل أن يسترد الشيء، لأنه ليس مالكا، وإنما يكون له فقط أن يطلب الحكم علي المقاول بالتعويضات أو أن يجبره علي التسليم بطريق غير مباشر بواسطة التلجئة المالية *astreinte*. والإلتزام بالتسليم يقتضي دائما الإلتزام برد الأشياء التي تسلمها رب العمل إلي المقاول لتيسير مهمته، مثل الرسوم والنماذج.

(العقود المسماة الجزء ٤ الدكتور محمد كامل مرسى ص ٤٨٢ وما بعدها)

#### • التزام المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة :

يجب على المقاول أن ينفذ العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة وطبقا للشروط الواردة في هذا العقد فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب إتباع العرف، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول، فلصناعة البناء أصول معروفة، وللنجارة والحدادة والسباكة والحياسة والرسم والتصوير والنحت أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها في العد ولصناعة الطب وصناعة المحاماة والهندسة والمحاسبة والطبع والنشر وغير ذلك من الأعمال التي يصح أن تكون محلا لعقد المقاولة أصول وتقاليد وعرف يجب على المقاول أن يلتزمها في إنجازها للعمل المعهود به إليه. فإذا خالف القانون الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تمثلها أصول الصناعة وعرفها وتقاليدها، وأثبت رب العمل ذلك كان المقاول مخلا بالتزامه ووجب عليه الجزاء الذي سنبينه فيما يلي، وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ في جانب المقاول، فإن مخالفة هذه الشروط هي ذاتها الخطأ، ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أي بإثبات أن مخالفة

الشروط ترجع إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير (محمد لبيب سيب فقرة ٧٠ ص ٩٠) وإذا احتاج المقاول فى انجازه للعمل طبقاً لشروطه أو وفق عرف وأصول الحرفة إلى استخدام أدوات ومهمات أجب عليه أن يأتى بها على نفقته. وذلك ما لم يجرى الإنفاق على خلاف ذلك كان يتفق الطرفان على أن يحضر رب العمل هذه الأدوات والمهمات وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ مدنى على أنه وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى غنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية، ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقضى الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره.

● **العناية اللازمة من المقاول فى تنفيذ العمل:** الالتزام بإنجاز العمل فى عقد المقاولة إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية، وغما أن يكون التزاماً ببذل عناية. فإذا كان التزام المقاول التزاماً بتحقيق غاية، كإقامة بناء أو ترميمه أو صنع أثاث فلا يبرأ من التزامه ألا بانجاز هذا العمل، ولا تنتقى مسؤوليته إلا بإثباته للسبب الاجنبى كحادث فجائي أو قوة القاهرة إذ به تنتقى علاقة السببية وإذا كان التزاما ببذل عناية كعلاج مريض أو مرافعة فى قضية أو غدارة مل فيجب عليه بذل عناية الشخص العادى فى انجاز العمل (أنور طلبه ص ٤٣٧)

● **تنفيذ المقاولة بمواد رب العمل:** سبق أن أوضحنا أنه يجب على المقاول أن يقوم بتنفيذ العمل الذى عقد به إليه وفقاً لشروط العقد فإن لم تكن ثمة شروط وجب اتباع العرف ويجب على المقاول تسليم الشئ لرب العمل هو الذى قدمها للمقاول فأن الأخير يكون بمثابة مودع لديه مع التزامه بتصنيعها أو إصلاحها ثم ردها ويكون لرب العمل أن يطلب من القضاء استرداد ماله، أما إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة فقد انقسمت

الآراء فى هذه الحالة فذهب رأى إلى اعتبار العقد مقاولة دائماً إذ المادة ليست الا تابعة للعمل فتكون المقاوله ملزمة للصانع وتقع على الشئ المصنوع فتنتقل ملكيته لرب العمل دون أن تخرج عن نطاق المقاوله، وذهب رأى ثان إلى أن العقد هو بيع شئ مستقبل بينما ذهب رأى ثالث إلى أن العقد يكون مقاوله أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإن فاقت قيمة العمل كثيراً قيمة المادة كالرسم يقدم القماش والألوان فالعقد مقاوله، أما أن فاقت قيمة المادة كثيراً قيمة العمل مثل ميكانيكى يقدم سيارة ويجرى إصلاحاً بها، فالعقد بيع أما أن كانت القيمتان متقاربتين فالعقد مزيج من بيع ومقاوله كخشب يقدم لنجار لصنع أثاث أو قماش يقدم لخياط لصنع ثوب، فيقع البيع على المادة وتسرى أحكامه عليها وتقع المقاوله على العمل وتسرى أحكامها عليه، فيبقى المفاوض مالكا للمادة حتى وقت التسليم، وقبله لا يجوز لرب العمل أن يسترد الشئ لأنه ليس مالكا، وإنما له الرجوع على المفاوض بالتعويضات أو أن يجبره على التسليم عن طريق الغرامة التهديدية.

● **تقديم المفاوض لمادة العمل:** رأينا أن المادة ٦٤٧/٢ مدنى فقد نصت على أنه " كما يجوز أن يتعهد المفاوض بتقديم العمل والمادة معا وعليه يجوز أن يقتصر المفاوض على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى استخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله ويجوز له أن يتعهد بتقديم العمل والمادة معا وقد سبق أن رأينا إذا قدم المفاوض مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاوله، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاوله على العمل وتنطبق أحكامها عليه.

• **مسئولية المقاول عن عدم تنفيذ العمل:** عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته التى لا يدرأها عنه إلا إذا اثبت هو قيام السبب الأجنبى الذى تنتفى به علاقة السببية، فإذا كان يبين من العقد أن المطعون ضده تعهد بتنفيذ ميع أعمال البناء المتفق عليها وتسليم المبنى معدا للسكنى فى الموعد المتفق عليه، وكان هذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية، فإنه متى أثبتت الطاعنة إخلاله بهذا الالتزام فأنها تكون قد أثبتت الخطأ الذى تحقق به مسئوليته ولا يجديه فى نفي هذا الخطأ أن يثبت هو أنه قد بذل ما فى وسعه من جهد لتنفيذ التزامه فلم يستطيع مدامت الغاية لم تتحقق، ومن ثم فإذا استلزم الحكم المطعون فيه لقيام مسئولية المقاول المطعون ضده بثبوت وقوع خطأ أو إهمال منه فى تأخره فى تسليم المبانى للطاعنة - مع أن هذا التأخير والخطأ بذاته - فإن الحكم يكون مخالفا للقانون نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ س ١٨ ص ١٩١٦

• **إثبات تنفيذ المقاول:** يجوز للمقاول إثبات تنفيذه لأعمال المقاوله بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن ويراعى أن تنفيذ المقاوله هو وفاء بالالتزام والمقرر أن الوفاء بالالتزام للدائن يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع لوسيلة الإثبات التى يحاج بها الدائن.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** ولا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبيئة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه الزمه بإجراء أعمال زائدة على المتفق عليه فى عقد المقاوله لأن عمل المقاول لا يعتبر تجاريا بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق (نقض ١٩٣٧/٥/١٣ ج ١ فى ٢٥ سنة ص ٣٥).



### من أحكام القضاء:

عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرأها عنه إلا إذا أثبت هو قيام السبب الأجنبي الذي ينتفي به علاقة السببية. فإذا كان يبين من العقد أن المطعون ضده تعهد بتنفيذ جميع أعمال البناء المتفق عليها وتسليم المبني معداً للسكني في الموعد المتفق عليه، وكان هذا الإلتزام هو الإلتزام بتحقيق غاية، فإنه متى أثبتت الطاعنة إخلاله بهذا الإلتزام فإنها تكون قد أثبتت الخطأ الذي تتحقق به مسؤوليته، ولا يجديهِ في نفي هذا الخطأ أن يثبت هو أنه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ إلتزامه فلم يستطع مادامت الغاية لم تتحقق؛ ومن ثم فإذا استلزم الحكم المطعون فيه لقيام مسؤولية المقاول المطعون ضده ثبوت وقوع خطأ أو إهمال منه في تأخره في تسليم المباني الطاعنة - مع أن هذا التأخير هو الخطأ بذاته - فإن الحكم يكون مخالفاً للقانون.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - مجني - ص ١٩١٦)

\* \* \*

## تقديم المقاول العمل والمواد

**النص التشريعي (مادة ٦٤٨) :**

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

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٦٤٧ لبيي و ٦١٤ سوري و ٨٦٦ عراقي و ٦٦٣ لبناني و ٨٧٣ تونسي و ٥٢٢ سوداني.

**الأعمال التحضيرية :**

ليس علي هذه المادة تعليق بها يحتاج إلي إيراد.

**رأي الفقه :**

١- طبق نص المادة قاعدة إعتبار العقد مزيجاً من بيع ومقولة- في حالة تقديم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها، وكان للمادة قيمة محسوسة، سواء أكانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل، ويقع البيع علي المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقولة علي العمل وتطبق أحكامها عليه- طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة، فجعل المقاول مسئولاً عن جودة

المادة وعليه ضمانها لرب العمل. ذلك أن المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية. والبيع هنا يكون معلقاً علي شرط واقف، هو تمام صنع المادة، فيصبح للبيع بائناً وتنفذ آثاره، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية، من وقت أن يتم

المقاول عمله ويكسب الشيء المصنوع كل مقوماته الذاتية، أي من وقت أن يصبح الخشب مكتبا أو مكتبة أو أثاثا في حالة التعاقد مع نجار، أو من وقت أن يصبح القماش ثوبا تام الصنع في حالة التعاقد مع حائك، وهكذا. وتسري في ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الإستصناع الذي نحن بصدده وهي أحكام عقد البيع، فيكون المقاول ملزما بالضمان إذا لم تتوافر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها فيه، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويضمن المقاول هذا العيب، ولو لم يكن عالما بوجوده (م ٤٤٧/٤ مدني)، ولا يضمن المقاول العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشيء من هذا العيب، أو أثبت أو المقاول قد تعد إخفاء العيب غشا منه (م ٤٤٧/٢ مدني). ولا يضمن المقاول عيبا جري العرف علي التسامح فيه (م ٤٤٨ مدني). وإذا تسلم رب العمل الشيء، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل إعتبر قابلا للشيء (م ٤٤٩/١ مدني). أما إذا كان للعيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد تم كشفه رب العمل، وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره، وإلا إعتبر قابلا للشيء بما فيه من عيب (م ٤٤٩/٢ مدني). وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان علي النحو المبين في المادة ٤٤٤ مدني (م ٤٥٠ مدني). وتبقي دعوى الضمان ولو هلك الشيء بأي سبب كان (م ٤٥١ مدني). وتسقط بالتقادم

دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلي رب العمل ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، علي أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه (م ٤٥٢ مدني). وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط، والمواصفات المتفق عليها في خصوص هذه المادة. وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات، وجب علي المقاول أن يتوخى في اختيار المادة أن تكون وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (م ١/٤٤٧ مدني). وإذا لم يتفق المتعاقدان علي درجة المادة من حيث جودتها، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر إلزام المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدني).

(الوسيط- ٧ مجلد ١- للدكتور السنهوري- ص ٦٩ وما بعدها)

٢- إذا هلكت مادة العمل بحادث مفاجئ **cas fortuit** تخلص المقاول من التزامه بالتسليم، ولكن عليه، وفقاً للقواعد العامة أن يثبت الحادث المفاجئ. ولكن هل يكون رب العمل ملزماً بأداء ثمن العمل يتحمل المقاول كل الخسارة إلا إذا كان قد أعذر رب العمل لتسلم الشيء، ثم حصل الهلاك.

(العقود المسماة ٤- للدكتور محمد كامل مرسى- ص ٤٨٥- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٣ من التقنين اللبناني علي أن: "الصانع الذي يقدم المواد يكون ضامناً لشبوتها") وقد نصت المادة ٨٧٣ من القانون التونسي علي أنه: "إذا كان الأجير ملتزماً بمواد الخدمة ضمن نوع ما استعمله منها. وإذا أتى بها المستأجر كان علي الأجير استعمالها علي مقتضى قوانين الصناعة بلا تفريط ثم يحاسبه عما استعمله منها ويسلم له الباقي".

• مسؤولية المقاول عن جودة مادة العمل إذا كان المتعهد بتقديمها : سبق

أن أوضحنا أن المقاول إذا قدم المادة، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقولة، فيقع البيع على المادة وتسرى أحكامه عليها، وتقع المقولة على العمل وتسرى أحكامها عليه وقد أعملت المادة ٦٤٨ هذه الأحكام فجعلت المقاول مسئولاً عن جودة المادة فألزمته بضمان ما بها من عيوب، ويكون البيع هنا معلقاً على شرط واقف هو تمام صنع المادة فيصبح البيع باتاً وتنفيذ آثاره، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية، من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشئ المصنوع كل مقوماته الذاتية، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً فى حالة التعاقد مع نجار، أو من وقت أن يصبح القماش ثوباً تام الصنع فى حالة التعاقد مع كحائك وهكذا. وتسرى فى ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصددده وهى أحكام عقد البيع فيكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل لرب العمل وجودها فيه، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (م ١/٤٤٧ مدنى) ولا يضمن المقاول العيوب التى كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشئ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشئ من هذا العيب، أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٢/٤٤٧ مدنى) ولا يضمن المقاول عيباً جرى العرف على التسامح فيه (م ٤٤٨ مدنى) وإذا تسلم رب العمل الشئ واكتشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه إخطاره فى مدة معقولة وإلا اعتبر قابلاً للشئ فأن كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه وجب عليه إخطار المقاول بمجرد زهوره والا اعتبر قابلاً للشئ بما فيه من عيب وإذا أخطر رب العمل المقاول

بالعيب فى الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ مدنى (م ٤٥٠ مدنى) وتبقى دعوى الضمان، ولو هلك الشئ بأى سبب كان (م ٤٥١ مدنى) وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة وقت تسليم الشئ إلى رب العمل ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتتام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (٤٥٢ مدنى) وفى اختيار المقاول للمادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم اشروط والمواصفات المتفق عليها فى خصوص هذه المادة كما سبق القول، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب على المقاول أن يتوخى فى اختيار المادة أن تكون وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له (م ١/٤٤٧ مدنى) إذا لم يتفق الطرفان على جودة المادة وجب الرجوع إلى العرف أو لظروف التعاقد، فإن لمي وجد تعين أن تكون المادة من درجة متوسط (م ١٣٣) وفى هذه الحالة، يجب أن يكون أجر المقاول مناسباً لثمن المادة والعمل الذى قد لاستصناعه، ويجوز الاستعانة بأهل الخبرة لتقدير ثمن المادة وأجر العمل، للوقوف على أجر المقاول الذى يستحقه المقاول، ويلتزم به رب العمل، فإن وجدت محاوزة، تعين ردها إلى ما يتناسب مع ثمن المادة وأجر العمل)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " لما كان المدلول اللغوى لعبارة " الشغل للغير " هو المزاولة بالممارسة والتكرار وكان ع طعن قد المقولة - وفقاً لأحكام القانون المدنى - من العقود المسماة التى ترد على العمل، يقوم فيه المقاول بأداء عمل أو شغل معين لحساب الغير، فإذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجاً من بيع ومقولة، فيقع البيع

على المادة وتقع المقاوله على العمل مما لازمه انصراف عبارة " خدمات التشغيل للغير " فى خصوص نشاط المقاولات - إلى عنصر العمل وحده دون المواد المستخدمة التى تنظم الضريبة عليها الجداول الخاصة بالسلع متى كان هذا العمل يزاول على وجه الممارسة والتكرار وكان القائم به من المكلفين بتحصيل وتوريد الضريبة العامة على المبيعات سواء بلغ المقابل الذى حصل عليه نظير الخدمات التى قدمها خلال السنة المالية حد التسجيل ٥٤٠٠٠ جنيه أو ما يقرره وزير المالية - أو لم يبلغ ذلك الحد ومع تم تسجيل اسمه بناء على طلبه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى قضائه على عدم انصراف عبارة " خدمات التشغيل للغير " الى عقود المقاوله بصفة مطلقة ورتب على ذلك عدم خضوعها للضريبة العامة على المبيعات دون أن يعرض لطبيعة عقود المقاوله التى يطلب المطعون ضده عدم مطالبته بالضريبة عنها من حيث عناصرها ومدى استيفاء شروط استحقاقها فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب " (نقض ١٦/٤/١٩٩٨ طعن ٢٢١ س ٦٧ ق) وبأنه " عقد المقاوله هو الذى يتعهد بمقتضاها أحد المتعاقدين بأن يؤدى عملاً مادياً للمتعاقد الآخر، ويترتب على تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، إنطباقاً أحكام المقاوله على العمل فحسب (نقض ٢٩/٦/١٩٨٨ طعن ٨٨٠٦ س ٦٦ ق)

### من أحكام القضاء:

١- 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 في ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع هذا الأخير أو تأخر في تقديم مواد البناء - إن الحكم الاستثنائي إذ ند عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائي من أسباب كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه.

(الطعن رقم ١٢٠ - لسنة ١٨ ق - تاريخ الجلسة ٩ / ١١ / ١٩٥٠)

\* \* \*



## مسئولية المقاول عن استعمال المواد المقدمة من رب العمل

### النص التشريعي (مادة ٦٤٩) :

(١) إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلي المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه، ويرد إليه ما بقي منها. فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للإستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، إلترزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل.

(٢) وعلي المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك عن نفقته. هذا ما لم يقضى الإتفاق أو عرف الحرفة بغيره.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:  
مادة ٦٤٨ لبيي و ٦١٥ سوري و ٨٦٧ عراقي و ٥٣٩ و ٦٢٢ لبناني و ٥٢٣ سوداني و ٨٦٨ تونسي.

### الأعمال التحضيرية :

ليس علي هذه المادة تعليق بها يحتاج إلي إيراد.

### رأي الفقه :

١- المفروض - في نص المادة ٦٤٩ مدني أن رب العمل هو الذي يقدم المادة للمقاول، فيقدم مثلاً القماش للحائك أو الخشب للنجار أو الذهب للصائغ أو الورق للمطبعة أو الأرض لمقاول البناء... الخ.  
ويجب علي المقاول في هذه الحالة أن يحافظ علي المادة المسلمة إليه من رب العمل، وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد، فإن نزل عن هذه العناية كان مسئول عن هلاكها أو نقلها أو ضياعها أو

سرققتها. وإذا احتاج الحفظ إلي نفقات، تحملها المقاول، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر.

يجب علي المقاول أن يستخدم المادة طبقاً لأصول الفن، فيجانب الإفراط والتفريط، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي إن وجد. فإن بقي من الخشب أو من القماش أو الذهب أو الورق الذي تسلمه من رب العمل شيء بعد أن أتم صنع الأثاث أو الثوب أو المصاغ أو طبع الكتاب. وجب عليه رده لرب العمل.

وإذا كشف في أثناء عمله، أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفني، أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب علي إهماله من نتائج. كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة.

ولما كانت مسئولية المقاول في هذا الخصوص مسئولية عقدية، فإنه إذا تلف الشيء أو ضاع أو هلك، وقع عبء الإثبات علي رب العمل، فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وأن هذا الإهمال هو الذي ترتب عليه تلف الشيء أو ضياعه أو هلاكه. والمقاول من جانبه أن يثبت، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية، أنه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أن التلف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، فتنتفي مسئوليته في الحالتين. كذلك المفروض أن المقاول يتوافر علي الكفاية الفنية الكافية وعلي رب العمل يقع عبء إثبات أن المقاول قد تسبب بقصور كفايته الفنية في جعل المادة أو بعض منها غير صالحة للإستعمال. وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية أن يثبت أنه قد

قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للإستعمال لا يرجع إلي قصور فني من جانبه، بل يرجع إلي سبب أجنبي. وإذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل، فإن مسؤولية المقاول تنتفي، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المقاول.

وإذا استعان المقاول بشخص يساعده في إنجاز العمل أو استخدمه في ذلك، فإنه يكون مسئولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع، ولكن مسئوليته هنا عقدية لا تقصيرية.

ويلتزم المقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة (وفقا لطبيعة العمل وعرف الحرفة وإمكانات المقاول)، وهو إلزام بتحقيق غاية وليس إلزاماً ببذل عناية، فلا يكفي - لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخر - أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك، بل يجب عليه حتى تنتفي مسئوليته أن يثبت السبب الأجنبي (القوة القاهرة - الحادث الفجائي - فعل الغير)، فإذا أثبتته انتفت مسئوليته لانتفاء علاقة السببية.

وإذا تحققت مسؤولية المقاول كان لرب العمل - تطبيقاً للقواعد العامة - إما أن يطلب التنفيذ العيني وإما أن يطلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، ويجب أن يعذر رب العمل المقاول كما تقضى بذلك القواعد العامة. وبشرط أن يكون التنفيذ العيني ممكناً مع حق رب العمل في اللجوء إلي التهديد المالي إن كان مجدياً، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ مع التعويض. فإذا كانت شخصية المقاول محل إعتبار جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء في إتمام العمل بواسطة مقاول آخر علي نفقة

المقاول الأول إن كان التنفيذ ممكناً، ويجوز في حالة الاستعجال - ترميم منزل آيل للسقوط - أن يجري رب العمل تنفيذ الإلتزام علي نفقة المقاول بغير ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني). وإذا اختار رب العمل الفسخ لجسامة الإخلال بالإلتزام، فإن القاضي طبقاً للقواعد العامة أن يجيب الطلب، كما أن له أن يمهل المقاول حتى يقوم بتنفيذ إلتزامه، كما أن للمقاول أن يعرض - قبل النطق بالفسخ - أن ينفذ إلتزامه فلا يحكم القاضي بالفسخ ولكنه يقضي بالتعويض إن كان له محل.

(الوسيط - ١٧- للدكتور السنهاوي ص ٧٢ وما بعدها)

٢- إذا هلك الشيء بحادث مفاجئ من غير أن يوجد تقصير من جانب المقاول، فإن الهلاك يكون علي رب العمل، ويتخلص المقاول من إلتزامه بالتسليم. وعلي المقاول إثبات الحادث المفاجئ، وفقاً للقواعد العامة. فإذا هلك الشيء أو صار غير صالح للإستعمال بسبب إهمال الصانع أو عدم كفايته الفنية كان ضامناً للهلاك وإلتزم برد قيمة الشيء لرب العمل. ووفقاً للقواعد العامة لا يترتب علي التأخير الحاصل بسبب مفاجئ فسخ العقد ولا التعويضات. وعند عدم الإلتفاق يكون التعويض بمراعاة الضرر.

ويجوز لرب العمل أن يعهد بالأعمال إلي مقاول آخر علي نفقة من أخل بالإلتزاماته، ولكن لا بد في ذلك من إذن للقضاء. ووفقاً للقواعد العامة لا يبدأ سريان التعويضات بسبب عدم إنجاز العمل أو عدم التسليم إلا من وقت الإعذار.

(العقود المسماة الجزء ٤- للدكتور كامل مرمي ص ٤٨٥ وما بعدها)

● **محافظة المقاول على مادة العمل إذا كان رب العمل هو الذى قدمها : إذا**

كان رب العمل هو الذى قدم المادة، كأخشاب لصنع أثاث أو قماش لحياكة ثوب أو مواد بناء لتشييد منزل أو ورق لطباعة كتاب، وجب على المقاول أن يحافظ عليها ويبذل فى سبيل ذلك عناية الشخص العادى، فأن نزل عن هذا القدر كان مسئولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول لاندراج هذه النفقات تحت تقدير الأجر (أنور طلبه ص ٤٤٤) كما يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبقاً لأصول الفن، فيجانب الإفراط والتفريط ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي أن وجد، فإن يبق من الخشب أو القماش أو الذهب أو الورق الذى تسلمه من رب العمل شئ بعد أن أتم صنع الأثاث أو الثوب أو المصاغ أو طبع الكتاب وجب عليه رده لرب العمل، وإذا كشف فى أثناء عمله، أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود، كما إذا كان القماش الذى تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب، أو كان الخشب لا يصلح لصنع الأثاث، أو كانت الأرض التى يقيم عليها البناء تتطوى على عيب يتهدد سلامة البناء، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج، كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق بتنفيذ 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 ٨٦٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها: ١- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل، أو قامت عوامل

أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك. ٢- فإذا أهمل في الأخطار، كان مسئولا عن كل ما يترتب علي إهماله من نتائج إلا أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " وهذا النص في الواقع بعد تطبيقاً لهذه القواعد (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٣) ولما كانت مسئولية المقاول، مسئولية عقدية، فيقع على الدائن وهو رب العمل، عبء الإثبات بن المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص العادي مما أدى إلى إهلاكه أو تلفه أو ضياعه أو سرقة، وللمقاول درء ذلك بإثبات قيامه ببذل عناية الرجل العادي، وأن تعلقت المسئولية بالكفاية الفنية فتسرى ذات الأحكام فيثبت رب العمل أن المقاول تسبب بقصور كفايته الفنية في جعل المادة غير صالحة للاستعمال وللأخير درأ المسئولية بإثبات قيامه بالعمل وفقاً للأصول الفنية، أو أن ذلك يرجع لسبب أجنبي.

● **مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه :** يتضح مما تقدم أن المقاول يكون مسئولا عن خطأه مسئولية عقدية، ويثبت في جانبه الخطأ، فتتحقق مسئوليته إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليده الصنعة وعرفها أو أساء اختيار المادة التي قدمها من عنده ليستخدمها في العمل، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل، أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفني وبوجه عام إذا هو خالف واجباً من واجباته التي فصلناها فيما تقدم. فإذا ثبت خطأه على هذا النحو، وكان هو الذي قدم المادة، فضاقت أو تلفت بسبب خطأه، تحمل هو الخسارة فلا يرجع على رب العمل لا بقيمة المادة التي ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل بل يكون فوق ذلك مسئولا عن تعويض رب العمل عما أصابه من الضرر بسبب إخلاله

بالتزاماته على النحو الذى سنبينه فيما يلى، وإذا كان رب العمل و الذى قدم المادة، وجب عليه أن يعرضه قيمتها، ولا يرجع عليه بأجر العمل، ويكون فوق ذلك مسئولا عن التعويض كما سبق القول، وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** أنه وإن كان الأصل فى القانون أن المسؤولية شخصية إلا أنه فى حالة مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه ليست هى الاستثناء الوحيد الذى يرد على هذا الأصل بل يرد عليه أيضا مسؤولية رب العمل عن خطأ المقاول إذا كان هذا الأخير يعمل بتوجهه، وتحت إشرافه المباشر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - كما يرد عليه أيضا حالة رب العمل الذى يسئ اختيار المقاول فيعهد بالعمل إلى مقاول جاهل بأصول مهنة المقاوله والفارق بين مسؤولية المالك فى هذا الصدد ومسؤولية المتبوع أن سوء الاختيار فى الحالة الأولى يجب على المدعى إثباته وفى الحالة الأخرى هو مفترض قانوناً افتراضاً لا سبيل لدحضه، فإذا كان المضرور قد تمسك فى دفاعه بأن المقاول الذى عهد إليه المالك يجهل أصول هذه المهنة ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بما يصلح رداً عليه فإنه يكون قاصر التسبب مخالفاً للقانون (جلسة ١٩٥٨/٦/١٢ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٥٥٧).

أما إذا حصل الضياع أو التلف، بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم الشئ فن مسؤولية المقاول تنتفى ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف يرجع لخطأ المقاول. وإذا استعان المقاول بشخص يساعده فى العمل، فيكون مسئولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية عقدية، كما يكون المقاول مسئولا عن المقاول من الباطن (أنور طلبه ص ٤٤٥).

• **إنجاز المقاول للعمل فى الموعد المتفق عليه :** يجب على المقاول إنجاز العمل فى الموعد المتفق عليه، فغن لم يوجد اتفاق فىكون الإنجاز فى المدة المعقولة وهذا التزام بتحقيق غاية ولا تدرأ المسؤولية إلا للسبب الأجنبي ولا يكفى أن يكون المقاول بذل عناية الشخص العادى وتنتفى مسؤوليته إذا رجع التأخر لخطأ رب العمل كتأخره فى تقديم المادة أو الرخصة أو تأخر فى دفع الأقساط المستحقة للمقاول، وإذا طلب رب العمل تعديلات خارجة عن نطاق العقد فتنتفى مسؤولية المقاول عن تأخير العمل طالما أنجز التعديلات فى وقت مناسب (أنور طلبه ص ٤٤٥).

• **جزاء إخلال المقاول بالتزامه :** فإن أخل المقاول بالتزامه، يكون لرب العمل، وفقا للقواعد العامة وبعد إذار المقاول، أن يطلب التنفيذ العينى أن كان ممكنا، فإن روعيت فى انجاز العمل شخصية المقاول، جاز لرب العمل اللجوء للغرامة التهديدية لاجباره على إنجازهم، أما أن كان العمل لم تراعى فيه هذه الشخصية، جاز لرب العمل تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر وعلى نفقة المقاول الأول بعد استئذان القضاء فى ذلك، ويجوز له هذا الاستبدال أو التنفيذ بمعرفته وبدون استئذان القضاء فى حالة الاستئذان كترميم منزل أيل للسقوط، ويجوز فى حالة الاستعجال، كما هو الأمر فى ترميم منزل أيل للسقوط، أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدنى) كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه فى حالة المقاول يكون لرب العمل سحب العملية منه وإتمامها بواسطة غيره - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم، إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها المقاول - الطاعن - يطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه 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 في الميعاد المتفق عليه ورغم إمهاله في ذلك مراراً، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له في إتمام العمل في فترة حدودها قبل المطعون عليه التماسه على ألا يعد هذا القبول تنازلاً منه عن قرار السحب السابق، وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه، وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص منه على أنه في حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق في حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التي استحضرها الطاعن واستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسئولاً عن دفع أجر عنها، فإن النعى على الحكم مخالفة لقانون العقد والقصور في التسبيب على غير أساس (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢)

**كما قضت محكمة النقض بأنه :** " القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا على نفقة المقاول عملاً بالمادة ٢٠٩ 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 مكملية للأعمال المتفق عليها في العقد، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفى العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التي قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العيني للعقد " (طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ ق - جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥) وبأنه " يجوز في عقد المقاولة الاتفاق على أن يحل رب العمل نفسه محل المقاول المتخلف أو المقصر في تنفيذ الالتزام أو يعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب ذلك المقاول وتحت مسئوليته 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. وبأنه " لما كان البين من الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه قد نص فى بند من بنوده على أنه " إذا تبين للشركة الطاعن أن معدل سير العمل لا يبشر بالنهاى فى المواعيد المقررة فلها الحق فى سحب كل أو جزء من العمل من المطعون 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 الأضرار التى تلحق بها نتيجة لهذا التأخير " وكانت الشركة الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها سحبت العملية من المطعون ضده وأتمها على نفقته تطبيقاً للاتفاق المبرم بينهما وأسفر ذلك عن مديونيته لها، إلا أن الحكم المطعون به لم يفتن لهذا الدفاع الجوهرى وقضى للمطعون ضده بالمبلغ المحكوم به الذى احتسبه الخبير المنتدب من المحكمة الاستئنافية عن الأعمال التى قام بها المطعون 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 ٨٥٧١ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٢) وبأنه " لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاوله مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون 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 في جملة أو جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ، ولعدم قيام المقاول الأصلي بتنفيذ العملية في الميعاد المتفق عليه في العقد فقد سحبت الطاعة العملية منه بعدما أذنته رسمياً بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكة ضماناً لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاول من الباطن والذي لم تكن الطاعة طرفاً فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكاً للمطعون عليه الأول - المقاول من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلاً عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون " (طعن رقم ٥٥٩١، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٩/١/٢٧).

**كما قضت بأن:** " أ- إذ كانت الجمعية التعاونية لبناء المساكن لم تعلن - وقت إبرامها عقد المقاول - أنها تتعاقد مع المقاول 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 المقاول 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 المقاول وفقاً للقانون يؤدي إلى إعتبار الجمعية التعاونية وحدها صاحبة الحق في مطالبة المقاول المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، وبتعويض لأضرار 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 إذا لا تقل الدعوى إلا من صاحب الحق المطلوب الحكم به ولا يكفي لاعتبار هذا العضو مالكا للحق وذا صفة في التداعي بشأنه مجرد إقرار الجمعية لهذا الحق إذ يجب ثبوت أنه اكتسبه بإحدى الطرق المقررة في القانون لكسبه " (طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٦) وبأنه " مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتري مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات 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 بإعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره " وبأنه " 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 ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

وقد يختار رب العمل فسخ عقد المقاول، إذا كان الإخلال بالالتزام جسيماً بحيث يبرر الفسخ، وللقاضى طبقاً للقواعد العامة، أن يجيب رب العمل إلى

الفسخ كما أنه لا يمهّل المقاول حتى يقوم بتنفيذ التزامه، كما أن للمقاول أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضي بالفسخ ولكنه يقضى بالتعويض إن كان له محل، وقد يشترط رب العمل نه له الحق في فسخ العقد إذا رأى أن المقاول متأخر في إنجازه، ففي هذه الحالة يـون تقدير التأخر في انجاز العمل موكولا إلى رب العمل، إلا إذا تعسف في هذا التقدير، وعلى المقاول يقع عبء إثبات هذا التعسف (استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥١) وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ، كان له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المقاول بتنفيذ التزامه، وذلك طبقاً للقواعد العامة، وصورة من صور التعويض مقترنا بالفسخ هي أن يترك رب العمل الشئ المصنوع للمقاول إذا كان هذا قد أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها، فلا تقبله منه ولا يعطيه عنه أجراً، بل يسترد منه قيمة المادة إذا كان هو الذي قدمها، مع تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر آخر (السنهوري ص ٦٤) وقد يكون الضرر أدبياً غير مادي ومع ذلك يجب التعويض عنه، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها، وتأخر في ذلك ثم لم يـم إلا ببعضه لا شك يعتبر الضرر متوافراً، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر، والتأمين الذي أخذته من المتعهد ضماناً لعدم التأخير يصبح مكتسباً لها كما شرط في التعهد (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) وإذا تضمن العقد شرطاً جزائياً تعين أعماله وفقاً لأحكام هذا الشرط (م ٢٢٣ - ٢٢٥) فيجوز تخفيضه بقدر

الضرر أو الإعفاء منه إذا انتفى الضرر، وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ أن له طلب تعويض أن كان له مقتض.

### وقد قضت محكمة النقض بأن: " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى

بإقرار فسخ عقد المقاولة أقام قضاءه على ما ثبت للمحكمة من أن المقاول قد عجز عن السير بالعمل سيرا مرضيا فحق للحكومة فسخ العقد استناداً إلى نص صريح فيه يخولها هذا الحق، فإن هذا الذي استند إليه الحكم لحمله، ولا يضيره ما ورد فيه من قرارات خاطئة أخرى نقض ١٩٥٤/٤/٢٢ ج ٢ في ٢٥ سنة ص ٥٨٧ - وقضى ذات الحكم بورود الفسخ على عقد المقاولة سواء اعتبر عقدا مدنيا أم عقدا إداريا - عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما التزم به في عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه (نقض ١٩٦٧/١١/١٦ س ١٨ ص ١٧٠٨ - الحكم بفسخ عقد المقاولة يبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول - الذي أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استناداً إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة، ولما أن مقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمادة ١٧٩ من القانون المدني، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى، أى أنه يلتزم برد أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار، وكان تقدر قيمة الزيادة في مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذي يقدر فيه 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 - المقاول - من أعمال

البناء، الحدود الواردة بعقد المقاولة الذى قضى بفسخه، فغنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٧/٣/١٩٧٠ س ٢١ ص ٤٥٠)

**كما قضت محكمة النقض بأن:** " 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 للمطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها فى ذلك البند، وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير، وكان الطاعن قد تأخر فى نهو العمل فى الميعاد المتفق عليه أولاً فى العقد، ثم تباطأ فى إنجازهِ رغم إتمامه أكثر من مرة بما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه، ثم قبل الطاعن الاستمرار فى العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور، فإن المطعون عليه على حق فى احتساب غرامة التأخير عليه (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٢٤)

### من أحكام القضاء:

١- متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التي رفعتها الطاعنة علي المطعون عليهما بسبب تلف أقمشتها عند تبييضها في مصبغتهما، قد أقام قضاءه علي أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليهما هو عقد استصناع وأن مسؤولية هذين الأخيرين عن تبييض أقمشة الطاعنة قد انتفت بتسليمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط وأنه حتى لو كان قد ظهر فيها تلف نتيجة الصياغة، فهو عيب خفي، كان يجب أن ترفع عنه الطاعنة دعوى الضمان - خلال الأجل المقرر - 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 تسليمها الأقمشة لا يفيد القبول الذي يرفع مسؤولية المطعون عليهما لأنها تسلمتها علي دفعات متتالية

تشمل كل دفعة أثوابا مغلقة دون فضها في الحال للتحقق من سلامتها كما جري بذلك للعرف الجاري وأنها بادرت بإخبار المطعون عليهما بظهور العيب بها بمجرد ردها من عملائها لوجود احتراق فيها. كذلك لم يبين الحكم ما إذا كان تسلم الطاعنة الأقمشة في الظروف سالفة الذكر فيه معني القبول الذي يرفع مسئولية المطعون عليهما عما يكون قد ظهر فيها من عيب أم غير ذلك، فضلا عن أنه أجري علي الدعوى حكم المادة ٣٢٤ من القانون المدني- القديم- الواردة ضمن أحكام العيب الخفي- دون أن يقرر تقريراً مدعماً بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة علي أنه عقد استصناع اعتماداً علي ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق علي عقد الاستصناع سواء أكان مختلطاً أم غير مختلط بالبيع، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون كما شابه القصور.

(جلسة ١٩٥٠/١٢/١٤- مجموعة القواعد القانونية- ٢٥ عاماً- جزء ١- مدني- ص ٢١٦)

٢- متي كان الحكم المطعون فيه إذ قضي إقرار فسخ عقد المقولة أقام قضاءه علي ما ثبت للمحكمة من أن المقاول قد عجز عن السير بالعمل سيراً مرضياً، فحق الحكومة فسخ العقد إستناداً إلي نص صريح فيه يخولها هذا الحق، فإن هذا الذي إستند إليه الحكم يكفي لحمله ولا يضيره ما ورد فيه من تقارير خاطئة أخرى.

(نقض- جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢- المرجع السابق- جزء ٢- ص ٨٥٧)

٣- إن عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما إلتزم به في عقد المقولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذ لم ينص فيه علي وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه.

(نقض- جلسة ١٩٦٧/١١/١٦- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٨- مدني- ص ١٧٠٧)

٤- الحكم بفسخ عقد المقولة ينبني عليه انحلاله وإعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول- الذي أخل بالتزامه- بقيمة ما استحدثته من



أعمال إلا إستنادا إلي مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلي العقد الذي فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة، ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدني، أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثري، أي أنه يلتزم برد أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة في مال المثري بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أي وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذي يقدر فيه الافتقار هو وقت الحكم، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وملتزم في تقدير قيمة ما زاد في مال المطعون عليه - رب العمل - بسبب ما استحدثه الطاعن - المقاول - من أعمال البناء، الحدود الواردة في عقد المقولة الذي قضي بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(نقض جلسة ١٧/٣/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٤٥٠)

٥- مؤدى نص المادة ١/٦٤٩ من ذات القانون " القانون المدني " انه في حالة تقديم رب العمل المادة المستخدمة فانه يتعين على المقاول ان يحافظ على المادة المسلمة اليه من رب العمل وان يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد فان نزل عن هذه العناية كان قمسئولا عن هلاكها او تلفها او ضياعها او سرقتها وان مسؤولية المقاول في هذه الحالات مسؤولية عقدية ويقع عبء الاثبات على رب العمل، اذ عليه ان يثبت ان المقاول لم يبذل في حفظ الشئ عناية الشخص المعتاد وان اهماله في المحافظة عليه هو الذي ترتب عليه تلف الشئ او ضياعه او هلاكه او سرقة وللاخير من جانبه ان يثبت - حتى يدرا عن نفسه المسؤولية - انه بذل عناية الشخص المعتاد وان تلف او الضياع او الهلاك او السرقة كان بسبب اجنبى لا يد له فيه فتنتفى مسؤوليته.

(الطعن رقم ٣٠٩٩ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ١٢ / ٢٠٠٣)

## تنفيذ المقاولة على وجه معيب

### النص التشريعي (مادة ٦٥٠) :

(١) إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به علي وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لرب العمل أن يندره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معلوم 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 ٢٠٩.

(٢) علي أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٤٩ لبيي و ٦١٦ سوري و ٨٦٩ عراقي و ٦٦٤ لبناني و ٥٢٤

سوداني.

### الأعمال التحضيرية :

ليس علي هذه المادة تعليق بها يحتاج إلى إيراد.

### رأي الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٦٥٠ مدني أن رب العمل، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه علي المقاول، إذ المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل، وهذا هو الذي يميز المقاولة عن عقد العمل، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو في يد المقاول ليراقب ما إذا كان يجري طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة. فليس رب العمل إذن ملزماً بالتربص حتى

ينتهي العمل ويقسمه له المقاول، ليري ما إذا كان هذا الأخير قد راعي الشروط والمواصفات وأصول الصناعة في عمله فيقبل العمل، أو لم يراعها فيرفضه. والخير في أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر علي نفسه وعلي المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيباً أو منافياً لشروط العقد، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم. وهذا ضرب من الرقابة خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أو عيب.

فإذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء، وهو يقيم البناء، قد أدخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلاً الأساس أو يصل به إلي العمق المكاني أو لم يجعل الحيطان في السمك المتفق عليه، أو لاحظ أن النجار الذي يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة في صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو يستخدم خشباً في هذه الوحدات غير الخشب المتفق عليه أو من صنف أقل جودة، فلرب العمل في هذه الحالة حق التدخل لمنع المقاول من المضي في عمله المعيب أو المنافي لشروط العقد.

(الوسيط - ٧-١ للدكتور السنهوري- ص ٨١ وما بعدها، والعقود المسماة - للدكتور كامل مرسي- ص ٤٩٠ وما بعدها)

● **قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد:** فرب العمل، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول بعمل مستقلاً عن رب العمل وهذا هو الذي يميز المقابلة عن عقد العمل كما قمنا، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو في يد المقاول ليراقب ما إذا كان يجرى طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة فالمشروع قد كفل لرب العمل عدم الانتظار إلى نهاية مدة عقد المقابلة حتى يستعمل حقه في طلب التنفيذ

العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين بل خول 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 يهمل المقال إلى نهاية المدة. مثال ذلك أن لاحظ رب العمل أن مقاول البناء، وهو يقيم البناء، قد أدخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلاً الأساس أو يصل به إلى العمق الكافي أو لم يجعل الحيطان في السمك المتفق عليه، أو لاحظ أن النجار الذي يصنع الأثاث المطلوب من نوع رديء من الخشب فله التدخل لمنع المقاول من الاستمرار في العمل على هذا النحو المعيب، ونفرق في ذلك بين أمرين: الأول: أن يكون المقاول بدأ العمل على نحو معيب وأصبح من المستحيل إصلاح العيب، كما إذا كانت الأدوار الأولى معيبة مثلها ولا يجدى الإهدام البناء، فيكون لرب العمل منذ البداية طلب الفسخ، ويخضع هذا الطلب لتقدير القاضى وله أن يستعين بأهل الخبرة، فله أن يقضى بالفسخ أو اصلاح العيب.

**وقد قضت محكمة النقض بأنه :** " إذا كان العيب في البناء قد بلغ حداً من الجسامة ما كان يقبله رب العمل لو علم به قبل تمام التنفيذ فيكون له الخيار بين طلب الفسخ أو ابقاء البناء مع التعويض في الحالتين، كان له مقتضى أما إذا لم يصل العيب إلى هذه الدرجة فلا يكون له إلا طلب التعويض فحسب (نقض ٢٠٠٠/٧/١ طعن ١٣٩٠ س ٦٩ق) وبأنه " إذ كان الثابت من مدونات العقد المؤرخ ٩ نوفمبر سنة ١٩٨٣ أن الطاعن والمطعون ضده السابع قد التزما بموجبه باعتبارهما مقاولين بأن يشيدا العقار محل الداعى طبقاً للشروط الفنية والهندسية المتفق عليها به في مقابل التزام المطعون ضدهم الستة الأوائل بتمليكهما ثلثي الأرض والبناء وإذ أثبت الحكم المطعون فيه ن مطالعته لتقارير الخبراء المقدمة في

الدعوى ظهور عيوب جسيمة فى تصميم بناء هذا العقار وفى تنفيذه وفى مواد البناء المستخدمة فيه وان هذه العيوب يتوقع زيادتها مستقبلاً 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 معه للمطعون ضدهم إقامة هذه الدعوى للمطالبة بفسخ العقد وإذ أجابه الحكم المطعون فيه لذلك منتهياً إلى مدة هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا يكون قد خالف القانون أياً كان الرأى فى تكييفه القانونى للعقد سند الدعوى " (نقض ٢٠٠٠/٧/١ طعن ١٣٩٠ س ٦٩ق)

ويكون للفسخ حينئذ أثر رجعى لوروده على عقد مقولة، لكن إذا تبين أن العقد فى حقيقته عقد شركة، بأن التزم مالك الأرض بتقديم أرضه كحصة عينية على أن تتمثل حصة المقاول فى حصة نقدية تكفى لتشديد البناء فضلاً عن قيامه بأعمال البناء، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعى، ويترتب على الفسخ حل الشركة وتصفياتها، وتكون الأرض من الأصول المملوكة للشركة، فلا ترد لمن قدمها، ولكن يكون له الرجوع على شريكه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة، والتنفيذ على ما يختص به الخير من أصول آلت إليه بموجب التصفية (أنور طلبه ص ٤٤٩) الثانى: أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكناً مثل ذلك أن يلقي مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو يقيم حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب، أو يبدأ الحائط صنع الثوب على خلاف ما اشترطه رب العمل ففى هذا الفرض، لما كان إصلاح طريقة التنفيذ ممكناً يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يصلح طريقة التنفيذ، بأن يعمق الأساس أو يجل الحائط فى السمك الواجب أو يصلح العيب فى صناعة الثوب

وليس له أن يبادر إلى طلب الفسخ، مادام العيب ممكناً إصلاحه، وقد يكون المَقاول غافلاً من العيب فيجب تنبيهه حتى لا يمضى فى عمل معيب. فإذا همل رب العمل فى تنبيه المَقاول إلى ما فى العمل من عيوب، أو تعتمد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً فإنه يكون قد أخل بواجبه من التعاون مع المَقاول فى تنفيذ المَقاولة، كما تقضى القواعد العامة فى تنفيذ العقود، ومن ثم لا يستحق تعويضاً عن الضرر الذى كأن يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المَقاول بما فى عمله فى الوقت المناسب (دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ٨٢ - محمد لبيب شنب فقرة ٧٣) ولا يشترط فى الإنذار شكل خاص فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر، كما إذا خالف المَقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغى وقد يكون الأمر من الهوادة بحيث يكفى التنبيه الشفوى، كما إذا كان الحائك قد بدا صنع الثوب المعيب، ويحدد رب العمل للمَقاول أجلاً معقولاً يصلح فيه العيب، فإذا انصاع المَقاول لتنبيهه رب العمل، وأصلح العيب من الأجل المحدد، فإن له أن يمضى فى العمل على الوجه الصحيح، ولا سبيل عليه لرب العمل، إما إذا نازع المَقاول فيما تقدم به رب العمل وأدعى أن العمل غير معيب أو سلم العيب ولكنه لم يصلحه فى الأجل المحدد، فإن لرب العمل فى الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب أما الفسخ أو التنفيذ العينى، طبقاً للقواعد العامة فإن طلب الفسخ، كان للقاضى أن يقدر ما إذا كان هناك محل لإجابة هذا الطلب فيقضى بالفسخ وبالتعويض إن كان له محل على النحو الذى بسطناه فيما تقدم أو أنه لا محل لفسخ العقد فيقضى على المَقاول، إذا رأى أن عمله معيب، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض ن

كان له محل، وإن طلب رب العمل التنفيذ العيني ورأى القاضى أنه محق فى إدعائه أن العمل معيب قضى على المقاول بإصلاح العيب. ولرب العمل فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء ترخيصاً فى إصلاح العيب أو فى إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول لأول إذا كان هذا ممكناً، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدنى ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقاول إن كان له محل، وقد يكون العمل مستعجلاً لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدنى لرب العمل أن يلجأ إلى المقاول آخر يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقاول الأول، وذلك دون ترخيص من القضاء، وللقاضى بعد ذلك أن يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل (السنهورى ص ٦٨) وإذا تأخر فى إنجاز العمل بحيث أصبحت المدة الباقية من الأجل غير كافية لإنجاز العمل وفقاً لطبيعة العمل المطلوب وإمكانيات المقاول، فلرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه بل له أن يبادر إلى طلب الفسخ والتعويض طبقاً لنظرية الجحود المبسّر، التى تسرى كذلك إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً ينم عن هذه النية أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً، فيجوز فى هذه الحالات لرب العمل أن يعتبر هذا المسلك جحوداً وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد (أنور طلبه ص ٤٤٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأنه:** " لما كان الخلف بين طرفى النزاع يدور حول تفسير الشروط الواردة فى البند الأول من قائمة الشروط

الخاصة بعملية إنشاء البناء الملحق بالعقد بشأن تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية على كيفية حساب غرامات التأخير عن التنفيذ، وكان الثابت من عقد المقاوله المؤرخ. .... الذى يحكم موضوع النزاع النص فى البند التاسع منه على تحديد مدة خمسة عشر شهراً لتنفيذ عملية الإنشاء من تاريخ تسليم الموقع وفى حالة التأخير عن ذلك يلزم المقاول بدفع تعويض للمالك (الجمعية الطاعنة) محدد بصفة نهائية مبلغ. .... جنيه عن كل يوم تأخير وفى حالة زيادة مدة التأخير عن ستين يوماً يحق للجمعية بعد إنذاره اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فإنه يكون من الواضح الجلة انصراف نية الطرفين إلى أعمال هذا الشرط فى حالة التأخير فى تنفيذ دون الشرط الوارد فى قانون المناقصات والمزايدات بشأن التأخير فى التنفيذ، وأن النص فى البند الأول من قائمة الشروط الخاصة بالعملية والملحق بالعقد على تطبيق هذا القانون على هذا العقد يحمل على باقى الشروط الواردة بالقانون والتي تتفق مع طبيعة العقد دون هذا الشرط وإلا لما كان هناك موجب لإفراجه بنص خاص فى العقد على التفصيل الوارد به ولترك الأمر يحكمه قانون المناقصات والمزايدات المتفق عليه تطبيقه ومن ثم يكون ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم تطبيق قانون المناقصات والمزايدات على هذا الشرط الصحيح لهذه الأسباب (نقض ٢٠٠٠/٥/٣٠ طعن ١٢١٣ س ٦٨ ق)

• **إثبات إخلال المقاول بتنفيذ التزامه:** عدم القيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به فى عقد المقاوله، هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن، ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد، إذ لم ينص فيه على



وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه، نقض ١٩٦٧/١١/١٦ طعن ٢٢٢ س ٣٤ق)

**تنفيذ المقاولة على نفقة المقاول:** القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا على نفقة المقاول عملا بالمادة ٢٠٩ من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ بين طرفيه فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما يأتيه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة للأعمال المتفق عليها، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفي العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التي قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينة للعقد (نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ طعن ٤٥ س ٢٨ ق).

### من أحكام القضاء:

١- متي كان الحكم إذ قضي برفض الدعوى التي أقامها المقاول- الطاعن- بطلب تعويض عن إستعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه قد أقام قضاءه علي أن: "المطعون عليه إنما اضطر إلي سحب العملية منه بعد أن تأخر في تنفيذ ما إلترزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل في الميعاد المتفق عليه ورغم إمهاله في ذلك مرارا، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له في إتمام العمل في فترة حددها، قبل المطعون عليه التماسه علي ألا يعد هذا القبول تنازلا منه عن إقرار السحب السابق وأن الطاعن استأنف العمل علي هذا الأساس دون إعتراض من جانبه، وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص في بند منه علي إقرار السحب السابق وأن الطاعن استأنف العمل علي هذا الأساس دون إعتراض من جانبه، وكان

العقد المبرم بين الطرفين قد نص في بند منه علي أنه في حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق في حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التي إستحضرها الطاعن وإستعمالها في إتمام العمل دون أن يكون مسئولاً عن دفع أي أجر عنها، فإن النعي علي الحكم بمخالفته قانون العقد والقصور في التسبب يكون علي غير أساس.

(جلسة ١٩٥١/٤/٥ - مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاما) - الجزء - مدني - ص ٩٨٢)

٢- متي كان الواقع هو أن الطاعن وفقا لشروط المقاوله التي رسب عليه كان ملزما أن يقوم بحفر مراوي ومصارف في أرض مورث المطعون عليهم تنفيذا لتصميم يسلم إليه وقدرت فيه المكعبات إلي أربعين ألف متر تحت الزيادة والعجز في حدود ١٠% وأن يكون له أجر قدر بمبلغ معين عن المتر المكعب، وكان مورث المطعون عليهم قد فسخ عقد المقاوله وأعطاهما لمقاول آخر بحجة أن الطاعن تأخر في البدء في العمل، وكان الحكم الابتدائي قد قضي للطاعن بمبلغ معين مقابل ما ضاع عليه من ربح علي أساس قيمة الفرق بين سعر المتر الذي قبله والسعر الذي ارتضاه المقاول الجديد علي إعتبار أن العملية المتفق عليها كانت تقضي حفر أربعين ألف متر مكعب، وكان الحكمان الإستئنافيات المطعون فيهما إذ انقصا قيمة المبلغ المحكوم به للطاعن من محكمة أول درجة قد أقاما قضاءهما علي أن ما يستحقه من تعويض عما فاتته من الربح يجب أن لا يتعدى فرق السعر عما حفرها فعلا المقاول الجديد إستنادا إلي أن عملية هذا الأخير كانت أصلح للأرض وأوفي بالغرض دون أن يبيننا الأسباب التي إستندنا إليها في هذا التقرير ودون أن يبيننا وجه تعويض الطاعن علي عدد المكعبات التي قام بحفرها المقاول تنفيذا لتصميم آخر، وبذلك يكون الحكمان المطعون

ففيهما قد خرجا عن ظاهرة نصوص عقد المقولة المبرم بين الطاعن ومورث المطعون عليهم دون أن يبررا هذا للخروج بأسباب مقبولة. أما القول بأن العملية التي قام بها المقاول الجديد علي أساس آخر كانت أصلح وأوفي بالغرض، هذا القول لا يصح أن يحاج به الطاعن، ذلك لأن محل الإنفاق بينه وبين مورث المطعون عليهم كان عن أربعين ألف متر مكعب تحت العجز والزيادة في حدود ١٠% وذلك تنفيذاً للتصميم الذي سلم إليه من مورث المطعون عليهم ولا يؤثر علي حقه في التعويض أن يكون المقاول الآخر قد قام بالعمل علي أساس تصميم جديد كان من نتيجته نقص عدد المكعبات التي حفرت ومن ثم يتعين نقض الحكمين في هذا الخصوص لإنعدام أساسهما القانوني.

(نقض - جلسة ١٩٥٢/٤/٣ - المرجع السابق - ص ٩٨٢)

\* \* \*

## ضمان المهندس المعماري والمقاول

### النص التشريعي (مادة ٦٥١) :

(١) يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كل أو جزئي فيها شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

(٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

(٣) ولا تسري هذه المادة علي ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع علي المقاولين من الباطن.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٥٠ لبيي و ٦١٧ سوري و ٨٧٠ عراقي و ٦٦٨ لبناني و ٥٢٥ سوداني و ٨٧٦ تونسي.

### الأعمال التحضيرية :

تطلق الفقرة الأولى المادة ٥٠٠/٤٠٩ من التقنين الحالي فيها عدا ذكر التضامن، فقد ترك أمره لنص خاص ينظمه تفصيلاً (م ٨٩٧ من المشروع).

أما الفقرة الثانية فهي مقتبسة من التقنين الأسباني (م ١٥٩١) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٥٢٢ فقرة أولي) والتقنين التونسي (م ٨٦٧) والتقنين اللبناني (م ٦٦٨) وبعض التقنيات الأخرى.

والفقرة الثالثة مأخوذة عن المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٥٢٣) وتحديد المدة التي يبقى فيها المقاولون والمهندسون مسئولين عن خلل البناء

لعشر سنوات أخذ به التقنين المصري (٥٠٠/٤٠٩) جريا علي نسق التقنين الفرنسي (م ١٧٩٢). وقد أخذ بهذه المدة أيضاً التقنين الإيطالي (١٦٣٩) والتقنين الإسباني (م ١٥٣١). أما التقنين البرتغالي (١٣٩٩) وتقنين الإلتزامات السويسري (م ٣٧١) والتقنين البرازيلي (م ١٢٤٥) والتقنين التونسي (م ٨٧٦) والتقنين اللبناني (م ٦٦٨) فقد انقضت جميعها المدة خمس سنوات. والتقنين الياباني يجري أيضا هذه التقنيات الأخيرة ويجعل المدة أساسا خمس سنوات (م ٦٣٨) ولكنه يرفعها إلي عشر سنوات إذا كان البناء مقاما من الحجر أو الطوب أو المعدن. أما المشروع الحالي فشأنه شأني المشروع الفرنسي الإيطالي يبقى علي مدة العشر السنين احتفاظا بما إستقر.

وبعض التقنيات تترك مسؤولية المهندس المعماري للقواعد العامة. ولا تقرر مسؤولية خاصة إلا للمقاول (أنظر علي الأخص التقنين البرتغالي م ١٣٩٩ والتقنين الأسباني م ١٥٩١ والتقنين الياباني م ٦٣٨ والتقنين البولوني ٤٨٨. والمشروع الفرنسي الإيطالي لا يتكلم هو أيضا في المادة ٥٢٢ إلا عن المقاول).

وعلي عكس ذلك توسع بعض التقنيات من دائرة هذه المسؤولية الخاصة، تجعلها شاملة أيضا للمهندس الميكانيكي (تقنين الإلتزامات السويسري ٣٧١ والتقنين التونسي م ٨٧٦ والتقنين اللبناني م ٦٦٨). أما المشروع فهو يحافظ علي النطاق التقليدي لهذه المسؤولية، فيجعلها شاملة للمهندس المعماري والمقاول، ولا يطبقها علي المهندس الميكانيكي إلا إذا قام بوظيفة المهندس المعماري.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٢١ و ٢٢)

## رأي الفقه:

١- يعرض نص المادة ٦٥١ مدني لضمان المهندس المعماري والمقاول التهدم أو العيوب التي تصيب ما أقاماه من مباني أو منشآت ثابتة أخرى.

ونظرا لخطورة تهدم المباني أو تصدعها بالنسبة إلي رب العمل وبالنسبة إلي الغير، شدد المشرع من هذا الضمان حتى يدفع المهندس والمقاول إلي بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المنشآت، فالضمان هنا ضمان خاص مقصور علي دائرة معينة، وهذه الدائرة تتحدد بتحديد طرفي الضمان وسببه. فإذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفيه، وجب أن نبين جزاء هذا الضمان، وأن نبين في الوقت ذاته الظروف التي ينتفي أو لا ينتفي فيها الضمان.

وحتى يمكن أن يتحقق الضمان، يجب أن يكون هناك عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة، وعلي رأس المنشآت الثابتة المباني من أي نوع كان، ولا يشترط أن يكون المبني قد شيد بالطوب أو بالحجارة، بل يجوز أن يكون مشيدا بالخشب أو بالحصير (كبائن - عشش رأس البر). وإلي جانب المباني توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق في مقاولاتها للضمان (الجمهور - الكباري - القناطر - السدود ... الخ). ويخرج المنقول (السيارات - السفن - العوامات ... الخ).

ويجب أن يكون العقد الواقع علي المنشآت الثابتة هو عقد مقاوله. والذي يترتب في ذمته الضمان هو المهندس المعماري، والمقاول في عقد المقاوله، فالمهندس المعماري هو الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف

علي تنفيذ ومراجعة وحسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه. والمقاول هو الذي يعهد إليه في إقامة المنشآت الثابتة، يستوي أن يكون هو أو رب العمل أحضر المواد التي أقام بها المنشآت ففي الحالتين يلتزم بالضمان. ويجوز تعدد المقاولين (مقاول بناء، ومقاول نجارة- ومقاول أدوات صحية أو كهربائية)، كما يسأل المقاول عن يستخدمهم في أعماله مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة (كما لو كانوا مقاولين من الباطن).

والذي يطالب بالضمان في عقد المقولة هو رب العمل في هذا العقد، فهو الذي يصاب بالضرر من جراء تهدم البناء أو ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها أو متانتها، فيرجع بالضمان علي المهندس المعماري أو علي المقاول أو عليهما معا متضامنين. ويحل ورثة رب العمل محله في المطالبة بالضمان، ولدائنيه أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان وكذلك يجوز أن يكون الخلف الخاص دائئنا بالضمان (كالمشتري أو الموهوب له مثلاً). ذلك أن الحق في الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبني إلي الخلف الخاص طبقاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والإلتزامات، ويجوز للمشتري أن يرجع علي بائعه بضمان العيب، وفي هذه الحالة يكون للبائع - وهو رب العمل - أن يرجع بدوره علي المهندس أو المقاول بالضمان، وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري. ولا يكون رب العمل دائئنا بالضمان إذا كان مقاولاً أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن.

ومتي تحقق سبب الضمان الذي يرجع إلي البناء، فإن المقاول الذي قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان. ويكون ملتزماً بالضمان أيضاً المهندس المعماري إذا عهد إليه بالإشراف علي التنفيذ وتوجيه العمل، ويكون

المقاول والمهندس في هذه الحالة متضامنين في الإلتزام بالضمان (م ١/٦٥١ مدني). وإذا رجع رب العمل علي المقاول والمهندس معاً، أو رجع علي المهندس وحده، كان للمهندس في الحالتين أن يرجع علي المقاول بما رفعه لرب العمل، لأن الخطأ هو خطأ المقاول وقد أشرف المهندس عليه فصار مسؤولاً عنه.

(الوسيط - ١٧ - للدكتور السنهوري ص ١٠٤ وما بعدها)

٣- الأعمال التي تترتب عليها المسؤولية بعد تسليم العمل ليست كل الأعمال التي يباشرها المقاول والمهندس المعماري، بل فقط المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. وليس من الضروري أن يكون البناء منزلاً، فيعتبر من المنشآت الثابتة إنشاؤه بئر أو جسر أو مصرف أو تبليط طريق أو القيام بترميمات كبيرة.

وبمقتضى المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري يضمن المهندس المعماري والمقاول التهدم الكلي أو الجزئي ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض، وعيوب البناء التي يترتب عليها تهديد معانة البناء وسلامته. فيجب أن يكون هناك عيب يهدد سلامة البناء، أما العيوب الأخرى التي لا تؤثر في سلامته فيتخلص منها المهندس المعماري والمقاول بحصول التسليم.

ويجب أن يكون العيب خفياً، فالعيوب الظاهرة التي ما كان للمالك أن يجعلها وقت تسلمه العمل لا ينجم عنها أية مسؤولية علي المهندس المعماري أو المقاول.

وبناء علي ما تقدم يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين عن عيوب البناء الناشئة عن إستعمال أدوات أو عدم اتخاذ الاحتياجات المعتادة ضد الحريق.



وعيب التصميم من الحالات التي يسأل عنها المهندس المعماري.  
 وعدم مراعاة القوانين واللوائح التي ينتج عنها أضرار للجيران أو  
 مخالفة أو إلتزام بالهدم، إذا أهملت مراعاة خط التنظيم أو حصل تجاوز  
 للإرتفاع المرخص فيه، يكون من الأوجه التي يترتب عليها المسؤولية.  
 ولا يخفف من مسؤولية المقاول كونه يعمل بضمن بخص.

إن القانون قد ذكر المهندسين المعماريين والمقاولين، ويقصد بهم كل  
 شخص يبرم عقد مقولة لإقامة بناء أو منشآت ثابتة، وقد جعلهم القانون  
 مسئولين بسبب حرفتهم، فالأعمال التي يؤديونها هي التي تترتب عليهم  
 إلتزام للضمان، ولكن مورد الأدوات لا يكون ملزما بالضمان لأنه بائع.  
 وقد حافظ القانون المصري الجديد علي النطاق التقليدي لهذه المسؤولية  
 فجعلها شاملة للمهندس المعماري والمقاول، ولا يطبقها علي المهندس  
 الميكانيكي إلا إذا قام بوظيفة المهندس المعماري.

(العقود المسماة الجزء ٤- للدكتور كامل مرسى- المرجع السابق ص ٤٩٨ وما بعدها)

٣- فإذا تركنا المادة، سواء قدمها المقاول أو صاحب العمل، وإقتصرونا  
 علي العمل الذي قام به المقاول وجدنا أنفسنا أمام ثلاث مسائل رئيسية:

الأول- ضمان المقاول للعمل الذي أنجز وتم تسليمه.

ثانيا- المدة التي يسري خلالها هذا الضمان.

الثالثة- مسؤولية المهندس المعماري في هذا الضمان.

وقد اختلف في بيان مصدر مسؤولية المقاول والمهندس بعد التسليم،

إلي أربعة آراء:

الرأي الأول - يقول بأن هذه المسؤولية مصدرها عقد المقولة، أي أنها

مسؤولية عقدية بحتة.

الرأي الثاني - يقول بأنها مسئولية عقدية قررها القانون.

الرأي الثالث - يقول بأنها مسئولية تقصيرية.

الرأي الرابع - يقول بأنها مسئولية قانونية بحتة.

واعتق الفقه الفرنسي والنقض الفرنسية الرأي الأول (الغالب) القائل بأن مسئولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية طالما أنها ناجمة عن عدم تنفيذهما لالتزاماتها العقدية.

وفي مصر ذهب الفقه والقضاء أيضا إلي أن هذه المسئولية هي لا شك مسئولية عقدية، لأنها تقوم علي التزام عقدي أنشأه عقد المقاولة، وهذا يصدق أيضا علي المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة علي الأرض، فهي كسائر المقاولات تنشأ التزاما في ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب، فإذا إنهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسئولية العقدية للمقاول والمهندس.

ويتضح من إستعراض الآراء المختلفة - كما يذهب الأستاذ عنبر المحامي - أن مسئولية المقاول والمهندس المعماري من التهدم والعيوب هي مسئولية بحتة مصدرها القانون وحده، بحيث لا تسري عليها إلا النصوص التي قررتها، تترتب عند الحد الذي تنتهي فيه المسئولية العقدية، فتبدأ عندئذ لتسري حتى نهاية المدة التي حددها القانون للضمان نزولا علي ما تتطلب المصلحة العامة، فضلا عن الحماية الواجبة لرب العمل الذي يجهل في الغالب أمور الفن في البناء بعكس المقاول والمهندس اللذين يتمتعان بدراية وكفاية وخبرة عالية يفتقر إليها رب العمل.

(عقد المقاولة، دراسة مقارنة مع تشريعات الدول العربية. للأستاذ محمد عبد الرحيم عنبر المحامي. طبعة ١٩٧٧. س ١٥٥ وما بعدها، والمقاولة رسالة ماجستير. للأستاذ محمد جابر الدوري المحامي. كلية القانون والسياسة. بغداد. ١٩٧٥. ص ٤٥ وما بعدها)

### • ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء: رأينا أن الفقرة الأولى

من المادة ٦٥١ مدنى قد نصت على أن " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى. .... إلخ. مؤداه أن المسئول عن عيوب البناء هو كل من المهندس المعماري والمقاول دون غيرهم والمهندس المعماري هو الذى يعهد إليه فى وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة لمنشآت، وقد تعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه، ولا يشترط فى المهندس المعماري أن يكون حاملا مؤهلا فنيا فى هندسة المعمار، فمادام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعماري فو ملتزم بالضمان، وعلى ذلك يكون ملتزما بالضمان أى مهندس، ولو كان مهندسا ميكانيكيا أو كهربائيا، إذا كان يقوم بمهمة المهندس المعماري بل ن المقاول الذى لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل، إذا وضع التصميم، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري، ومن ثم يكون ملتزما بالضمان، وإذا تعدد المهندسون المعماريون كان كل منهم ملتزما بالضمان فى حدود العمل الذى قام به، والمقاول و الذى يعهد إليه فى إقامة المنشآت الثابتة، ويستوى أن تكون المواد التى أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل ففى الحالتين يلتزم بالضمان. كذلك ليس من الضرورى أن يكون مقاول واحد هو الذى أقام المنشآت، بل يجوز أن يعهد رب العمل إلى عدة مقولين بالعمل، فيعهد إلى مقاول بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان وغير ذلك، وإلى مقاول ثان بأعمال النجارة، وإلى ثالث بأعمال الحدادة، وإلى رابع بالأعمال الصحية، ، وإلى خامس بأعمال الدهان والبياض، وهكذا فكل من

هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها، ويكون ملتزماً بالضمان في هذه الحدود، وقد يستخدم المقاول مساعدين يعاونونه فيما يقوم به من أعمال فيكون مسئولاً عن أعمالهم ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذي قام بها حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم في مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا مقاولين من الباطن (السنهوري ص ٩٠).

● **شروط تحقق الضمان:** لكي يتحقق الضمان لابد من توافر شروط معينة، كأن تقع المقولة على منشآت ثابتة، سواء شيدت الطوب و بالحجارة أو بالخشب أو بالحصير المهم أن يكون البناء مستقراً ثابتاً في مكانه، لا يمكن نقله دون هدمه، فالأكشاك والمنازل القابلة لفك والتركيب والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر بسهولة لا تعتبر مبنية إلى جانب المباني توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان، من ذلك الجسور (الكبارى) والقناطر والسدود والخزانات والبوابات والنفق والمقابر والسكك الحديدية (والمزلقات) وأجهزة التكييف المركزية والمداخل واختلف في حفر الآبار وشق الترع والمصارف والقنوات ورصف الطرق، فرأى يذهب إلى أن هذه الأعمال لا تعتبر من قبيل تشييد المباني والمنشآت الثابتة (محمد لبيب شنب ص ١٢٦) ويذهب رأى آخر إلى أن هذه الأعمال، وإن كانت ليست بمبانٍ إلا أنه يمكن اعتبارها منشآت ثابتة ولا يتحتم في المنشآت أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو في مستواها (توفيق فرج ص ٣٥ - محمد كامل مرسى ص ٤٩٩) كما يشترط أن يكون العقد عقد مقولة فن كان بغير أجر لم يكن كذلك ويكون عقداً غير مسمى لا يترتب عليه الضمان ولا يكون من قام بالعمل مسئولاً إلا عن الغش والخطأ الجسيم، أما أن كان بأجر ولكن من

يقوم بالعمل يخضع لأشراف رب العمل وتوجيهه، فلا يكون العقد مقاولاً  
 أنما عقد عمل يخضع لأحكام والتزامات هذا العقد، سواء ان الأجر مقدر  
 جزافاً أو بسعر الوحدة. ومتى تحقق الضمان، التزم به المقاول والمهندس  
 متضامنين، ولا يقضى بالتضامن إلا إذا طلب صراحة فلا يكفى الإشارة  
 بصحيفة الدعوى إلى أن مسئوليتهم تضامنية، فإن نصت المحكمة فى  
 حكمها على التضامن دون أن يطلب راحة كان حكمها مخالفاً للقانون وكان  
 التضامن مقررأ فى القانون المدنى القديم وترك أمره فى القانون الحالى  
 لنص خاص، ولا يشترط فى المهندس المعمارى أن يكون حاملاً مؤهلاً فى  
 فن المعمار بل قد يكون مهندس كهربائياً أو ميكانيكاً أو قد يكون غير  
 مؤهل ما دام قد وضع التصميم وقام بوظيفة المهندس المعمارى، وإذا تعدد  
 المهندسون التزم كل منهم بالضمان فى حدود العمل الذى قام به، ويستوى  
 فى مسئولية المقاول والمهندس أن تكون المواد أحضرها المقاول أو قدمها  
 رب العمل، وقد يشترك عدة مقولين يقوم أحدهم بالأساسات والمباني  
 وثانى بالنجارة وثالث بالأعمال الصحية ورابعاً بالبياض فيعتبر كل منهم  
 مقاولاً فى حدود العمل الذى قام به، كما يكون المقاول مسئولاً عن  
 أعمال مساعدة أو عن أعمال المقاول من الباطن، ويراعى أن العامل  
 البسيط إذا عمل لحسابه مستقلاً عن رب العمل اعتبر مقاولاً والتزم  
 بالضمان (أنور طلبه ص ٤٥٤) وإذا مات رب العمل، حل محله فى  
 المطالبة بالضمان ورثته، كذلك يجوز لدائنيه أن يرفعوا الدعوى غير  
 المباشرة باسمه لمطالبة بالضمان، وكما يجوز أن يكون دائناً بالضمان  
 الخلف العام والدائنون، كذلك يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف  
 الخاص، فإذا باع رب العمل المبنى أو وهبه، ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو  
 ظهر فيه عيب يهدد سلامته، أو متانته، جاز للمشتري أو للموهور له أن

يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول، ذلك أن الحق فى الرجوع بالضمان قد انتقل من المبنى إلى الخلف الخاص طبقاً لنظرية الاستخلاف فى الحقوق والالتزامات، ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعة بضمان العيب، وفى هذه الحالة يكون للبائع - وهو رب العمل - أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان وله أنه يدخلهما ضامنين فى دعوى العيب التى يرفعها عليه المشتري، ولكن رب العمل لا يكون دائناً بالضمان إذا كان مقاولاً أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن. فإذا تعاقد المقاول مع مقاول من الباطن على الأعمال الصحية أو على أعمال النجارة مثلاً، وتسلم هذه الأعمال من المقاول من الباطن، لم يكن هذا الأخير ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلي أو نحو رب العمل فى هذه الحالة إلا بمقدار ما تقضى به القواعد العامة، ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التى قام بها مع تمكنه من فحصها والكشف عما بها من عيوب، فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لم يكن المقاول من الباطن مسؤولاً لا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحرفة، فلا يكون ملتزماً بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات، والسبب فى ذلك أن الضمان الخاص الذى نحن بصددده، وهو ضمان مشدد قد 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 فلهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتضى لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن، ويكفى فى حماية حقوق المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدنى صراحة على هذا

الحكم، إذ تقول كما رأينا " ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن "، وقيل فى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ما يأتى " أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما " (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣) ويتحقق الضمان بتهدم البناء كله أو بعضه، والمسئولية هنا مفترضة لا تنتفى إلا بإثبات القوة القاهرة، كما يتحقق الضمان بظهور عيب فى البناء، وقد يكون العيب فى المواد المستعملة كان تكون من نوع ردىء أو غير المتفق عليه، وقد يكون العيب فى العمل نفسه كأن يكون الأساس مخالفا للمواصفات وأصول المهنة أو تكون الأسقف بغير السمك الواجب، وقد يكون العيب فى الأرض ولم تتخذ الوسائل التى تفرضها أصول المهنة مجس الأرض وتعميق الأساس.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " النص فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى - يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة ٦٥١ مدنى ليس قاصرا على ما يعيب البناء من تهدم كلى أو جزئى بل أنه يشمل أيضا ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متنتاته أو سلامته ولو لم تكن مؤدية فى الحال إلى تهدمه، والأصل فى المسؤولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين على وجه التضامن من هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء، وهى مسئولية تقوم على خطأ مفترض فى جانبهما، وترتفع هذه المسؤولية عنهما بإثبات قيمهما 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 الخطأ منه. (جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق) (جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١١٤٦) وبأنه " التزام المقاول والمهندس الوارد فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيد أنه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما، لما كان ذلك فإنه يكفى لقيام الضمان المقرر فى المادة ٦٥١ سالفه البيان، حصول تدهم المبنى ولو كان ناشئا عن عيب الأرض ذاتها وبحسب الحكم إقامة قضائه بمسؤولية المقاول طبقا لهذه المادة على حدوث هذا التدهم خلال مدة الضمان (جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق س ١٦ ص ٧٣٧) وبأنه " نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ 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 تدهم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه ومن ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسؤوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ " (جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ق س ٢٤ ص ١١٤٦) وبأنه " مفاد المادة ٤٠٩ من القانون المدنى السابق والمادة ٦٥١ من القانون المدنى الحالى المقابلة للمادة السابقة أن التزام المقاول التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسلمه، 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 بتحقيق 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 المادة 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 أصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق فى فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن اذعان المقاول لتعليمات رب العمل فى هذه الحال لا يجعله مسؤولاً عما يحدث فى البناء من تهدم نتيجة الخطأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كامل. (نقض ١٩٦٦/١٢/٨ طعن ٤٤٠ س ٣١ ق)

**كما قضت بأنه:** " المقرر ان دعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ وما بعدها من القانون المدنى ولئن كانت مستقلة بكيانها عن الدعوى الأصلية إلا أن أساسها المسؤولية العقدية فهي تنشأ عن عقد مقولة يعهد فيها رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر فإذا تخلف عقد المقولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإذا كان يترتب على وجود شرط التحكيم فى عقد المقولة التزام طرفى العقد بالخضوع للتحكيم وعدم اختصاص القضاء الرسمى بنظر النزاع وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه حكم به من عدم قبول دعوى المسؤولية لوجود شرط التحكيم فى عقد المقولة الأصلية ومن ثم لا يكون الحكم قد خالف النظام العام أو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يغفل دفاعاً جوهرياً ويكون النعى عليه على غير أساس (نقض ١٩٩٩/٣/١ طعن ١٠٣٥٠ س ٦٥ ق) وبأنه " ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التى تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية

المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ و ٦٥٢ 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 مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية وإذا كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى - وهي صاحبة العمل - أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصر على حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية كمشورة فنية مجانية قدمها للمرحوم المهندس. .... بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التي تلقاها منه وأن مهندساً آخر هو الذى قام بوضع التصميم النهائى للبناء، فإن الحكم المطعون فيه، وقد أنتهى فى قضائه إلى أن الطاعن مسئول عن ضمان العيوب التى ظهرت فى البناء بإعتباره المهندس المعماري الذى قام بوضع التصميم مع ما ذهب فى أسبابه من أن المرحوم المهندس. .... مورث المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين كلف آخر بعمل رسومات (الفيلا) ودون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعنين والمطعون ضدها الأولى لتستبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقاوله، أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان عن حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية " للفيلا " وذلك تحقيقاً لدفاع الطاعن الجوهري، الذى أن صح لتغيير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد شابه تصور فى التسبيب (نقض ١٩٧٥/٥/٢١ طعن ٢٤١ س ٤٠ق).

• **ويشترط فى العيب حتى يتحقق الضمان: (أولاً): أن يكون العيب من**

الخطور بحيث يهدد سلامة البناء أو متنتاته، فإذا كان العيب مثلاً فى الدهان أو فى البياض أو فى البلاط أو فى الأبواب أو فى النوافذ أو فى الزجاج أو فى غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه أن يهدد سلامة

البناء أو متانته، فإنه لا يوجب الضمان وتسرى في شأنه القواعد العامة فتنتفى المسؤولية بتسلم العمل إلا إذا كان خفيا فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف الصناعة (ثانيا): أن يكون العيب خفا فإذا كان العيب ظاهرا بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن تسلم رب العمل للعمل دون اعتراض يعتبر نزولا منه عن الضمان، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفرض أن العمل خال من العيوب الظاهر ما لم يكن هناك غش.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " لما كان من المقرر قانونا أن مسؤولية 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 به خفية لا يستطيع صاحب العمل كشفها أثناء التنفيذ، وهى مسؤولية عقدية تتحقق إذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة أو انحراف عن أصل الفن وتقاليد الصنعة وعرفها أو اساء استخدام المادة التى قدمها من عنده والتى يستخدمها فى العمل أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه (نقض ٢٠٠٠/٧/١ طعن ١٣٩٠ س ٦٩ق) وبأنه " 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 التسلم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم (نقض ١٩٦٧/٤/١٣ طعن ٣٤٥ س ٣٣ق) وبأنه " تسلم رب العمل البناء تسلم نهائيا 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 خفيا 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 في إرساء الأساسات على أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها عدم 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 التي لا يغطيها التسليم (نقض ١٩٦٥/٦/١٠ طعن ٣٢٥ س ٣٠ق) وبأنه " ويجب لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى في البناء خلافاً لمتانته وأن يكون خفياً بحيث لم يستطيع صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم، أما إذا كان ظاهراً ومعروفاً فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له. (نقض ١٩٣٩/١/٥ ج ٢ في ٢٥ سنة ٦٧٥ ص ٦٧٥ - المسؤولية المفترضة لمالك البناء قبل الغير بتعويضه عن الضرر الذي يحدثه تهدمه، لا شأن لها بالمسؤولية الفعلية للمقاول الذي أنشأه عن خطأ إقامته دون مراعاة الأصول الفنية في تشييده، لأن المسؤولية المفترضة في جانب المالك ضمانه مقررة لمصلحة الغير تقوم بقيام موجبها على الدوام وليست رخصة يتحلل بها المقاول الذي أخطأ في تشييده بل يظل مسئولاً قبل المالك طبقاً للضمان المقرر في المادة ٦٥١ من القانون المدني، كما يكون مسئولاً عما يحدثه تهدمه بخطئه الفعلي من ضرر للمالك أو غيره، وللمالك حق الرجوع عله انتهاء بما يلزم بأدائه من تعويض للغير ابتداء. (نقض جنائي ١٩٦٦/٦/٦ س ١٧ ص ٧٣٧ - يجب لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى في البناء خلافاً لمتانته وأن يكون خفياً بحيث لم يستطيع صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم أما إذا كان ظاهراً ومعروفاً فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له " (نقض ١٩٣٩/١/٥ ج ٢ في ٢٥ سنة ٦٧٥ ص ٦٧٥) وبأنه " عقد استئجار

الصانع لعمل معين، بالمقارنة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه، يعتبر - بحسب الأصل - منتهيا بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل يدفع ثمنه، لمن القانون المصرى، على غرار القانون الفرنسى قد جعل المقاول والمهندس ضامين عن الخلل الذى يلحق البناء فى مدة عشر سنوات ولو كان ناشئا عن عيب فى الأرض أو عن إذن المالك فى إنشاء أبنية معينة، بشرط إلا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معدا فى قصد المتعاقدين لأن يمكن أقل من عشر سنين، لذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسليم المبانى ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها، ويجب لقبول دعوى الضمات هذه أن يكون العيب المدعى فى البناء خلا متانته، وأن يكون خفيا بحيث لم يستطع صاحب البناء كشفه وقت التسليم، أما ما كان ظاهرا معروفا فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له " (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤ س ٤٥٢).

ومتى تحقق سبب الضمان على النحو المتقدم كان لرب العمل إما أن يطلب التنفيذ العينى بإعادة البناء الذى تهدم وله أن يطلب من المحكمة ترخيصا بذلك على نفقة المدين بالضمان، وقد يجرى الإصلاح بدون ترخيص القضاء فى حالة الاستعجال الشديد كما لو كان البناء يخشى عليه من السقوط (م ٢٠٩ مدنى) فإن كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين اقتضرت المحكمة على الحكم بالتعويض (م ٢٠٣ مدنى) ويجوز الحكم بالتعويض مع التنفيذ العينى إذا لحق الدائن ضرر بسبب الفترة التى استغرقها الإصلاح لحرمانه من الانتفاع بالبناء ويجوز الحكم بالتعويض

منذ البداية ون التنفيذ العيني ذلك لأن التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيما يتقاسمان تنفيذ التزام المدين، وبالتالي ينطوى طلب التنفيذ العيني طلبا ضمنيا بالتنفيذ بطريق التعويض، وبالتالي إذا وجد القاضى إستحالة التنفيذ العيني أو كان فى هذا التنفيذ إرهاب للمدين، فإنه لا يقضى برفض الدعوى وإنما يقضى ومن تلقاء نفسه بالتنفيذ بطريق التعويض، ولا يرمى قضاؤه حينئذ بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم، إذ طالما رخص له القانون بذلك، فإنه يكون قد قضى بالطلبات المطروحة عليه، متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً أى أنه متى تحقق سبب الضمان الذى يرجع إلى البناء على الوجه الذى قدمناه، فإن المفاوض الذى قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان، ويكون ملتزماً بالضمان أيضاً المهندس المعماري إذا عهد إليه بالإشراف على التنفيذ وتوجيه العمل ويكون المفاوض والمهندس المعماري فى هذه الحالة متضامنين فى الالتزام بالضمان.

**وقد قضت محكمة النقض بأنه :** " وإن كان المهندس المعماري والمفاوض ضامنين متضامنين للعيب الذى يهدد البناء طبقاً للمادة ٦٥١ من القانون المدنى إلا أن ذلك لا يمنع رب العمل من الرجوع بهذا الضمان على أحدهما دون الآخر (جلسة ١٩٨٥/٥/٢١ الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٠ق) ويبدأ سريان مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل فإن امتنع رب العمل عن الاستلام فمن وقت إعداره، فإن كان التسلم على دفعات فمن وقت تسلم الدفعة الأخيرة متى كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها وإلا فمن تسلم كل جزء ويكون إثبات التسلم بمحضر أو بتسوية الحساب وبالتتبيه والقرائن لأن التسلم واقعة مادية وقد يكون التسليم ضمناً بوضع اليد المادى ويقع عبء الإثبات على عاتق رب العمل، وتلك المدة ليست بمدة تقادم فلا يسرى فى شأنها الوقف أو الانقطاع كما تسرى بالنسبة لنقص

الأهلية، ولكن كان العيب سببه تدليس المقاول أو المهندس سرت مدة التقادم الطويل (أنور طلبه ص ٤٥٦).

### وقد قضت محكمة النقض بأن: " التزام المهندس المعماري والمقاول

الالتزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسلمه، م ٦٥١ مدني ولا يكون صاحب العمل مسئولا عن فعل المقاول الذي اتفق معه على القيام بالعمل ومتضامنا معه إلا إذا كان المقاول يعمل بإشراف صاحب العمل وفي مركز التابع له لن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن لكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو اتفاق (جلسة ١٩٩٨/١/١١ الطعن رقم ٤٥٠٣ لسنة ٦١ق) وبأنه " تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يعطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه، فإذا كان الحكم المطعون قد انتهى إلى أن العيب الموجب لـضمان المقاول ناشئ عن خطئه في إرساء الأساسات على أرض طفالية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفي ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التي لا يغطيها التسليم " (طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٥/٦/١٠) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تسلم رب العمل البناء تسليما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما وإن كان لا يسقط ضمان المقاول والمهندس عن العيوب الخفية التي لن يستطع صاحب البناء كشفها عند تسلم البناء إلا أن من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا

التسليم أو معروفة لرب العمل. وبأنه " إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصلة أن المطعون ضده تسلم المبنى محل عقد المقابلة المبرم بينهما بموجب محضر التسليم المؤرخ ١٦/١١/١٩٨١ 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 نزولا 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 الجوهري ولم تعن بتمحيصه أو الرد عليه فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بقصور مبطل " (طعن رقم ٣٢٤٦، ٤٥٩١ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠/٤/١٩٩٥).

### من أحكام القضاء:

١- المسئولية المفترضة لمالك البناء قبل الغير بتعويضه عن الضرر الذي يحته تهدمه، لا شأن لها بالمسئولية الفعلية للمقاول الذي أنشأه عن خطأ إقامته دون مراعاة الأصول الفنية في تشييده، لأن المسئولية المفترضة في جانب المالك ضمانه مقررة لمصلحة الغير تقوم بقيام موجبها علي الدوام وليست رخصة بتحلل بها المقاول الذي أخطأ في تشييده، بل يظل مسئولا قبل المالك طبقا للضمان المقرر في المادة ٦٥١ من القانون المدني، كما يكون مسئولا عما يحدثه تهدمه بخطئه الفعلي من ضرر للمالك أو غيره، وللمالك حق الرجوع عليه إنتهاء بما يلزم بأدائه من تعويض للغير ابتداء.

(جنائي) جلسة ١٩٦٦/٦/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ جنائي- ص ٧٣٧



٢- إقرار رب العمل في عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل، لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يعطي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم.

(جلسة ١٣/٤/١٩٦٧- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٨- مدني ص ٨٢٥)

٣- مفاد نص المادة ٤٠٩ من القانون المدني السابق والمادة ٦٥١ من القانون المدني الحالي المقابلة للمادة السابقة أن إلزام المقاول هو إلزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وأن الإخلال بهذا الإلزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما، وأن الضمان الذي يرجع إلي تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تتكشف آثار العيب وتتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلي بعد إنقضاء هذه المدة.

(نقض- جلسة ٢٣/٦/١٩٧٠- المرجع السابق- السنة ٢١- س ١٠٦٨، ونقض جلسة ١٠/٦/١٩٦٥- المرجع السابق- السنة ١٦- ص ٧٣٦)

٤- مؤدي نص المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ من القانون المدني أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي الكلي أو الجزئي في حالة عدم إنكشاف العيب الذي أدي إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون إنتظار إلي تفاقمه حتى يؤدي إلي تهدم المبني، واضطرار صاحبه إلي هدمه- وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبني من تاريخ رفع دعوى إثبات الحالة، ولم يثبت أن عيوباً غير تلك التي كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلي إضطراره إلي هدم

المبني، فإن الحكم إذ قضي بعدم قبول الدعوى لمضي أكثر من ثلاث سنوات بين انكشاف السبب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو شابه القصور في التسبب، ولا يؤثر في النتيجة الصحيحة التي إنتهي إليها الحكم المطعون فيه ما قرره من أنه يشترط لتطبيق المادة ٦٥٤ من القانون المدني حصول تهمم تلقائي وليس هدمًا بفعل رب العمل. (نقض- جلسة ١٩٧٣/٥/٣١- المرجع السابق- السنة ٢٤- ص ٨٥٣)

٥- مفاد المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ من القانون المدني أن المشرع ألزم المقاول في المادة ٦٥١ من القانون المدني بضمان سلامة البناء من التهمم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة، علي أن القانون قد حدد في المادة ٦٥٤ مدني مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور وهي ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهمم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء، إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضي ثلاث سنوات علي انكشافه أو حصول التهمم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

من المقرر أن علي صاحب الدفع إثبات دفعه، ومن ثم علي من يتمسك بالتقادم الثلاثي لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب في وقت معين ومضي المدة المذكورة بعدئذ.

(نقض- جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧- المرجع السابق- ص ١١٤٦)

٦- ضمان المهندس المعماري لتهمم البناء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ و ٦٥٢ من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقالة يعهد فيه رب العمل إلي المهندس

المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. وإذا كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولي (وهي صاحبة العمل) أية رابطة عقدية، وأن عمله يقتصر على حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية كمشورة فنية مجانية قدمها للمرحوم المهندس (.....) بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التي تلقاها منه، وأن مهندساً آخر هو الذي قام بوضع التصميم النهائي للبناء، فإن الحكم المطعون فيه، وقد إنتهي في قضائه إلي أن الطاعن مسئول عن ضمان العيوب التي ظهرت في البناء بإعتباره المهندس المعماري الذي قام بوضع التصميم مع ما ذهب في أسبابه من أن المرحوم المهندس (.....) مورث المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين، كلف آخر بعمل رسومات (للفيلا) ودون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعنين والمطعون ضدها الأولي لتبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقولة، أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان عن حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية (للفيلا)، وذلك تحقيقاً لدفاع الطاعن الجوهري الذي إن صح لتغيير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور في التسبب بما يوجب نقضه.

(نقض- جلسة ١٩٧٥/٥/٢١- المرجع السابق- السنة ٣٦- من ١٠٤٨)

٧- المقرر أن دعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ وما بعدها من القانون المدني ولئن كانت مستقلة بكيانها عن الدعوى الأصلية إلا أن أساسها المسؤولية العقدية فهي تنشأ عن عقد مقولة يعهد فيها رب العمل إلى المهندس المعماري

القيام بعمل لقاء أجر فإذا تخلف عقد المقاوله فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإذ كان يترتب على وجود شرط التحكيم في عقد المقاوله التزام طرفي العقد بالخضوع للتحكيم وعدم اختصاص القضاء الرسمي بنظر النزاع، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما حكم به من عدم قبول دعوى المسئولية لوجود شرط التحكيم في عقد المقاوله الأصلي، ومن ثم لا يكون الحكم قد خالف النظام العام أو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يغفل دفاعاً جوهرياً ويكون النعي عليه على غير أساس.

(الطعن رقم ١٠٣٥٠ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ١٩٩٩/٣/١)

٨- لما كان لا يبين من محضر جلسة المحاكمة ان الطاعن قد دفع بانتفاء مسئوليته كمقاول للبناء لانقضاء فترة الضمان وتسليمه البناء نهائياً دون تحفظات فلا يقبل منه اثارته لأول مرة امام محكمة النقض هذا فضلاً عن ان أثر انقضاء مدة الضمان المنصوص عليها في المادة ٦٥١ من القانون المدني قاصر على المسئولية المدنية ولا يتعداها الى نطاق المسئولية الجنائية.

(الطعن رقم ١٧٧٦ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٦/١٤)

٩- لا يكفي لقبول الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المطعون ضده طرفاً في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بل يجب أن يكون خصماً حقيقياً وجهت إليه طلبات من خصمه أو وجه هو طلبات إليه.

(الطعن رقم ٤٠ - لسنة ٦٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٤/١٠)

١٠- إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين قد أقاموا دعواهم بطلب الحكم ببراءة ذمتهم من تكاليف ترميم وإصلاح عقار النزاع المطالب بها

تأسيساً على مسئولية المطعون ضدهم عن هذه التكاليف لخطئهم باستلام عقار النزاع رغم عدم اتباع الأصول الفنية في تشييده وظهور عيوب جسيمة به فور استلامه دون الرجوع على المقاول المسئول وإلزامه بإصلاحها وفقاً للثابت من تقرير الخبير المنتدب ومن ثم تخضع تلك الدعوى للقواعد العامة في التقادم فلا تسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر دعوى الطاعنين دعوى رجوع على المقاول بضمان عيوب البناء يسرى بشأنها مدة التقادم المنصوص عليها في المادتين (٦٥١ ، ٦٥٤) من القانون المدني فإنه يكون قد غير أساس الدعوى وأخطأ في تكليفها وخرج على وقائعها بواقع جديد من عنده مما يعيبه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

(طعن رقم ٣٥٥٥ لسنة ٧٤ ق - جلسة ٢٠١٤/٦/٢)

١١- المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كانت المادة ٦٥١ من القانون المدني - التي تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم في المبنى أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع ما يوجد فيها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته - (٣) لا تسرى على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، إلا أن الأخير يكون ضامناً لعيوب البناء في حدود القواعد العامة، وفي المدة المتفق عليها مع المقاول الأصلي. (٤) لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن - المقاول الأصلي - بالرجوع على المطعون ضدهم الرابع والخامس والسادس - المقاولون من الباطن - على سند من أن المقاول الأصلي هو وحده الضامن لعيوب البناء إعمالاً لنص المادة ٦٥١ مدني سالف الذكر، بالرغم من أن عقد المقاول

من الباطن هو الذى يحكم العلاقة بين المَقول الأَصلى والمَقول من الباطن، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه، وقد حجب به ذلك عن بحث مسؤولية المَقولين من الباطن قبل المَقول الأَصلى عن عيوب البناء طبقاً للقواعد العامة وفى المدة المتفق عليها فيما بينهم، أو تلك التى يقضى بها عرف المهنة، بما يعيب الحكم.

(الطعن رقم ٣٧٢٧ لسنة ٧٦ جلسة ٢٠١٧/١/٢٦)

\* \* \*

## نطاق مسؤولية المهندس المعماري

### النص التشريعي (مادة ٦٥٢) :

إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٨٦ لبيي و ٨٧١ عراقي و ٥٦٢ سوداني و ٦١٨ سوري و ٦٦٨

لبناني و ٧٨٩ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: (١) إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ (٢) وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس معماري، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفس مكان المهندس المعماري، فلا يكون المقاول مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم (٣) إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب، كانا متضامنين في المسؤولية، وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية، ونقلت الفقرة الثالثة إلى مكان آخر، وحذفت من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٨٠ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥ - ص ٢٧).

**وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه :** " المشروع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذي وصلت إليه أعمال المقاولات في صورها المختلفة، وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايضة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في 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 بما يوجب تطبيق عقد المقاولة عليه.

### رأي الفقه :

١- نري من نص المادة ٦٥٢ مدني أن سبب الضمان قد يرجع إلي عيب في التصميم. والتصميم يصنعه عادة مهندس معماري، ولكن لا يوجد مانع من أن يصنعه شخص آخر غير مهندس، وكثيرا ما يصنعه المقاول نفسه، وقد يصنعه رب العمل، فإذا وضعه رب العمل وكان معيبا كان هو المولوم، ولا يرجع علي أحد. أما إذا وضعه غيره المهندس أو المقاول أو شخص آخر غيرهما، كما واضع التصميم هو المسئول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان.

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلي خطأ في أصول الهندسة المعمارية، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية. وإما أن ترجع عيوب التصميم إلي مخالفة قوانين البناء ولوائحه، كأن يوضع التصميم علي أساس البناء علي رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم، أو علي أساس أن يكون البناء مرتفعا أكثر مما يجب قانونا أو علي أبعاد تخالف القوانين واللوائح أو يخرج البناء عن خط التنظيم.



وسواء رجع عيب التصميم إلي أصول الفن المعماري أو إلي مخالفة القوانين واللوائح، فإن واضع التصميم - ويكون غالباً هو المهندس المعماري - يجب عليه الضمان، سواء أشرف علي التنفيذ أو لم يشرف. غير أنه إذا أشرف علي التنفيذ يكون مسئولاً متضامناً مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ، ومستقلاً وحده في الضمان عن عيوب التصميم، ولا يكون المقاول مسئولاً معه. أما إذا لم يشرف علي التنفيذ وإقتصصر علي وضع التصميم، فإنه - كما تقول المادة ٦٥٢ سالفه الذكر - يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم وحدها، ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليه. ولا يكون المقاول الذي قام بالتنفيذ ملتزماً بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه، ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفي علي المقاول، لاسيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه، وأقدم المقاول علي تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذي فيه، فإنه يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان، ويكون في إلتزامه هذا متضامناً مع المهندس.

(الوسيط. ٧- مجلد ١- للدكتور السهوري ص ١١٧ وما بعدها)

٢- مسئولية المهندس المعماري ليست مقصورة علي عيوب البناء المترتبة علي عيوب التصميم الذي قام به، بل تشمل أيضاً الخطأ الذي إرتكبه المقاول في تنفيذ التصميم، إلا إذا إقتصرت مهمة المهندس علي وضع التصميم ولم يكن من ضمنها الرقابة علي تنفيذه. وإذا أدار المهندس الأعمال بإتباع تصميم وضعه شخص آخر أو تصميم المالك، فإنه يكون مسئولاً عن عيوب التصميم لأنه قد تبناه. ويسأل المهندس عن أخطاء المقاول حتى إذا لم يكن هو الذي اختاره.

وإذا كانت مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عقدية، فيمكن إذن الإعفاء منها بثبوت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

ويمتاز نص المادة ٦٥٢ مدني بميزة التوفيق بين الحلول التي قررتها محكمة الاستئناف المختلطة في بعض الحالات العملية، من ذلك استبعاد مسؤولية المقاول المكلف تغطية الطريق بالأسفلت إذا كان العيب الحادث في غطاء الأسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجاري المياه الممتدة في باطن الأرض، وكذلك استبعاد مسؤولية المقاول الذي استعمل موادا وأدوات انعقد الإجماع علي جودتها إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلي الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصري. علي أن هذا التطبيق محل للمناقشة.

وفي طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسؤولية تهدم البناء تحت تأثير ضغط مياه المطر علي عاتق المقاول، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية، خصوصا إذا كان البناء منخفضا بجوار الشارع.

كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسؤولية بسبب هبوط أرصفة مقامة علي جوانب النيل. وقد قصد المشرع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام، فذكر في النص إلي جانب موقع الأرض حركتها الذاتية.

وقد رأت لجنة مراجعة المشروع تعديل المادة بما يجعل الإثبات علي المهندس والمقاول بأن التهدم والعيب الذي ظهر يرجع إلي سبب أجنبي لا بد لهما فيه.

(العقود المسماة الجزء ٤ للدكتور كامل مرسى- ص ٥٠٠ وما بعدها)

٣- إن سبب الضمان - في تطبيق نص المادة ٦٥٢ مدني - يرجع إلي عيب في التصميم. وإذا كان التصميم يضعه عادة مهندس معماري أو يحتم القانون ذلك أحياناً، ولكن لا يوجد مانع من أن يضعه شخص آخر غير مهندس، وكثيراً ما يضعه المقاول نفسه، وقد يضعه رب العمل. فإذا كان قد وضعه رب العمل وكان معيباً فهو المعلوم، ولا يرجع علي أحد، ولكن قد يشترك معه المقاول في المسؤولية إذا كان هذا الأخير علي علم بالخطأ أو العيب وأقره أو كان الخطأ أو العيب من الوضوح بحيث لا يخفي علي مجرب مثله.

أما إذا وضعه غيرهم، أي غير المقاول والمهندس ورب العمل، كان واضع التصميم هو المسؤول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان. ويسأل المهندس عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو واضعه إذا كان قد تبناه وقام بالإشراف علي تنفيذه.

وإذا كان المقاول هو الذي وضع التصميم فإنه يكون مسؤولاً عن عيوبه وعن عيوب التنفيذ جميعاً، ولكن مسؤوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذي تسمح به المقدرة الفنية لشخص في مستواه. وإذا تبني التصميم وتحمل مسؤوليته فإنه يكون مسؤولاً عما فيه من عيوب.

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلي خطأ في أصول الهندسة المعمارية، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة، أو لم يبذل العناية الكافية فيجئ التصميم معيباً من الناحية الفنية. وإما أن ترجع عيوب التصميم إلي مخالفة قوانين للبناء ولوائحه كأن يوضع التصميم علي أساس البناء علي مساحة من الأرض أو علي إرتفاع أكبر مما تسمح به هذه النظم أو علي أبعاد تخالف القوانين أو يخرج البناء علي خط التنظيم وغير ذلك من العيوب.

وسواء رجع عيب التصميم إلي أصول الفن المعماري أو إلي مخالفة القوانين واللوائح فإن واضع التصميم - يكون غالباً هو المهندس المعماري - يجب عليه الضمان سواء أشرف علي التنفيذ أو لم يشرف علي التنفيذ أيضاً يكون مسئولاً مسئولية مزدوجة عن عيوب التصميم وعيوب التنفيذ، فيكون متضامناً مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ، ومستقلاً وحده في الضمان عن عيوب التصميم، ولا يكون المقاول مسئولاً معه فيها، إلا إذا كانت عيوب التصميم من الوضوح بحيث لا تخفي علي المقاول، لاسيما العيوب المتعلقة بمخالفة قوانين ولوائح التنظيم، وأقدم المقاول علي تنفيذ التصميم بالرغم من هذه العيوب، فإنه (أي المقاول) يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان متضامناً مع المهندس.

وقد سبق أن أوضحنا أن القضاء الفرنسي يذهب إلي أن هذه المسئولية تقصيرية، لأن عقد المقاول ينتهي بإنقضاء الإلتزامات المتولدة عنه. كما ذكرنا أن الفقه في فرنسا وفي مصر، وكذا القضاء في مصر يكادان يجمعان علي أنها مسئولية عقدية.

وذهبنا (الأستاذ عنبر) مع رأي مغاير يقول إنها مسئولية مقررة بموجب القانون، أي مسئولية قانونية قائمة بذاتها، مستقلة بأحكامها عن المسئولية العقدية، وتنشأ مباشرة عن نص القانون وحده، وأنها تبتدئ في السريان من النقطة التي تنتهي عندها المسئولية العقدية، ولا ينطبق عليها إلا النصوص التي أنشأتها.

ذلك أن المسئولية العقدية وليدة الإرادة الحرة المبصرة، وقيامها يقتضي توافر أهلية العاقد وقت التعاقد، لأنه - كما يقول بعض الشراح - تعويض الطرف الآخر عن عدم الوفاء. وذهب شراح آخرون إلي أبعد من

ذلك، فيقررون وجوب توافر الأهلية لا وقت إبرام العقد الذي ينشئ الإلتزام الأصلي فحسب، بل حتى وقت الإخلال بهذا الإلتزام الذي يترتب عليه الإلتزام بالتعويض.

أما بالنسبة لمسئولية المقاول والمهندس عن التهدم كلياً أو جزئياً أو العيوب التي تظهر في المباني بعد الإنجاز والتسليم، فحيث أن المدة المحددة قانوناً لهذه المسئولية لا تعتبر مدة تقادم ولا مدة سقوط وإنما مدة تجربة لإختبار متانة المباني وسلامتها، فإنها تسري علي ناقصي الأهلية، وهذا يعني أن هذه المسئولية ليست عقدية لأن من شروط تحقق الأهلية، وهذا يعني أن هذه المسئولية ليست عقدية لأن من شروط تحقق المسئولية العقدية توافر أهلية العاقد، وهي لا تتحقق إذا كان العاقد ناقص الأهلية.

ومن حيث جسامه الخطأ الموجب للمسئولية، فإن المسئولية العقدية لا تقوم إلا علي أساس الخطأ العقدي أي الإخلال بالإلتزام الناشئ عن العقد، ولا يسأل المدين فيها عن الخطأ الذي يتسامح فيه عادة (التافه أو اليسير جداً). ومن حيث عبء الإثبات فإن الدائن في المسئولية العقدية يكلف بإثبات خطأ المدين عن طريق إثبات. وجود العقد الصحيح، وحلول وقت الوفاء بالإلتزام، وعدم الوفاء بالإلتزام، والاعذار (الإنذار) في الحالات الموجبة له.

أما في مسئولية المقاول والمهندس عن التهدم أو العيوب التي تظهر بعد الإنجاز والتسليم، فلا يكفي أن يثبت الدائن وجود العقد السابق الذي إنتهي بالتسليم وإنما عليه أن يثبت وقوع التهدم أو ظهور العيب.

(عقد المقاوله للأستاذ محمد عبد الرحيم عنبر المحامي- المرجع السابق- ص ١٨٠٢)

وما بعدها)

### • مسؤولية المهندس المعماري عن العيوب الناشئة عن التصميم : فقد

رأينا أن المادة ٦٥٢ مدني قد نصت على أنه " إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم " مفاده أن المهندس المعماري إذا اقتصر عمله على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ وعيب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية، كان يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة، أو لا يبذل العناية الكافية فيجئ التصميم معيبا من الناحية الفنية، وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه، كأن يوضع التصميم على أساس أن يكون البناء مرتفعا أكثر مما يجب قانونا، أو على أبعاد تخالف القوانين واللوائح أو يخرج البناء عن خط التنظيم.

**وقد قضى بأن** " من واجبات المهندس المعماري أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق، سواء ما كان منها مفروضا بحكم القانون أو ناشئا عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعي، وله في 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 قرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التي لم يحط بها علما (مصر الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢).

وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعماري أو إلى مخالفة القوانين واللوائح، فإن واضع التصميم - ويكون غالبا هو المهندس

المعماري - يجب عليه الضمان - سواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف، غير انه إذا أشرف على التنفيذ يكون مسئولاً عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ في وقت معاً، ويكون متضامناً مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ كما سبق القول، ومستقلاً وحده في الضمان عن عيوب التصميم ولا يكون المقاول مسئول معه أما إذا لم يشرف على التنفيذ واقتصر على وضع التصميم فإنه - كما تقول المادة ٦٥٢ سالفه الذكر يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم وحدها ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليه ولا يكون المقاول الذي قام بالتنفيذ بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه، ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول، لا سيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذي ظهر فيه، فإنه يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان، ويكون في التزامه هذا متضامناً مع المهندس.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "الأصل في المسؤولية عن الضمان المقرر في المادتين ٦٥١، ٩٥٢ من القانون المدني أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء وهي مسئوليته تقوم على خطأ مفترض من جانبيهما، وترتفع هذه المسؤولية عنهما بإثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذي 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 بإعتباره أنه وحده الذي وقع منه الخطأ (جلسة ١٨/١١/١٩٩٣ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق) وبأنه

"ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاوله يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وإن كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى - وهي صاحبة العمل - أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصر على حساب تكاليف الإنشاءات الخراسانية كمشورة فنية مجانية قدمها لزميله المهندس بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التي تلقاها منه وأن مهندساً آخر هو الذي قام بوضع التصميم دون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعن (المهندس المعماري) وبين المطعون عليها الأولى (صاحبة العمل) ليتبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقاوله أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان وذلك تحقيقاً لدفاع الطاعن الجوهري الذي عن صح لتغيير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب (جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٦ ص ١٠٤٨) وبأنه "لئن كان الأصل أن المقاول الذي يعمل بإشراف ر العمل الذي جعل نفس مكان المهندس المعماري لا يسأل عن هدم البناء عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء ولسامته إذا كان ذلك ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذي وضعه رب العمل إلا أن المقاول يشترك في المسؤولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الواضح بحيث لا يخفى أمره عن المقاول المجرب (جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٨١) وبأنه "المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم والذي جعل نفس مكان المهندس المعماري يشترك مع رب العمل



فى المسئولية 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 الخبرى والتفوق فى فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إزعان المقاول لتعليمات رب العمل فى هذه الحال لا يجعله مسئولاً عما يحدث فى البناء من تهم نتيجة الخطأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسئولية كاملة (جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ١٨٣٠).

ويراعى تقسيم المسئولية بين المهندس والمقاول ما ينسب إلى كل منهما من خطأ، فإن كان الخطأ هو المقاول وحده، كما إذا ارتكب خطأ فى التنفيذ وكان المهندس متضامناً معه لأنه هو الذى أشرف على التنفيذ فقد قدمنا أن المهندس يرجع على المقاول بكل التعويض الذى حكم به عليه (أنظر أنفاً فقرة ٦٥ فى آخرها وانظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ - دلفوا فقرة ٣١١ ص ٢٤٥ - محمد ليبب شنب فقرة ١١٧ ص ١٤١) وإذا كان هو خطأ المهندس، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب ورجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذى حكم به عليه (دلفوا فقرة ٢٥٩ ص ٢٠٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢) أما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى المواد التى وردها المقاول وكان المهندس مشرفاً على التنفيذ، فمن حكم عليه بالتعويض كاملاً يرجع على الآخر بنسبة جسامه خطأه، وفى هذه الحالة يكون خطأ المقاول عادة أكثر جسامه من خطأ المهندس (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ - دلفو

فقرة ٢٧٠ ص ٢١٩ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢) وقد يتعادل الخطأ فيتحمل كل منهما نصف التعويض (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) وإذا رجع أى منهما على الآخر - وليست بينهما علاقة عقدية - رجع بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية فإذا ادعى أحدهما أن الضرر قد نشأ بخطأ الآخر وجب عليه أن يثبت هذا الخطأ (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٧ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ - نقض فرنسي ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٩ داللو مختصر ١٩٥٩ - ٥٣) ومن يرجع منهما على الآخر يحل محل رب العمل في حقوقه، فيرجع أيضا بدعوى الحلول (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٦ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ - ص ١٤٤٣) هذا وإذا علم المقاول بعيب في التصميم فله أن يقف العمل، ولا يعود إليه إلا إذا أصلح العيب، وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا في هذا المعنى، فكانت المادة ٨٩٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى " ١) يجوز لمقاول البناء أن يقف العمل إذا قرر الخبراء أن تنفيذ التصميم الموضوع لا يمكن أن يتم دون خطر على سلامته البناء ٢) ولكن يجب عليه أن يعود إلى إتمام البناء متى بين الخبراء ما يجب إدخاله على التصميم من تعديلات لتوفى الخطر " (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٦١ - وقد سقط النص في مجموعة الأعمال التحضيرية).

### من أحكام القضاء:

١- لئن كان الأصل أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء، وسلامته إذا كان ذلك ناشئا عن الخطأ

في التصميم الذي وضعه رب العمل، إلا أن المقاول يشترك في المسؤولية مع صاحب العمل إذا كان علي علم بالخطأ في التصميم وأقره، أو كان ذلك الخطأ من الواضح بحيث لا يخفي أمره علي المقاول المجرب.  
(جاسة ١٩٦٥/٤/٢١- مجموعة المكتب الفني- السنة ١٦- مدني- ص ٨١)

\* \* \*

## بطلان إعفاء المهندس والمقاول من المسؤولية

**النص التشريعي (مادة ٦٥٣) :**

يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه.

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٥٢ لبيي و ٦١٩ سوري و ٨٧٠ عراقي و ٥٢٧ سوداني و ٦٦٩ لبناني و ٨٧٩ تونسي و ٧٩٠ أردني جديد.

**الأعمال التحضيرية :**

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١- فى المقاولات الصغيرة يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن العيب أن يحد من مسؤوليته عن ذلك، ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد خفاء أو ارتكب أخطأه لا تغتفر ٢- أما فى المقاولات الكبيرة، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤، إلى ٨٩٦ كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان " وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة، وعدلت باقى الفقرة الثانية تعديلا لفظيا فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٨٢ فى المشروع النهائى، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨١ وفى لجنة

مجلس الشيوخ اعترض على النص لأنه يجعل الضمان من النظام العام، فقبل تبريراً لذلك " إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسؤولية، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء " ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٦٥٣، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨ - ص ٣٠).

### رأي الفقه:

١- أراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها رب العمل، فجعل أحكام الضمان - في عقد المقاولة - من النظام العام، علي خلاف القواعد العامة فيه، لا يجوز الإنفاق علي محوها أو علي التخفيف منها. وقد ذكر ذلك أمام لجنة مجلس الشيوخ عندما إعترض علي النص، فقليل في الدفاع عنه: "إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلي تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسؤولية، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء.

ويخلص من نص المادة ٦٥٣ مدني أنه لا يجوز الإنفاق مقدماً علي الإعفاء من الضمان أو علي الحد منه، فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس في عقد المقارنة أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية علي السواء. وكما لا يجوز الإنفاق علي الإعفاء من الضمان، كذلك لا يجوز الإنفاق علي الحد منه، فلا يجوز الإنفاق، فلا يجوز مثلاً إشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسلم العمل بدلاً من عشر سنوات، أو إشتراط أن يقتصر الضمان علي عيوب معينة، أو ألا يشمل الضمان عيوباً معينة، فكل

هذه إتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام، ويرجع رب العمل بالضمان كاملاً عن جميع العيوب لكل مدة عشر سنوات بالرغم من أي إتفاق مخالف.  
(تراجع حكم النقض الصادر بجلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ المعلق به علي نص المادة ٦٥١ مدني)

ولكن لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان، إذ أن الضمان إنما قصد به حماية رب العمل، فليس هناك ما يحول دون أن يقوي رب العمل هذه الحماية بإتفاق خاص، فيجوز إشتراط أن يبقى للضمان عن العيوب مدة تزيد علي عشر سنوات بحسب جسامه المنشآت ودقة العمل بها، كما يجوز الإتفاق علي أن الضمان يشمل العيوب الظاهرة لمدة عشر سنوات أو أقل أو أكثر، بل يجوز الإتفاق علي ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة. والمفروض أن الإتفاق علي الإعفاء من الضمان أو علي الحد منه إنما هو سابق علي تحقق سبب الضمان، فإنه في ذلك الوقت يكون هناك معني لحماية رب العمل، إذ قد يقوده عدم خبرته إلي الإستهانة بقيمة الضمان، ويغليه المهندس أو المقاول - وهو الجانب الأقوى - علي أمره فيدفعه إلي قبول الإعفاء من الضمان أو الحد منه.

أما بعد تحقق سبب الضمان، وتبين رب العمل خطورة العيوب التي إنكشفت، فهو حر في ذلك، وقد ثبت حقه في الضمان، أن ينزل عن هذا الحق أو بعضه، نزولاً صريحاً أو ضمناً.

فإذا انكشف عيب في البناء يتحقق به الضمان، جاز لرب العمل أن ينزل صراحة عن حقه في الرجوع علي المقاول أو المهندس بسبب هذا العيب. وقد يحمل سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد انكشاف العيب نزولاً ضمناً عن حقه، ولو كانت هذه المدة أقل من ثلاث سنوات، وهي المدة التي تتقدم بها دعوى الضمان، متي اقترن هذا

السكوت بملايسات قاطعة في أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان، ومن هذه الملايسات أن يدفع رب العمل للمقاول أو المهندس أجره دون تحفظ أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة ودون أن يدفعه إلي ذلك ضرورة الاستعجال.

وقد يتهدم جزء من البناء ويظهر في باقيه عيب، فيرجع رب العمل بالضمان فيما يتعلق بالتهدم، ولا يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب، فهنا يكون رب العمل قد نزل عن الضمان نزولا جزئيا، في التهدم دون العيب. (الوسيط. ١-٧-١- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٣٩ وما بعدها)

٢- في فرنسا، بحث الشراح والمحاكم ما إذا كانت شروط عدم المسؤولية تعتبر صحيحة، وقالوا إنه إذا كانت مسؤولية المهندسين المعماريين والمقاولين لا تزول إذا كان التنفيذ بناء علي أوامر المالك، فإنه يجب أن تبقي إذا تضمن العقد شرطا بعدم الضمان، فمسئوليتهم إنما قررها القانون لحماية الملاك من العيوب التي لا يستطيعون بسبب عدم خبرتهم أن يتنبوها، فضلا عن أنها قد تصبح من الشروط الدارجة أو المألوفة، وتقدم كضمان، والنظام العام يقتضي أن يكون البناء متينا. علي أنه وإن كان الشراح والمحاكم ضد إشتراطات عدم مسؤولية المهندسين المعماريين والمقاولين، فإنهم قالوا بوجود حالات تخفف من تلك المسؤولية، منها:

(أ) إذا كان المالك ذا خبرة فنية كالتي لدي المهندس المعماري، فإنه في حالة وجود شرط عدم الضمان يستطيع أن يعرف مدي إلتزامه ولا يكون للحماية القانونية صفة النظام العام.

(ب) يجوز استبعاد المسؤولية لمدة أقل من المدة التي نص عليها القانون. وتقضي محكمة النقض الفرنسية بأنه لا توجد مخالفة للنظام العام

إذا نقصت مدة المسؤولية. ولكن ليس معني ذلك أنه لا يجوز للطرفين إنقاص المدة لزمن قصير بحيث تنعدم المسؤولية، ولكن معني ذلك أنه يجرؤ للطرفين إنقاص مدة الضمان للوقت اللازم لتبين العيوب التي يسأل عنها المهندس والمقاول.

(العقود المسماة ٤. لدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٠٤ وما بعدها)

٣- الحكمة من وضع المادة ٥٦٣ مدني ظاهرة، وهي تفادي الشروط المجحفة التي يضعها المقاولون وشركات البناء في عقود مطبوعة، فلا ينتبه لها الجمهور، ثم يفاجئ رب العمل بسقوط حقه في الضمان تطبيقاً لشرط مطبوع لم يلتفت إليه، فاحتاط المشرع لذلك بالنص صراحة علي بطلان شرط عدم الضمان أو الحد منه، وهذا يتفق مع ما قررته المادة ٦٥١ مدني من قيام المسؤولية ولو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، لأنه لا يمكن إعتباره في مستوي المهندس أو المقاول من الناحية الفنية.

(التقنين المدني الجديد- للدكتور محمد علي فريد- الطبعة ٢- ١٩٥٥- ص ٤٦٧)

٤- إن الضمان بوجه عام- عدا ضمان المقاول والمهندس للمنشآت الثابتة- لا تعتبر أحكامه من النظام العام، فالأول يجوز الإتفاق علي ما يخالف أحكامه تخفيفاً أو تشديداً أو محواً بإتفاق خاص، أما الثاني- أي ضمان المقاول والمهندس- فتعتبر أحكامه عن النظام العام بنص صريح جميع التشريعات العربية، ولا يوجد في فرنسا نص مماثل ولكن العمل جري عليه.

ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء بعكس المقاول أو المهندس المعماري، ولذلك حماه القانون منهما هذه الحماية الخاصة التي رأينا في تحديد مدة طويلة لاختيار متانة البناء وصلابته.



هذا، فضلاً عن أن المقاول والمهندس هما الجانب الأقوى في عقد المقاوله بسبب هذه الخبرة الفنية، ويستطيعان أن يضيعها بسهولة هذه الحماية علي رب العمل لو جاز لهما إشتراط عدم المسؤولية أو التخفيف منها بأن يدرجا في عقد المقاوله، هذا الشرط، فيصبح من الشروط المألوفة في هذه العقود، كما هو الشأن في عقود الإيجار المطبوعة التي يوقعها المستأجر دون أن يقرأ أو يدرس أو يفهم محتوياتها، وكأنها شروط إذعان كعقود المياه، والغاز، والتليفون مع أن عقد المقاوله وعقد الإيجار كليهما من العقود الرضائية التي لا بد فيها من إيجاب وقبول.

ولقد ورد في مناقشات لجنة القانون المدني المصري في مجلس الشيوخ عند نظر المادة ٦٥٢ مدني أن البعض قد إعترض علي النص علي أن هذا البطلان من النظام العام، فقليل تبريراً لذلك أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلي تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسؤولية، والمراد بالمادة حماية طبقاً لا يفهمون في مسائل البناء. يضاف إلي ذلك خطور إنهيار المباني علي سلامة أرواح الناس، سواء أكانوا أصحابها أو مستأجرين أو جيرانها أو من المارة في الشوارع بجوارها أو العاملين في ترميمها أو إصلاح بعض ما بها من عيوب، وهؤلاء طائفة كبيرة لو أحصيناها في كل كارثة من الكوارث التي نسمع أو نقرأ عنها بين حين وآخر.

لكل هذه الأسباب أراد المشرع أن يدعم هذه الحماية الضرورية فجعلها من النظام العام حتى لا تضيع أرواح الناس أو أموالهم هباء نتيجة عبث بعض المستهترين أو خربي الذمة من المقاولين والمهندسين المعماريين، أو حتى تهاونهم في الشعور بالمسؤولية الخطيرة الملقاة علي عاتقهم.

ويخلص من النصوص المتقدمة أنه لا يجوز الإتفاق مقدماً علي الإعفاء من هذا الضمان أو الحد منه، فلا يجوز مطلقاً أن يشترط المقاول أو المهندس في عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية. كذلك لا يجوز الإتفاق علي الحد من هذا الضمان فلا يجوز مثلاً الإشتراط لمدة تقل عن المدة المقررة في القانون، أو الإشتراط علي التنازل مقدماً عن دعوى هذا الضمان، لأن معنى ذلك التنازل عن الضمان ذاته، أو قصر الضمان علي عيوب معينة دون غيرها... إلي غير ذلك من الشروط المشابهة، فكل هذه الإتفاقات باطلة بصريح النصوص الواردة في جميع التشريعات العربية علي إختلاف صيغها لمخالفتها للنظام العام، فبعضها يذكر البطلان بلفظ التصريح (جميعاً عند التشريع التونسي)، والبعض الآخر منها يذكر أنه (لا يعمل) (كالتشريع التونسي) ولكن المضي واحد وبالتالي يكون لرب العمل أن يرجع بالضمان كاملاً عن جميع العيوب، وعن التهدم بجميع أنواعه، في المدة المنصوص عليها في تلك القوانين، رغم كل إتفاق مخالف مهما كان صريحاً أو ضمناً، كلياً أو جزئياً، مخففاً أو معفياً من المسؤولية عن النطاق المرسوم في القانون.

ولكن لا يمنع ذلك من تشديد الضمان إذ أن الضمان قصد به حماية رب العمل، إذ أن أحكام القانون هي الحد الأدنى الذي رآه المشرع لهذه الحماية وليس الحد الأقصى، فيجوز مثلاً الإشتراط علي أن يبقى الضمان أكثر من المدة المقررة في القانون، أو أن يشمل الضمان العيوب الظاهرة أيضاً، لأن القانون كفل حماية العيوب الخفية وحدها، بل يجوز الإتفاق علي ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة.

(عقد المقاولة للأستاذ محمد عبد الرحيم عنبر- المرجع السابق- ص ٢٢١ وما بعدها)

• **بطلان كل شرط يقصد به الإعفاء من الضمان :** لا يجوز الاتفاق مقدما

على إعفاء المقاول والمهندس المعماري من الضمان أو الحد منه، كان يشترط عدم مسئوليتيهما عن البناء بمجرد التسليم أو أن يكون الضمان لمدة تقل عن عشرة سنوات، وغلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام فيرجع رب العمل بالضمان رغم وجود هذا الشرط، وذلك إعمالا لنص المادة ٦٥٣ مدني والتي تقضي بأن يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " فقد جل النص أحكام ضمان المهندس المعماري والمقاول من النظام العام، ويبرر 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 والمال، فمن الضروري حماية سلامة هؤلاء جميعا من المخاطر التي تترتب على حوادث سقوط المباني وانهيار المنشآت (الدناصوري والشواربي ص ١٢٦٧) 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 المقولة بسبب هذه الخبرة وإذا أجاز الإعفاء من المسئولية لأمكن للمهندسين المعاريين والمقاولين الإفلات من المسئولية يتضمن عقودهم شروطا تعفيهم من المسئولية، وفي ذلك ضرر بأرباب الأعمال الذين لا تتوافر لهم الدارية بأعمال البناء (عزمى البكرى ص ١٩٠) فأراد المشروع أن يدعم الحماية التي منحها رب العمل، فجعل أحكام الضمان من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو على التخفيف منها وقد ذكر ذلك أمام لجنة مجلس الشيوخ عندما اعترض على النص، فقيل في الدفاع عنه " إنه لو حذف هذا النص سليجا المهندسون

والمقاولون على تضمين عقودهم نصوصا تعفيهم من المسؤولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون مسائل البناء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٠) ولكن لما كان الغرض من النص و حماية رب العمل ومن ثم فيجوز الاتفاق على تشديد الضمان كبقاء الضمان مدة تزيد على عشر سنوات أو ضمان العيوب الظاهرة للمدة التي يتم الاتفاق عليها بل يجوز الاتفاق على أن يضمن المقاول والمهندس للقوة القاهرة.

• **جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه:** إذا تحقق سبب الضمان بأن تهدم البناء أو انكشف عيب فيه، كان لرب العمل أن يتنازل عن الضمان - إذ المحذور هو التنازل السابق على تحقق سبب الضمان - وقد يكون تنازله صريحا وقد يكون ضمنيا بسكوته مدة طويلة بعد انكشاف العيب متى اقترن السكوت بملازمات قاطعة تدل على التنازل كأن يوفى بالتزاماته المتبقية للمقاول والمهندس دون تحفظ أو يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ وفي غير حالة الاستعجال، وإذا تهدم البناء جزئيا وظهر عيب في جزء آخر منه فيرجع رب العمل بالضمان - فإن اقتصر في رجوعه على التهدم دون العيب فيكون قد تنازل جزئيا عن الضمان فيما يتعلق بالعيب (أنور طلبه ص ٤٦٦).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "مقتضى ما نصت عليه المادتان ٦٥١، ٦٥٣ من القانون المدني أن كل شرط في عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان يكون باطلا ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع به. نقض ١٣/٤/١٩٦٧ طعن ٣٤٥ س ٣٣ق - إقرار رب العمل في عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء

المهندس والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائياً لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم الحكم السابق.

### من أحكام القضاء:

١- تسلم رب العمل البناء تسليماً نهائياً غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطي ما بالمبني 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 إنتهي إلي أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه في إرساء الأساسات علي أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلي الطبقة العملية الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفي ضمان المقاول لهذا العيب، لأنه لا يكون قد خالف القانون، لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التي لا يغطيها التسليم.

ويكفي لقيام الضمان المقرر في المادة ٦٥١ مدني حصول تدهم بالمبني ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، وبحسب الحكم إقامة قضاؤه بمسئولية المقاول طبقاً لهذه المادة علي حدوث هذا التدهم خلال مدة الضمان.

وإلتزام المقاول والمهندس الوارد في المادة ٦٥١ من القانون المدني هو إلتزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليماً ومتميناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الإلتزام بمجرد عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما.

(جاسة ١٠/٦/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - مدني - ص ٧٣٦)

٢- مقتضى ما نصت عليه المادتان ٦٥١ و ٦٥٣ من القانون المدني أن كل شرط في عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان يكون باطلا ولا يعقد به، إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع به.

وإقرار رب العمل في عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل، لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم.

(نقض- جلسة ١٣/٤/١٩٦٧- المرجع السابق- السنة ١٨ مدني- ص ٨٣٥)

\* \* \*

## الالتزام بتسليم العمل

**النص التشريعي (مادة ٦٥٤) :**

تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو إنكشاف العيب.

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٦٥٣ لبيي و ٦٢٠ سوري و ٨٧٠ عراقي و ٦٦٨ لبناني و ٥٢٨ سوداني و ٧٩١ أردني جديد و ٨٧٦ تونسي.

**الأعمال التحضيرية :**

إقتبس المشروع الفكرة الأساسية في التمييز الوارد بهذا النص عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٥٢١ فقرة ٢ و ٥٢٢ فقرة أولي (في نهايتها).

وقد ترتب علي عدم وجود نص في التقنين الحالي يطابق الفترة الثانية من هذه المادة، أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسؤولية قبل المقاول بناء علي نص المادة ٥٠٠ 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 ويترتب علي ذلك أنه لو حدث الخلل في السنة العاشرة فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر أربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل وقد يكون الداعي إلي تقرير هذا الحل هو الرغبة في ترك وقت كاف لرب العمل الذي يكتشف العيب في آخر لحظة، حتى ينجح في دعواه قبل المقاول، علي أن هذه النتيجة تتعارض

تماما مع ما رأيناه من ميل التقنيات الحديثة إلى تقصير المدة التي يبقى فيها كل من المقاول والمهندس مسئولا، ولذلك يكتفي المشروع بتحديد مدة سنتين يجوز رفع الدعوى خلالهما، وذلك قياسا علي ما قرره المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٥٢٢).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ص ٣١)

### رأي الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٦٥٤ مدني أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان في ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم. فإذا انكشف العيب أو حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت تسلمه البناء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، أي إلي إنقضاء ثماني سنوات من وقت تسلم البناء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، فيكون قد إنقضي ثلاث عشرة سنة من وقت تسلم البناء، وهذه هي أقصى مدة يمكن أن تتقضي من وقت التسلم إلي وقت رفع دعوى الضمان، فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها.

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم، فإنها يرد عليها أسباب الإنقطاع، فتتقطع برفع الدعوى الموضوعية، وتتقطع أيضا بإقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل في الضمان. أما وقت التقادم فلا يرد هنا، وذلك لأن المدة لا تزيد علي خمس سنوات، ولا يقف التقادم إلا إذا كانت مدته تزيد علي خمس سنوات طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني.

(يراجع التعليق علي المادة ٣٨٢ مدني الوارد بالجزء الأول من كتابنا (التعليق علي

نصوص القانون المدني المعدل) ص ١٠٥٤ وما بعدها)



ودعوى الضمان تقوم علي المسؤولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى. أما بالنسبة إلي الغير فليست هناك رابطة عقدية. فإذا إنهدم البناء مثلاً وأصاب أحد المارة بضرر، كان للمضرور أن يرجع بالتعويض علي حارس البناء (رب العمل) بموجب المسؤولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء، وهي مبنية علي خطأ مفترض، وكان للمضرور أيضاً أن يرجع بالتعويض علي المقاول أو المهندس، ولكن بشرط أن يثبت في جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية. وإذا رجع رب العمل علي المقاول أو المهندس فإنه يرجع بدعوى الضمان، بشرط أن يحصل التهدم في خلال العشر سنوات التالية لتسليم البناء، وأن يرفع دعوى الضمان في خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم.

فيرجع الجار علي المقاول أو المهندس إذا لحقه ضرر من البناء، بشرط أن يثبت الجار خطأ في جانب المقاول أو المهندس طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، ولا يوجه دعواه إلي مالك البناء.

(الوسيط - ٧- ١- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٢٧ وما بعدها)

٢- تنتقل دعوى المسؤولية عند كل إنتقال للعقار، لأنها تعتبر ملحقة بالبناء أو المنشأة، فتتبعها في أي يد وجد البناء، إلا إذا إتفق علي غير ذلك وقت إنتقال الملكية، فمشتري العقار

يجوز له إذن أن يرفع دعوى المسؤولية خلال عشر سنوات بدلاً من المالك السابق الذي كان له هذا الحق، حتى لو كان إنتقال الملكية لا يتضمن الضمان، لأن شرط عدم الضمان الغرض منه أن يجعل ناقل الملكية بمنأى من كل رجوع، لا حرمان المشتري الدعوى التي كان للبائع حق رفعها علي المقاول والتي أصبحت لا تفيده لعدم وجود المصلحة.

وإنه وإن كان المهندس المعماري والمقاول مسئولين بالتضامن تجاه المالك، فإنه يجوز لكل منهما أن يرجع علي الآخر إذا كان العيب في البناء سببه خطأ أحدهما.

وللغير الذي يصيبه ضرر من إنهيار البناء أو حدوث خلل فيه أو أي سبب آخر أن يرجع علي المهندس والمقاول.

والأصل أن مسؤولية المقاول ترتفع بتسليم الشيء الموضوع إلي رب العمل وقبوله إياه، لأن تسلمه المصنوع وقبوله إياه دليل علي أن الصانع قام بعمله علي الوجه المطلوب، ولكن إذا كان المقاول هو الذي قدم المواد، فإن العقد يتضمن بيعاً، ولذلك يجوز الرجوع عليه - كما في البيع - بضمان العيوب الخفية.

### ٣- تجنب التفرقة بين أمرين يحدث الالتباس بينهما، وهما:

(أ) تقادم الضمان ذاته، أي المدة التي يجب أن يحدث فيها التهدم أو يكتشف فيها العيب.

(ب) وتقادم دعوى الضمان التي تحمي حق الضمان، أي المدة التي يجب أن ترفع خلالها هذه الدعوى.

وقد اختلفت التشريعات العربية في تقادم الضمان ذاته، فجعله أغلبها عشر سنوات ما عدا التقنين اللبناني والتقنين التونسي، فهي فيهما خمس سنوات.

كما اختلفت تلك التشريعات أيضا في تقادم دعوى الضمان، فهي ثلاث سنوات في القانون المدني المصري وفي القانون المدني السوري وفي القانون المدني الليبي، وهي سنة في القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني الجديد، وثلاثون يوما في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

ومؤدي النص المصري (م ٦٥٤ مدني) والنصوص العربية المقابلة - علي ما بينها من خلاف في مدة تقادم الدعوى - أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم في أوائل العشر سنوات بعد التسليم الفعلي لا يكون لرب العمل حينئذ إلا ثلاث سنوات المقررة لرفع الدعوى الـ ١٣ عاما.

ويكفي أن ينكشف العيب أو يحصل التهدم حتى يكون ذلك قرينة علي العلم به ولو لم يتم العلم به فعلا. ويثبت وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم بجميع طرق الإثبات بإعتباره واقعة مادية. ولكن لا يكفي لإثبات العلم أن يسكن رب العمل المبني أو أن يقوم بتأجيرهِ للغير، فقد لا يظهر العيب أو يحصل التهدم إلا بعد مدة طويلة.

إذا ظهر العيب وأخطر رب العمل المقاول أو المهندس المعماري به، فإن تراخيه في رفع دعوى الضمان بعد ذلك لا يعد نزولا منه عنها مادامت مدة تقادم الدعوى لم تنقصر.

ولما كانت هذه المدة تقادم فإنها تقبل الإنقطاع، فتقطع مثلا برفع الدعوى الموضوعية ولو لمحكمة غير مختصة لأن المطالبة القضائية بوجه عام تقطع التقادم، ولكن -الدعوى المستعجلة لا تقطع التقادم (الوسيط - ٧- للدكتور السنهوري - ص ١٣٠)، وتقطع أيضا بإقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل في الضمان، كما لو رهنأ له عقارا أو منقولا في مقابل هذا الضمان.

ولكنها لا تقبل الإيقاف، لأن المدة لا تزيد علي خمس سنوات في التقنين المصري.

(عقد المقاوله للأستاذ عبد الرحيم عنبر- المرجع السابق- ص ٢٠٧ وما بعدها)

• **تقادم دعوى الضمان: تسقط دعوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث**

سنوات من حصول التهدم أو انكشاف العيب (م ٦٥٤ مدنى) 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 يؤدي إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه فإذا انكشف العيب أو حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلاً من وقت تسلمه البناء كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، أى إلى انقضاء ثمانى سنوات من وقت تسليم البناء، وإذا انكشف العيب أو حصل التهدم فى آخر السنة العاشرة من وقت تسليم البناء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، فيكون قد انقضى ثلاث عشرة سنة من وقت تسلم البناء، وهذه هى أقصى مدة يمكن أن تنقضى من وقت التسليم إلى وقت رفع دعوى الضمان، فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع الضمان، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها

**وقد قضت محكمة النقض بأن: " مؤدى نص المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من**

القانون سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري 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 يؤدي إلى تهدم المبنى، واضطر صاحبه إلى هدمه. (جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٨٥٣) وبأنه " مفاد المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدنى أن المشروع الزم المقاول فى المادة ٦٥١ بضمان سلامة البناء من التهدم الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن

القانون قد حدد في المادة ٦٥٤ مدة تقادم دعوى الضمان المذكورة وهى ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم وعلى من يتمسك بالتقادم الثلاثى للدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب فى وقت معين وأن دعوى الضمان لم ترفع خلال الثلاث سنوات التالية لاكتشاف العيب (جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١١٤٦) وبأنه " المقرر فى قضاء محكمة النقض أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري 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 يؤدي إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه (نقض ١٩٩٤/٥/٢٦ طعن ٤٨٤ س ٦٠ ق)

● **ويكفى أن يحصل التهدم أو ينكشف العيب لسريان مدة التقادم ولو لم يتم العلم به فعلا ويثبت وقت ذلك بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية، وقد قضت محكمة النقض بأن:** " من المقرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه، ومن ثم على من يتمسك بالتقادم الثلاثى لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أو يثبت انكشاف العيب من وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ (نقض ١٩٧٣/١١/٢٧ طعن ١٤٩ س ٣٨ ق)

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم، فإنها يرد عليها أسباب الإنقطاع برفع الدعوى الموضوعية ولا يكفى لقطع التقادم أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٢١٤ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢١) وتقطع أيضا بإقرار

المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان، أما وقف التقادم فلا يرد هنا، وذلك لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات، ولا يقف التقادم إلا إذا كانت مدة تزيد عن خمس سنوات إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى على ما يأتى: "فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثل له قانوناً" (السنهورى ص ١٠٧ - محمد لبيب شنب ص ١٢١)

● **دعوى الضمان تقوم على المسؤولية العقدية:** تقوم دعوى الضمان على المسؤولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة المهندس أو المقاول من جهة أخرى، إذ أنها تقوم على التزام عقدى أنشأه عقد المقاولات تنشئ التزاماً فى ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب فإذا إنهزم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية العقدية للمقاول أو المهندس.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "مسئولية المقاول عن سلامة البناء امتدادها إلى ما بعد تسليم البناء فى حالة ما إذا كانت العيوب به خفية اعتبارها مسؤولية عقدية تحققها بمخالفة المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرافه عن تقاليد الصنعة وعلافها أو نزوله عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه (جلسة ٢٠٠٠/٧/١ الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق) وبأنه "مسئولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة ٤٠٩ مدنى (قديم) لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبهة جنحة مدنية، ولا يمكن كذلك باعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقولة، وإنما هى مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقولة على البناء سواء نص عليها

فى العقد أو لم ينص، كمسئولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢).

دعوى الضمان كما رأينا تقوم على المسئولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة المهندس أو المقاول من جهة أخرى أما بالنسبة إلى الغير فليست هناك رابطة عقدية، فإذا تهدم البناء مثلا، وأصاب أحد المارة بضرر، كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسئولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء وهى مبنية على خطأ مفترض وكان للمضرور أيضا أن يرجع بالتعويض على المقاول أو المهندس، ولكن بشرط أن يثبت جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسئولية التقصيرية وإذا رجع على رب العمل، كان لهذا أن يرجع على المقاول أو المهندس بدعوى الضمان على النحو الذى فصلناه بشرط أن يحصل التهدم فى خلال عشر السنوات التالية لتسلم البناء، وأن يرفع دعوى الضمان فى خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم. هذا وقد يكون المقاول و المهندس مسئولاً نحو الغير باعتباره حارس البناء على أساس خطأ مفترض، إذا كان البناء لا يزال تحت يد المقاول أو المهندس من قبل تسليمه لرب العمل وتتقدم دعوى المسئولية التقصيرية من الغير قبل المهندس أو المقاول، أو قبل رب العمل بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدنى (السنهورى ص ١٠٨ - محمد شنب ص ١٢٣).

### • **انتفاء مسؤولية المهندس أو المقاول عن الضمان:** لما كانت مسؤولية

المهندس المعماري والمقاول مسؤولية عقدية والتزامهما بضمان العيب في المنشآت الثابتة هو التزام بتحقيق عناية لا التزام ببذل عناية فيكفي إذن أن يثبت رب العمل أن هناك عقد مقاوله محله منشآت ثابتة، وأن هذه المنشآت وجدت فيها عيوب على النحو الذي فصلناه فيما تقدم، في خلال عشر السنوات التالية لتسليم البناء، حتى يقوم التزام المقاول بالضمان. ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ في جانب المقاول أو المهندس، إذ وجود العيب في البناء هو ذاته الخطأ، كما هو الأمر في كل التزام بتحقيق غاية، ومن ثم لا يستطيع المقاول أو المهندس أن ينفى مسؤوليته عن الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي كقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ شخص من الغير لا يسأل عنه المهندس ولا رب العمل.

### • **وقد قضت محكمة النقض بأن:** " يكفي لقيام الخطأ في المسؤولية العقدية

ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه المترتبة على العقد ولا ترفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو إثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة القاهرة أو سبب أجنبي أو بخطئه المتعاقد الآخر (طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

### • **القوة القاهرة:** تقضى القواعد العامة بأن الالتزام بالضمان ينتفى إذا

أثبت المقاول أو المهندس أن تهدم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة القاهرة وهو لا ينفى بذلك وقوع الخطأ وإنما ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص صريح فى هذه المسألة، فكانت المادة ٨٩٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى " يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر فى المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه



العيوب قد نشأت عن قوة القاهرة، كما لو حصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجية لم يكن فى الإمكان توقعها وقت البناء " وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد " يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة، ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسيين : (١) الخلل فى البناء إذا حصل فى خلال عشر سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسئولية المقاول، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطأه (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١) (٢) تهدم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب فى الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٣ ب ١٥ ص ٣٥٩) وهكذا تكون المادة ٥٠٠/٤٠٩ من التقنين الحالى (السابق) قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال فى جانب المقاول إذا كان الخلل راجعا على طبيعة الأرض، بل لا يجوز أن تسهل 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 يجابى 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 يكن فيها ثبوتها قاطعا دون حاجة لأهل الخبرة، ويمتاز هذا النص أيضا بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلط فى بعض الحالات العملية، من ذلك استبعاد مسئولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالإسفلت، إذا كان العيب الحادث فى غطاء الإسفلت ناجما عن هبوط

الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٢١) وكذلك استبعاد مسؤولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١ على أن هذا التطبيق محل للمناقشة) وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسؤولية تهدم البناء تحت ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية، خصوصا إذا كان البناء منخفضا بجوار الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣٥٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٦٩) كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسؤولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جانب النيل (الليلتان جدول عشرين ٢ نمرة ٢٤٢٣) وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام، فذكر إلى جانب موقع الأرض حركتها الذاتية " وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى " يسقط الضمان عند المهندس المعماري والمقاول إذا أثبتا أن تهدم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه " ووافق مجلس النواب على النص، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥، ٢٨)

#### • خطأ رب العمل: الأصل أن خطأ رب العمل ينفى علاقة السببية فلا

يلتزم المقاول بالضمان فإذا رجع العيب فى البناء إلى عيب فى المواد التى استخدمت فيه وكانت هذه المواد قد أحضرها رب العمل، وقد أثبت المقاول ذلك، فقد أثبت خطأ رب العمل وتنفى فى الأصل مسؤوليته، ولكن قد يكون العيب فى المواد بحيث كان المقاول يستطيع أن يكشفه وبنبه رب العمل

إليه، فعند ذلك يكون هناك أيضا خطأ في جانب المقاول قد يكون سببا في مشاركته رب العمل المسؤولية بحسب جسامه خطأ كل منهما، وقد يجب خطأ المقاول خطأ رب العمل، أو يجب خطأ رب العمل خطأ المقاول، فينفرد أحدهما بالمسؤولية وقد يتدخل رب العمل فيعطى تعليمات خاطئة للمقاول ويطلب إليه أن ينفذها فينجم العيب عن ذلك، وهنا أيضا يكون خطأ في جانب رب العمل وخطأ في جانب المقاول الذي أطاع هذه التعليمات الخاطئة فيشتركان في المسؤولية أو يجب خطأ أحدهما الآخر بحسب جسامه الخطأ.

**وقد قضى بأن:** " تدخل رب العمل سواء بتقديم مواد معينة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معينة، لا يعفى المهندس أو المقاول من المسؤولية، لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب، بل كان عليه عند الاقتضاء أن يمنع عن تنفيذ العمل المعيب، فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسؤولية (استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٩)

**كما قضت محكمة النقض بأن:** " لئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى جعل نفسه مكان المهندس المعماري لا يسأل عن تهدم البناء إلا عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئا 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 الواضح بحيث لا يخفى أمره عن المقاول المجرب (جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٨١).

وقد يضع رب العمل بنفسه تصميم البناء فيجئ معيباً ويتسبب عن ذلك عيب في البناء، فيشترك مع المقاول في المسؤولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول في المسؤولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لاسيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معمارياً إن خطأ رب العمل ينفي المسؤولية عن المقاول.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " التزام المقاول هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتميناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وأن خلال لهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما إلا أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل لا يسأل عن تدهم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذي وضعه رب العمل ما لم يكن المقاول المجرب على علم بهذا الخطأ وأقره وكان الخطأ من الواضح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب، لما كان ذلك وكان الثابت من تقارير الخبراء التي اعتمدها الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدهما قاما بتنفيذ الأعمال طبقاً للرسومات والمواصفات التي وضعتها شركة التعمير والمساكن الشعبية المشرفة على التصميم دون اعتراض المهندسين المعيّنين من قبل الطاعن للإشراف على التنفيذ، وأنه كان يتعين ابتداء إسناد تشييد الغرفة المحصنة - محل النزاع - إلى شركة متخصصة لما لها من طابع مميز لكونها من المباني ذات المواصفات الخاصة التي يحتم العرف الهندسي أن يخطئ تصميمها بدراسة فنية كاملة بما مؤداه أن عيوب تلك الغرفة مردّها إلى خطأ في التصميم خفي أمره على المطعون ضدهما لعدم

التخصيص، و التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس، ويتعين رفض الطعن (جلسة ١٩٨٩/٦/١٢ الطعن ٤٤٣ لسنة ٥١ق) (جلسة ١٩٩٣/١/١٨ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق) وبأنه " يدل نص المادة ٦٥١ من القانون المدنى على أن التزام المهندس المعماري والمقاول و التزام بنتيجة هو بقاء البناء الذى يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه ولا يكون صاحب العمل مسئولا عن فعل المقاول الذى اتفق معه على القيام بالعمل ومتضامنا معه إلا إذا كان المقاول يعمل بإشراف صاحب العمل وفى مركز التابع له لأن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن لكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق ويتعين على الحكم الذى يترتب المسؤولية أن يبين فى غير غموض فى الأساس الذى استند إليه فى ذلك (جلسة ١٩٩٨/١/١١ الطعن رقم ٤٥٠٣ لسنة ٦١ق) وبأنه المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى وضع التصميم والذى جعل نفسه مكان المهندس المعماري يشترك معه رب العمل فى المسؤولية عما يحدث فى البناء من عيوب إذا كان قد علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الواضح بحيث لا يخفى أثره 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 فن البناء ما يفوق خبره وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل فى هذه الحالة لا يجعله مسئولا عما يحدث فى البناء من تدهم نتيجة الخطأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعا إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة (جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ق س ١٧ ص ١٨٣٠).

وهناك أمر يصدر من رب العمل، أشارت إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى، لا يعتبر خطأ منه، ولا يؤثر فى مسئولية المقاول، بل تبقى هذه المسئولية كاملة ويرجع عليه رب العمل بالضمان كاملاً، وذلك إذا كان " رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة " ففى هذه الحالة يكون الخطأ هو خطأ المقاول ولم يفعل رب العمل إلا أن يجيز هذا الخطأ والمفروض أن رب العمل غير فنى فلا يعتد بإجازته، ولا يكون لهذه الإجازة أثر فى مدى مسئولية المقاول عن الضمان (السنبورى ص ١١٤) ومن باب أولى لا يكون وجود رب العمل وإشرافه على العمل سبباً فى تخفيف مسئولية المقاول، وقد قضى بأن وجود مهندس من قبل رب العمل للإشراف على التنفيذ لا يؤثر فى مسئولية المقاول ولو تلقى هذا من المهندس تعليمات تخالف أصول فن البناء، لأنه مستقل فى عمله عن المهندس (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٨ ص ١١٦ - دلفو فقرة ٢٣٩ ص ٢٠١ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٤ ص ١٣٩) وقضى فى نفس المعنى بأنه لا يرفع المسئولية عن المقاول اشتراك المالك معه فى رأى أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن (مصر وطنى استئنافى ١١ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢ ص ٢٥) وقضى أيضاً بثبوت مسئولية المقاول حتى لو تدخل المالك فى العمل ولم ينفذ المقاول إلا ما أمره به المالك، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمره به المالك (مصر الوطنية ٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٣ ص ٥٩) وقضى كذلك بأن المهندس المعماري والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلال المبانى فى مدة عشر سنين ولو كان الخلل ناشئاً عن عيب فى

الأرض أو كان ذلك إذن فى إنشاء الأبنية المعيبة، وعلى ذلك فمتى ظهر أن " الميدة" المسلحة ضرورية لصالح البناء تعين على المقاول النص عليها فى العقد وتنبية المالك إليها حتى إذا تجاوزها هذا وأشار بعدم عملها فالمقاول مسئول أمامه إذا حدث خلل فى البناء بسبب عدم عملها فى خلال السنوات، ويكون إغفالها فى العقد غير محل للمقاول من مسئوليته (استئناف مصر ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٨ ص ٧٠٢) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصا فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٢٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتى " إذا أخبر المهندس المعماري أو المقاول رب العمل، قبل التنفيذ أو فى اثناؤه بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقا للشروط المطلوبة فإن ذلك لا يعفيه عن المسؤولية. . حتى بالنسبة للأعمال التى يكون رب العمل قد أمر بها رغم هذا التحذير "(مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية -٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ - وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية).

**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، ومثل ذلك قيام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسيات المبنى، أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة فى الأرض على مقربة منه، مما يؤدي إلى حدوث تصدع به، فإذا لم يكن المشيد مقصرا أصلا لأنه أقام المبنى على أساسيات غير كافية مثلا، فإن من شأن هذه الأعمال إعفاؤه كلية من المسؤولية،

أما إذا كان قد ارتكب خطأ فنياً في عملية التشييد، فإن هذه الأعمال قد تكون قد أسهمت في إحداث الخلل بالمبنى أو في تفاقم ما كان به أصلاً من العيوب، فإنه يكون للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الواجب على المشيد لصاحب البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال في إحداث أو في تشديد آثاره. ويفترض ذلك - بطبيعة الحال - أن تتصف هذه الأعمال ذاتها بصفة الخطأ وهي مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة (محمد فتحي سرور ص ٣٥٠ وما بعدها).

### من أحكام القضاء:

١- الأصل المقرر في القانون أن من يشترك في أعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصي، فصاحب البناء لا يعتبر مسؤولاً جنائياً أو مدنياً عما يصيب الناس من الأضرار الناتجة عن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة إلا إذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته وإشرافه الخاص، فإذا تعهد كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسؤوليته فهو الذي يسأل عن نتائج خطئه.

(جنائي- جلسة ١٩٦٨/١١/٤ مجموعة المكتب الفني- السنة ١٩ جنائي - ص ٩٠٤)

٢- إن العقد المبرم هو عقد مقاوله مما ينطبق عليه أحكام المادة ٨٦٥ مدني عراقي والكشف المستعجل والكشف الجاري من قبل المحكمة بتاريخ ١٩٦٦/١٠/١، إضافة إلى إقرار المدعي عليه (المقاول) بإنذاره الجوابي بالعيب الموجود في الكاشي، الأمر الذي يترتب عليه إنقطاع مدة التقادم. (محكمة بداءة (الابتدائية) بغداد- جلسة ١٩٦٦/١٢/٣١- القضية ٣٥ سنة ١٩٦٤- مجلة القضاء المراقبة- السنة ٢٤- ١٩٦٩- العدد ١- ص ١٥٨ وما بعدها)

٣- إن ما استندت إليه المحكمة بموجب المادة ٨٧٠ من القانون المدني والذي غير وارد بعد أن أسقط المقاول نفسه حقه بالتمسك بمدة السنة (الخاصة بتقادم الدعوى في القانون المدني العراقي) الواردة في المادة المذكورة، حيث



تعهد بالكتاب المرقم ٢٧٧ والمؤرخ في ١٩٦٩/٧/٢٤ الذي تضمن ما يلي:  
(أرجو التفضل بالموافقة علي إرسال من تتسبونه مع مهندسينا لغرض الكشف علي الغرفة (غرفة الضخ)، ونحن علي إستعداد لإصلاح أية عيوب إن وجدت خلال مدة تعهدنا لمدة خمس سنوات من تاريخ إستلام المشروع)، وأن المميز (الطاعن) لم يستلم غرفة الضخ للواطئ عند إستلام المشروع بموجب شهادة الإستلام المؤرخة في ١٩٦٩/٢/٢٠؛ إذا فلا تقادم في هذه الدعوى.  
(محكمة التمييز المراقبة- جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦- هيئة عامة أولي- رقم ٢١١- سنة ١٩٧٣- مجلة القضاء العراقية- السنة ٢٩- العدد ٤٣ ص ١٥٨ و ١٥٩)

٤- "مؤدى نص المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدني أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهمد الفعلي الكلي أو الجزئي في حالة عدم انكشاف العيب الذي أدى إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدي 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 التي 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 في تطبيق القانون، أو شابه القصور في التسبب، ولا يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه ما قرره من أنه يشترط لتطبيق المادة ٦٥٤ من القانون المدني حصول تهدم تلقائي وليس هدمًا بفعل رب العمل".  
(الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٨ ق تاريخ الجلسة ١٩٧٣/٥/٣١)

٥- "مفاد المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدني أن المشرع ألزم المقاول في المادة ٦٥١ من القانون المدني بضمان سلامة البناء من التهمد الكلي أو الجزئي أو العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته،

وحدد لذلك الضمان مدة معينة هي عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد في المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور، وهي ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضي ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

(الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٢٨ ق- تاريخ الجلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٦- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدني، أن المشرع ألزم المقاول في المادة ٦٥١ بضمان سلامة البناء من التهدم الكلي أو الجزئي 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 في المادة ٦٥٤ 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 تمضي ثلاث سنوات على انكشاف العيوب أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

(الطعن رقم ٣٢٤٦، ٤٥٩١ لسنة ٦٤ ق- تاريخ الجلسة ١٩٩٥/٤/٢٠)

٧- المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدني أن المشرع ألزم المقاول في المادة ٦٥١ بضمان سلامة البناء من التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان مدة معينة هي عشر سنوات تبدأ

من وقت تسلم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة، على أن القانون قد حدد في المادة ٦٥٤ 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 تمضي ثلاث سنوات على انكشاف العيب أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

(الطعن رقم ٣٧٢٧ لسنة ٧٦ جلسة ٢٠١٧/١/٢٦)

\* \* \*

## إلتزامات رب العمل

### النص التشريعي (مادة ٦٥٥) :

متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب علي هذا أن يبادر إلي تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع في التسلم رغم دعوته إلي ذلك بإنذار رسمي، إعتبر أن العمل قد سلم إليه.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:  
مادة ٦٥٤ لبيي و ٦٢١ سوري و ٨٧٣ و ٨٧٤ عراقي و ٦٧٠ لبناني و ٥٢٩ سوداني و ٧٩٢ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: "١- متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف في التعامل، وأن يتسلمه في مدة وجيزة إذا اقتضى المر ذلك، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل ٢- على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من شروط، أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل ٣- ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص النشئ على أن يدون الخبراء محضرا بأعمالهم " وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الثانية والثالثة " اكتفاء بالأحكام العامة " وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى: " متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف

رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فنى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم عودته إلى ذلك اعتبر أن العمل قد سلم إليه " وأصبحت المادة رقمها ٦٨٤ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٣ وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت بعد عبارة " بإنذار رسمى " لتبين كيفية الدعوى على نحو يحسم المنازعات فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمها ٦٥٥ ووافق عليها مجلس الشيوخ على الوجه الذى عدلته به لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٣ - ص ٣٥).

### رأى الفقه :

١- يلتزم رب العمل بتسلمه (العمل) بعد إنجازه، والتسلم هنا يشتمل على معنى أوسع عما هو عليه فى البيع والإيجار، فهو من جهة- كالتسلم فى البيع والإيجار- الاستيلاء على العمل بعد أن وضعه المقاول تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق من الاستيلاء عليه، وهذا هو التسلم بمعناه المألوف، وهو من جهة أخرى- وهذا هو المعنى الزائد- تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه. وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقاوله، فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد أي لم يكن موجوداً، فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من موافقته لأصول الصنعة والشروط المتفق عليها، ويكون ذلك بفحصه فالموافقة عليه. خلافاً للحال فى البيع والإيجار حيث تكون العين فيهما- غالباً- عينا بالذات معروفة للمشتري أو للمستأجر، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة للتقبل.

ولما كان التسلم يتضمن التقبل - في المقابلة - فيشترط حتى يكون رب العمل ملتزماً بتسلمه أن يكون العمل للشروط المتفق عليها، فإن لم تكن هناك شروط فطبقاً لما تقضي به أصول الصنعة لنوع العمل محل المقابلة يحل محل الشروط المتفق عليها أو يكملها إذا كانت ناقصة. وإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق، جاز لأي منهما أن يطلب ندب خبير علي نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة، وإذا رفع الأمر للقضاء، كان هذا المحضر محلة إعتبار عند القاضي، إذا رأي أن يكتفي به ولم يعارض الطرف الآخر فعل وإلا عين خبيراً آخر، أو قضي وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية ومستنداتها.

ويجب أن تكون المخالفة للشروط أو لأصول الصنعة التي تبرر عدم التزام رب العمل بالتسلم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلاً إلزامه بالتسلم، فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة بقي رب العمل ملتزماً بالتسلم، وإنما يكون له الحق إما في طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع أهمية المخالفة، أو في طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء المخالفة، وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول إذا كان العمل يمكن إصلاحه أن يقوم بهذا الإصلاح في مدة مناسبة، كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة.

ويقع التسلم عادة في الزمان والمكان اللذين يقع فيهما التسليم، إذ التسليم هو وضع العمل تحت تصرف رب العمل دون عائق، والتسلم هو إستيلاء رب العمل عليه بعد أن يوضع تحت تصرفه وفقاً لطبيعته. ويجوز أن يكون التسلم مجزئاً إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة، أو كان الأجر محدداً بسعر الوحدة، فيجوز لكل من المقاول أن يطلب المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل جزء (أو قطعة).

### يترتب علي التقبل النتائج التالية:

- (١) أن ملكية الشيء المصنوع تنتقل إذا كان المقاول هو الذي ورد المادة التي استخدمها في العمل إلي رب العمل من وقت التقبل.
  - (٢) أن دفع الأجرة يستحق عند تقبل العمل، إلا إذا قضي الإنفاق أو العرف بغير ذلك.
  - (٣) أن تحمل تبعة العمل تنتقل من المقاول إلي رب العمل من وقت التسلم أو التقبل.
  - (٤) أن المقاول لا يضمن العيوب الظاهرة من وقت التقبل، وهي العيوب التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي.
- وإذا لم يقم رب العمل بالتزامه من تسلم العمل وتقبله في الميعاد القانوني، كان للمقاول أن يجبره علي تنفيذ التزامه عيناً، ويجوز أن يلجأ في ذلك إلي وسيلة التهديد المالي. فما علي المقاول - طبقاً لمفهوم نص العبارة الأخيرة للمادة ٦٥٥ من القانون المدني - بعد أن ينجز العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل دون عائق، إذا رأي أن هذا الأخير قد تلكأ في معاينة العمل ليتقبله ويتسلمه أن يعذره بالتسليم عن طريق إنذار رسمي علي يد محضر ويحدد ميعاداً لذلك، فإذا مضي الميعاد إعتبر رب العمل قد تسلم العمل حكماً حتى لو لم يتسلمه حقيقة. ويترتب علي هذا التسلم الحكمي جميع النتائج التي تترتب علي التسلم الحقيقي، فتنتقل ملكية الشيء المصنوع إلي رب العمل، ويستحق دفع الأجر، وينتقل تحمل التبعة إلي رب العمل وتبرأ ذمة المقاول من العيوب الظاهرة، ويبدأ سريان ميعاد ضمان العيوب الخفية.

ويمكن- فوق ذلك وتطبيقاً للقواعد العامة- أن يلجأ المقاول إلي العرض الحقيقي، وقد رسمت طريقة المواد من ٣٣٤ إلى ٣٣٧ مدني.  
(تراجع تلك المواد والتعليق عليها بالجزء الأول من هذا الكتاب- ص ٩٨٦ وما بعدها)

وغني عن البيان أن للمقاول- بعد بيع الشيء- أن يستوفي أجره من الثمن وكذلك التعويضات المستحقة ويودع الباقي خزانة المحكمة.  
وقد يقع أن يكون للمقاول مصلحة عند إمتناع رب العمل عن تنفيذ التزامه من تسلم العمل في فسخ العقد (بيع الشيء المصنوع لآخر بثمن أعلي)، وفي هذه الحالة يجوز له- بعد إعدار رب العمل بالتسليم- أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاولة حتى يتحلل من واجب التسليم، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الربحية.

(الوسيط- ١.٧- للدكتور السنهوري المرجع السابق- ص ١٤٦ وما بعدها)

٢- المادة ٦٥٥ من التقنين المدني تطبيق محض القواعد العامة، فرب العمل ملتزم بتسليم العمل عند إنجازهِ وفقاً لشروط المقاولة. فإذا دعي إلي تسلمه فإمتنع دون إبداء سبب مشروع، إعتبر أن العمل قد سلم إليه، ومؤدي ذلك بعد سريان مدة العشر سنوات المحددة للضمان من تاريخ الإنذار بالتسليم. وقد إشتراط المشرع أن تكون الدعوى إلي التسليم بإنذار رسمي حسماً للمنازعات، فلا يكفي في ذلك الإعدار بطريق البريد.

(التقنين المدني الجديد- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق ص ٤٦٨، والعقود

المسماة للدكتور كامل مرسي- المرجع السابق ص ٥١٣ وما بعدها)

٣- متي أتم المقاول العمل، ووضعهُ تحت تصرف رب العمل، وجب علي الأخير أن يبادر إلي تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في



المعاملات، فإذا إمتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، إعتبر أن العمل سلم إليه.

والتسلم هنا يشتمل على معنى أبعد من التسلم في البيع والإيجار على نحو تقتضيه طبيعة عقد المقاوله، إذ أن الإتفاق يتم على شئ لم يكن موجوداً، فيجب أن يستوثق رب العمل بعد إنجاز الشئ وإتمامه من أنه موافق للشروط المتفق عليها ولأصول الصنعة، ويكون ذلك بفحصه ثم الموافقة عليه، وهذا يسمى القبول والتقبل للشئ موضوع عقد المقاوله. أما في البيع والإيجار فالعين المباعة أو المؤجرة تكون غالباً عيناً معينة بالذات ومعروفة للمشتري أو المستأجر، ولا يقتضي الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة إلى القبول أو التقبل.

والتسلم بالانتفاع يفيد ضمناً التقبل، إذ كما يكون التقبل صراحة يكون أيضاً ضمناً بإستعمال الشئ مدة طويلة دون أية تحفظات أو بإدماجه في شئ آخر كل ذلك دون إبداء أية تحفظات مناسبة في هذا الشأن.

(عقد المقاوله للأستاذ عبد الرحيم عنبر- المرجع السابق- ص ٢٢١ وما بعدها)

#### • التزام رب العمل بتمكين المقاول من تنفيذ العمل: يلتزم رب العمل

بأن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل ومن المضى في تنفيذه حتى يتم إنجازه فإذا كان المقاول في حاجة إلى رخصة للبناء في العمل، وجب على رب العمل أني حصل له عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل، وكذلك الحكم في جمع الترخيصات الإدارية الأخرى التي يكون العمل في حاجة إليها (محمد لبيب شنب ص ١٤٩).

**وقد قضت محكمة النقض بأن: " تأخر رب العمل فى عقد المقاوله فى**

الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضى فى تنفيذ حتى يتم إنجازه هو إخلال بالتزامه التعاقدى، ومن ثم يعتبر فى ذاته خطأ موجبا للمسئولية لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه (جلسة ١٩٧٢/٦/١ الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق س ٣٣ ص ١٠٦٢)

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التى تستخدمها فى العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل، وجب عليه أن ينقذ ما تعهد به، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل، وجب عليه أن ينقذ ما تعهد به، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب، حتى يتمكن المقاول من البدء فى تنفيذ العمل أو من المضى فى تنفيذه، وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقا لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها رب العمل وجب على هذا تقديمها فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب، بل إذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل الشخصى، كأن يقف أمام الرسام المدة اللازمة لأخذ رسمه، أو أن يجرب الحائك عليه الثوب بعد أخذ مقاساته، أو أن يقوم رب العمل بتصحيح تجارب الكتاب المقدم للطبع وجب عليه أن يقوم بذلك فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت الذى يتطلبه العمل وفقا لعرف الصنعة، ويلتزم رب العمل، إلى جانب ذلك، بترك المقاول ينجز العمل فلا يقيم أمامه عقبات فى سبيل ذلك ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه لسبب مشروع، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد ويتحلل منه إلا فى الحدود وطبقا للشروط التى عينها القانون (السنهورى ص ١٢١).

• **جزاء إخلال رب العمل بالتزامه:** إذا لم يقيم رب العمل بتنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضروري لإنجاز العمل جاز للمقاول - طبقاً للقواعد العامة - طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً بالترخيص له بشراء الأدوات والآلات والمواد اللازمة لتنفيذ العمل على نفقة رب العمل (محمد لبيب شنب ص ١٥) وإذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل رب العمل شخصياً كما لو احتاج الأمر إلى وجوده بمكان العمل، جاز للمقاول أن يلجأ إلى طريقة التهديد المالي لإرغامه على تنفيذ التزامه وللمقاول في كافة الأحوال طلب التعويض إذا كان عدم تنفيذ رب العمل لالتزامه أو تأخره في تنفيذه قد سبب له ضرراً.

**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 المقاول يقتصر على مواجهة حالة تغير الفئات والأثمان المتفق عليها، ولا يضمن شرطاً بإعفاء رب العمل من التزامه 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 للمضي في تنفيذه، وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وكل المقاول أو أنابه عنه في استخراج الرخصة اللازمة لبناء باقى المواد، فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب مسؤولية الطاعن عن توقف العمل نتيجة عدم استخراج هذه الرخصة لا يكون قد خالف القانون أو شابه خطأ في الإسناد " (طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٦/١).

ويجوز للمقاول أيضا طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير المحكمة طبقا للقواعد العامة والتي لها إمهال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ.

● **التزام رب العمل بتسليم العمل:** متى تم إنجاز العمل التزم رب العمل بتسليمه، حيث يعتبر المقاول موفيا بالتزامه بتسليم العمل الذى كلف بإنجازه بوضعه تحت تصرف رب العمل بحيث يستطيع الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، مادام قد أعلمه بذلك، ويتم تسليم العمل بالاستيلاء عليه استيلاء فعليا، أى بوضع رب العمل يده عليه (محمد لبيب شنب ص ١٥١) ولكن يقتصر أثر التسليم على ذلك، فهو لا يرفع مسئولية المقاول عن عيوب عمله، إلا كان التسليم يفيد فى نفس الوقت معنى قبول العمل بدون تحفظ. فلا يرفع مسئولية المقاول سوى تقبل العمل والموافقة عليه دون تحفظ بعد فحصه، ويبرر ذلك ان عقد المقاولة أبرم عن شئ لم يكن موجوداً، فيجب أن يستوثق رب العمل بعد إنجاز الشئ ومعاينته من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة وفى هذا يختلف عقد المقاولة عن عقدى البيع والإيجار، فالعين المباعة أو المؤجرة تكون غالبا عينا معينة بالذات ومعروفة للمشتري أو المستأجر ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة إلى القبول بالمعنى السابق والذى يقع عادة أن رب العمل بتسلمه ويتقبله فى وقت واحد، إذ هو عند تسلمه إياه بفحصه ويستوثق من أنه هو الذى قصد إليه بالتعاقد، فيوافق عليه بعد تسلمه إياه التسلم إذن يتضمن التقبل، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن التسلم والتقبل ينفصلان أحدهما عن الآخر، فيسبق التقبل التسلم أو يليه، يسبق التقبل والتسلم. كما إذا فحص رب العمل بعد إنجازهِ وهو لا يزال فى يد المقاول، ويستوثق من أنه موافق لما اشترطه أو لأصول الصنعة فيتقبله

دون أن يتسلمه، ومن ثم يتم التقبل قبل أن يتم التسليم ويسبق التقبل، كما إذا تسلم رب العمل قبل إنجازهِ دون أن يفحصه ويرجى فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من وسائل الفحص، فيتسلم العمل دون أن يتقبله، ومن ثم يتم التسليم قبل أن يتم التقبل وإذا فصل التقبل عن التسلم على هذا النحو، فالعبرة بالتقبل دون التسلم (السنهوري ص ١٢٢)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " (أ) تسلم رب العمل الشيء المصنوع لا يرفع مسؤولية في عقد الاستصناع عما يظهر في صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفد معنى القبول بغير تحفظ. (ب) تسلم رب العمل الشيء المصنوع - أثوابا من الأقمشة - على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا معلقة دون فضها في الحال للتحقق من سلامتها، هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف الجاري لتبين ما إذا كان يفيد معن القبول الذي يرفع مسؤولية الصانع أم لا. (ج) أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد ٣١٣-٣٢٤ من القانون المدنى - القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد اذلى 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 تبييضها فى مصبغتها، قد أقام قضاءه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليهما هو عقد إستصناع وأن مسؤولية هذين الأخيرين عن تبيض أقمشة الطاعنة قد انتقلت بتسلمها 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 مسئولية المطعون عليها لأنها تسلمتها على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلقة 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 مسئولية المطعون عليها عما يكون قد ظهر فيها من عيب أم غير ذلك، فضلا عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة ٣٢٤ من القانون المدنى - القديم - دون أن يقرر تقريراً مدعماً بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد إستصناع 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 ١٨٧ لسنة ١٨ق - جلسة ١٤/١٢/١٩٥٠)

● **شروط التسلم:** ذكرنا فيما تقدم أن التقبل يكون معاصراً للتسلم فى العادة، فيكون التسلم متضمناً للتقبل، ويجب لتحقيق التقبل أن يكون العمل محل التسلم مطابقاً للشروط المتفق عليها بالعقد بين العمل والمقاول، فإذا لم تكن ثمة شروط متفق عليها فيجب أن يكون العمل مستوفياً ما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المقاولة وإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق جاز لأى منهما أن يطلب نذب خبير على نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة، وإذا رفع الأمر للقضاء كان هذا المحضر محل اعتبار عند القاضى، إذا رأى أن يكتفى به ولمي عارض الطرف الآخر فعل، وإلا عين خبيراً آخر، أو قضى وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية ومستنداتها. ويجب أن تكون المخالفة للشروط

أو الأصول الصنعة التي تبرر عدم التزام رب العمل بالتسليم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلا إلزامه بالتسليم، إذ يكون العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يتبين من ظروف التعاقد، فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الخد من الجسامة، بقي رب العمل ملتزما بالتسليم، وإنما يكون له الحق أما في طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع أهمية المخالفة، أو في طلب تعويض الضرر اذلى أصابه من جراء المخالفة وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول، إذا كان العمل يمكن إصلاحه أن يقوم بهذا الإصلاح في مدة مناسبة كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة (السنهوري ص ١٨٩ - قدرى الشهاوى ص ١٨٩) كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٥٥ مدنى سالفه الذكر يجرى على الوجه الآتى: "١) متى أتم المقاول العمل وضوعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر على معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف فى التعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيز إذا اقتضى الأمر ذلك فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل (٢) على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل (٣) ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشئ على أن يدون الخبراء محضرا بأعمالهم " وقد حذفت الفقرتان الثانية والثالثة فى لجنة المراجعة "اكتفاء بالأحكام العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ - ٣٤).

● **مكان وزمان التسليم:** متى تم إنجاز العمل، التزم رب العمل بتسليمه فى الميعاد المتفق عليه أو فى الميعاد المعقول لانجاز العمل وفقا لطبيعة وعرف الحرفة أن لم يكن هناك اتفاق على ميعاد، ويجب أن يبادر رب

العمل فى أقرب وقت إلى تسلّم العمل ويكون التسلّم فى المكان المتفق عليه وإلا ففى المكان الذى يحدده عرف الصنعة، وفى العقار يكون التسلّم فى مكان العقار، وفى المنقول يكون فى المكان المتفق عليه فإن لم يوجد اتفاق يكون التسليم فى موطن المقاول أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله (أنور طلبه ص ٤٧٠)

● **كيفية التسليم:** يكون التسليم باستيلاء رب العمل عليه وفقاً لطبيعته والتسلّم قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً وجرت العادة خاصة فى مقاولات البناء على تحرير محضر بالتسليم يقر فيه رب العمل بأنه قد عاين العمل وأنه وجده مطابقاً لما متفق عليه أو لما جرى عليه عرف الصنعة، وقد تكون له بعض الملاحظات أو التحفظات فيذكرها بالمحضر، والقبول فى هذه الحالة يكون صريحاً، ويوقع على المحضر - عادة - مع رب العمل كل من المقاول والمهندس، والتوقيع على هذا المحضر لا يعنى أن هذه العملية تعتبر اتفاقاً منفصلاً عن عقد المقاولة الأصلية، وبالذات فغن توقيع المهندس لا يجعل منه طرفاً بالمعنى الدقيق فى هذه العملية، وإنما هو دليل على وفاته بالتزامه بمعاونة رب العمل وإيداء الرأى إليه فى هذا الخصوص بحسبانه مستشار له اللهم إلا إذا كان يتصرف بصفته وكيلًا عن رب العمل، حين يكون هذا الأخير قد أنابه عنه صراحة فى عملية التسليم، وعندئذ فإنه سوف يلزمه بتوقعه (محمد شكرى سرور ص ١٥٠ وما بعدها) والتسلّم الضمنى، هو الذى يستخلص ضمناً من بعض الوقائع مادامت تكشف بوضوح عن نية رب العمل فى تقبل العمل، ومثل ذلك استعمال إلى المصنوع مدة طويلة، أو تأجيله للغير، أو إدماجه فى شئ آخر، أو دفع الأجر المستحق للمقاول بعد معاينة العمل دون إيداء أى تحفظ. كذلك من صور التسليم الضمنى أنه إذا كان العمل فى حيازة رب العمل منذ البداية،



كما إذا قام سباك بتصليح مواسير المياه وهى فى مكانها دون أن تنتقل من حيازة رب العمل، فالتسليم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تصليحها، فإن هذا يفيد ضمنا أنه تقبلها، وكما يكون التقبل الضمنى باستعمال الشئ المصنوع مدة كافية، يكون كذلك بإدماجه فى شئ آخر، أو التصرف فيه، أو دفع الأجر بعد معاينة العمل دون إيداء أى تحفظ (دلفو فقرة ٢١١ - ص ١٧٦ - ص ١٧٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢) وإذا كان العمل مكونا من أجزاء متميزة، أو كان الأجر محددًا بسعر الوحدة، كما إذا كان المقاول قد اعهد بصنع اثنى عشر كرسيًا أو تعهد بصنع أثاث غرفة الطعام وحدد للمائدة أجرها ولكراسى المائدة ولسائر قطع الأثاث الأجر المستحق، فإن التسليم يجوز أن يكون مجزأ، فيجوز لكل من المقاول أن يستوفى من الأجر بقدر ما أنجز من العمل، والمفروض أن رب العمل إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغًا قدمه للمقاول تحت الحساب (السنهورى ص ١٢٦)

● **التسليم الكلى والتسليم الجزئى:** وقد يكون التسليم كليًا وذلك إذا انصب على كل العمل بعد تمام إنجازه، ويتم هذا التسليم بصفة خاصة، إذا كان العمل كلاً متكاملًا، 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 العمال محل المقولة، حتى وإن أنجزت بعض الأعمال الفرعية منها، وعلى ذلك لا يلتزم رب العمل بدفع باقى مبلغ المقولة، بناء على طلب أحد المقاولين

الذى أنجز بعض الأعمال، مما يعتبر جزءاً مستقلاً من المقولة (السنهورى ص ٥٢٧) وقد يكون التسلم 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 إنجاز منه أولاً بأول حسب طلب صاحب المصلحة فى ذلك، كما لو كان العمل يتكون من مرحلة وضع الأساسات، وتقوم به شرك متخصصة فى دق الأساسات الخرسانية، ثم مرحلة لهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة، وكذلك لو انصبت المقولة، على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض بحيث يمكن تجزئة تسلمها، بحسب ما تم إنجازها منها، شريطة أن ينتفى المانع القانونى أو الاتفاقى عن تجزئة التسلم (عبد الرزاق حسين ص ٢٤٦).

● **التسليم النهائى والتسليم المؤقت:** التسلم النهائى هو إقرار رب العمل بتسليم العمل وتقبله بصفة نهائية بعد انقضاء المدة المتفق عليها والانتهاء من الإصلاحات التى اقتضتها التحفظات التى قررها رب العمل فى محضر التسليم والتسليم المؤقت بتنفيذها التنفيذ المرضى، سواء كانت المدة قد انتهت أم لا (عبد الرزاق حسين يس ص ٢٤٠) وهنا يبرز فرضان: الأول: أن تكون الإصلاحات محل التحفظات قد تمت قبل انتهاء المدة أو مع انتهائها، وهنا تبرأ ذمة المقاول تجاه رب العمل من كل العيوب الظاهرة أثناء عملية التسلم، ولكنها لا تبرأ من العيوب الخفية التى قد تترى 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، حتى يتم الإصلاح المطلوب بمعرفة المقاول نفسه، بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف، أو على نفقته وتحت مسؤوليته بمعرفة مقاول آخر (عبد الرزاق حسين يس ص ٢٤١ وما بعدها)

أما التسلم المؤقت فهو 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 المدى المعقولة طبقا للعرف الجارى فى المهنة، وهذا التسلم لا يبرئ ذمة المقاول من التزاماته التعاقدية - طبقا للقواعد العامة - قبل رب العمل.

• **النتائج التى تترتب على التسلم:** ومن أهم النتائج التى تترتب على التسلم أو بمعنى أدق على التقبل، ما يأتى: ١- تنتقل ملكية الشئ المصنوع، إذا كان المقاول هو الذى ورد المادة التى استخدمها فى العمل، إلى رب العمل من وقت التقبل. ٢- يستحق دفع الأجرة عند تقبل العمل، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك. ٣- ينتقل تحمل تبعة العمل من المقاول إلى رب العمل من وقت التسلم أو التقبل، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا. ٤- من وقت التقبل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة التى كان يمكن كشفها بالفحص العادى، ومن هذا الوقت أيضا تسرى المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الصناعة فى ضمان العيوب الخفية، وقد سبق تفصيل ذلك (راجع فيما تقدم السنهورى ص ١٢٦).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " قرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التى كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسلم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم (جلسة ١٣/٤/١٩٦٧ الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٨٣٥) وبأنه " تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا

غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب ما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فغن 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 في إرساء الأساسات على أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات على الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفي ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التي لا يغطيها التسليم (جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٧٣٧).

**جزاء إخلال رب العمل بالتزامه بالتسليم:** إذا رفض رب العمل تسلم العمل كان للمقاول إجباره على التسلم ويكفيه إعداره بالتسليم بإنذار رسمي على يد محضر ويحدد ميعادا معقولا لذلك فإذا ما انقضى اعتبر رب العمل أنه تسلم العمل حكما ويترتب على هذا التسلم كافة الآثار التي تترتب على التسلم الحقيقي والمنوه عنها فيما سلف، ويجوز أن يلجأ المقاول إلى العرض الحقيقي وفقا للمواد ٣٣٤ إلى ٣٣٧ مدني ولكنه لا يكون ملزما قانونا باتخاذ إجراءات العرض الحقيقي، ومتى انذر رب العمل على نحو ما تقدم، اعتبر ذلك وفاء بالالتزام بالتسليم يجوز معه للمقاول الرجوع على رب العمل بالمبالغ المستحقة المعلقة على التسليم "مادة ٦٥٦" وإذا باع المقاول الشيء وفقا للمادة ٣٣٧ فله أن يستوفي أجره والتعويضات المستحقة من الثمن على أن يودع باقية خزانة المحكمة (أنور طلبه ص ٤٧١) وقد يقع أن يكون للمقاول مصلحة، عند امتناع رب العمل عن تنفيذ التزامه من تسلم العمل، في فسخ العقد، ويكون ذلك مثلا إذا رأى المقاول أن في إمكانه

بيع الشيء المصنوع لغير رب العمل بثمن أعلى، فيربح من وراء هذه الصفقة، وفي هذه الحالة يجوز له، بعد إعدار رب العمل بالتسليم، أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاوله حتى يتحلل من واجب التسليم، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الرباحه (السنهوري ص ١٢٨).

### من أحكام القضاء:

١ - تسلم رب العمل الشيء المصنوع (أثواباً من الأقمشة) علي دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثواباً مغلقة دون فضاها في الحال للتحقق من سلامتها، هذا التسليم يجب الرجوع فيه إلي العرف التجاري لتبين ما إذا كان يفيد معني القبول الذي يرفع مسئولية الصانع أم لا، وأن أحكام العيب الخفي التي نص عليها في القانون المدني في باب البيع لا تنطبق في حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة.

(جلسة ١٩٥٠/١٢/١٤ مجموعة القواعد القانونية ٢٥ عاماً - مدني - الجزء ٢ - ص ١٥٣)

٢ - تأخير الطاعن - رب العمل في عقد المقاوله - في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضى في تنفيذه حتى يتم إنجازة هو إخلال بالتزامه التعاقدى، ومن ثم يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسئولية لا يدروها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.  
(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٢/٦/١)

\* \* \*

## التزام رب العمل بدفع أجر المقابلة

**النص التشريعي (مادة ٦٥٦) :**

يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الإتفاق بغير ذلك.

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٥٥ لبيي و ٦٦٢ سوري و ٨٧٦ عراقي و ٥٣٠ سوداني و ٣٣٦ و

و ٦٧٣ لبناني و ٨٨٢ تونسي.

**الأعمال التحضيرية :**

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٨٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: "يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى أو الاتفاق بغير ذلك، ويراعى في ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢" وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدي نجرى على الوجه الآتي " على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المفاوض قد خالف ما ورد في العقد من شروط أو ما تقضى به اصول الفن لهذا النوع من العمل، وقد حذفت هذه الفقرة من لجنة المراجعة اكتفاء بالأحكام العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٣ - ص ٣٤) وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٦٨٥ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥، ٣٦).

## رأي الفقه :

١- دفع الأجر - وفقا لنص المادة ٦٥٦ مدني - يكون في الموعد المحدد في الإتفاق إذا كان هناك إتفاق علي ذلك، ويغلب أن يكون في عقد المقولة إتفاق علي مواعيد دفع الأجر، وكثيراً ما يتفق علي أن يدفع رب العمل جزءاً من الأجر مقدماً قبل البدء في العمل، ثم يدفع باقي الأجر علي أقساط يؤدي كل قسط منها عقب إتمام جزء معين من العمل أو عقب إنقضاء فترة معينة من الوقت.

فإذا لم يوجد إتفاق علي ميعاد معين أو مواعيد العينة، وكان هناك عرف للصنعة يحدد مواعيد دفع الأجر، وجب إتباع ما يقضي به العرف، وأكثر ما يجري به العرف في المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل، وفي المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع علي أقساط بحسب ما يتم إنجازاه من العمل.

فإذا لم يوجد ولا عرف، فقد وجب تطبيق القواعد العامة التي توجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الإلتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ١/٣٤٦ مدني).

علي أن دفع الأجرة عند تسلم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل. ويبقي الأجر في ذمة رب العمل واجبا دفعه في الميعاد، وإذا تأخر رب العمل في الدفع بقي الأجر في ذمته قائماً حتى يسقط بالتقادم. ولا يوجد نص خاص بعين المكان الذي يجب فيه دفع الأجر، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة، وهذه تقضي بأن يكون الدفع في المكان المتفق عليه، فإن لم يوجد إنفاق كان الدفع في المكان الذي يقضي به العرف. وأكثر ما يقضي

به العرف أن يكون الدفع في المكان الذي يتم فيه تسليم العمل. وللمقاول أن يحبس ما تحت يده من العمل حتى يستوفي ما هو مستحق له من الأجر، ولا فرق في ذلك بين منقول وعقار، وتسري علي حق الحبس القواعد العامة.

(الوسيط. ١٧-١. للدكتور السنهوري ص ١٩٧ وما بعدها، والعقود المسماة. للدكتور كامل مرسي ص ٥١٩ وما بعدها)

٢- الأجر ركن من أركان عقد المقولة، لابد من وجوده فيه لأنه عقد معاوضه، وإلا إعتبر العقد من عقود التبرع. علي أنه ليس هناك ضرورة لوجود إتفاق صريح علي مقدار الأجر، بل ولا علي وجود الأجر في حد ذاته، وإنما الضرورة تنصب علي عدم نية التبرع صراحة أو ضمناً. وإذا كان وجود الأجر ضروريا في عقد المقولة وإلا إعتبر تبرعا أو عقدا غير مسمي أو عقدا باطلا حسب كل حالة، فليس من الضروري تعيين مقداره، بخلاف ركني العمل والتراضي فإن فقدان أيهما يجعل العقد باطلا. ويختلف أجر المقاول عن أجر الوكيل في هذا الصدد، إذ أن أجر الوكيل خاضع لتقدير القاضي ولو كان مقداره متقفا عليه بين الطرفين. إن المقولة قد تكون مزيجا من عقد المقولة والوكالة، أي من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، كما هي الحال مع المحامي والمهندس المعماري، فيكون العقد مقولة فيما يتعلق بالأعمال المادية ووكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، ومن ثم تطبق أحكام المقولة في الجزء المتعلق بالأعمال المادية، وهذه لا يجوز فيها إنفراد أي من الطرفين بتعديل الأجر إلا طبقا لأحكام عقد المقولة، وتطبق أحكام الوكالة في الجزء المتعلق بالتصرفات القانونية والأجر فيها يخضع لتقدير القاضي، ولو تم الإنفاق علي تقديره بين الطرفين. فإذا تعذر تعيين أي جزء من الأجر لأعمال



المقاوله وأى جزء منه لأعمال الوكالة نظر إى العنصر الغالب، فىكون العقد وكالة بالنسبة للمحامى وىجوز تخفىض أجره، ومقاوله بالنسبة إى المقاول أو المهندس ولا وىجوز تخفىض أجر أىهما. وإذا لم ىحدد الأجر سلفا وىجب الرجوع فى تحدىده إى قىمة العمل ونفقات المقاول ومؤدى ذلك أنه عند الخلاف ىعین القاضى مقدار الأجر مسترشدا بعنصرین:

(١) قىمة العمل الذى أتمه المقاول

(٢) ما تكبده المقاول من نفقات فى إنجازه.

هذا، وىسترشد القاضى بوجه خاص بالعرف الجارى فى الصنعة فى

تحدىد قىمة العمل.

(عقد المقاول- للأستاذ عبد الرحیم عنبر- المرجع السابق- ص ٢٣٢ وما بعدها)

#### • التزام رب العمل بدفع أجرة المقاوله: وىجب على رب العمل دع

الأجر المتفق علیه فى الموعد المتفق علیه فإن لم وىوجد اتفاق وىجب الرجوع إى عرف الصنعة أن وىجد وغالبا ما وىكون دفع الأجر - فى المقاولات الصغیره عند تسلم العمل وفى المقاولات الكبیره وىكون الدفع على أقساط بحسب ما یتم انجازه من العمل ولا وىكون هناك حساب نهائى إلا بعد تمام العمل. وإذا لم وىوجد لا اتفاق ولا عرف، فقد كان الواجب تطبیق القواعد العامة، وهى تقضى بأنه " وىجب أن یتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائى فى ذمة المدين، ما لم وىوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " (م ١/٣٤٦ مدنى) فكان وىجب أن وىكون الوفاء بالأجر بمجرد تمام عقد المقاوله وترتب الالتزام بالأجر نهائى فى ذمة رب العمل، أى أن یدفع الأجر مقدما قبل إنجاز العمل، ولكن المادة ١/٣٤٦ مدنى تحفظ كما رأینا فنقول " ما لم وىوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " وقد وىجد النص الذى يقضى بغير ذلك فى المادة ٦٥٦ مدنى سالفه الذكر، إذ تقول " ىستحق دفع

الأجرة عند تسلم العمل " أى تدفع الأجرة مؤخرًا لا مقدما، وعند تسليم العمل وهذا الحكم هو الذى تقضى به طبيعة عقد المقاول فالمقاول يتعهد بموجب هذا العقد بإنجاز عمل معين فى مقابل أجر معين، وبمجرد تمام عقد المقاول يصبح دائنا بالأجر فى مقابل عمل لم ينجزه، فمن الطبيعى ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل رب العمل إياه على أن دفع الأجرة عند تسليم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقا للمواصفات و الشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٥٦ مدنى سالفه الذكر يشير إلى ذلك إذ يقول " يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ويراعى فى ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ " وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذ كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل " وقد حذفت هذه الإشارة فى لجنة المراجعة إذ هى ليس إلا تقرير القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٣٣ - ص٣٦) وقد كانت العامة تقضى بأن دفع الأجر التزام فى ذمة العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضا التزامه بدفع الجـر وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م ١٦١ 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 (خمسة عشر عاما) طبقا للقواعد العامة، وقد نصت على هذا التقادم الخاص المادتان ٣٧٦ و ٣٧٨ مدنى فقد نصت المادة ٣٧٦ على

أن " تتقدم 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 ٣٧٨ على أن "١- تتقدم بسنة واحدة الحقوق الآتية: حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم"، ويكون الدفع في المكان المتفق عليه فإن لم يوجد اتفاق ففي المكان الذي يقضى به العرف وغالبا ما يكون المكان الذي يتم فيه تسليم العمل، فن لم يوجد اتفاق أو عرف تعين تطبيق أحكام المادة ٣٤٧ مدني التي تقضى بأن "١- إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسلمه في المكان الى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. ٢- أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال"، وعلى ذلك إذا كان الأجر شيئا معيناً بالذات كان الوفاء في مكان وجود ذات الشئ وقت إبرام عقد المقاولة. أما إذا كان الأجر من المثليات كالنقود - وهو الفرض الغالب - فالوفاء يكون في موطن رب العمل أو في مركز أعماله طالما كانت المقاولة متعلقة بالأعمال، وإذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل، وغير هذا موطنه بعد إبرام عقد المقاولة، فمكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذي كان له وقت انعقاد المقاولة، إذ نص المادة ٣٤٧/٢ مدني في أن يكون الوفاء في موطن المدين وقت الوفاء، وإذا اتفق على أن كون الدفع في موطن المقاول عمل بهذا الاتفاق، وإذا غير المقاول موطنه

لم يلتزم رب العمل يدفع الأجر فى الموطن الجديد خلافا للمسافة السابقة، وذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء لا يتوسع، وإيراد المتعاقدين أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك، إذا تعين مكان دفع الأجر على النحو المتقدم الذكر، لم يجز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك، كأن حجز مثلاً دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة (السنهورى ص ١٦٣).

• **جزاء إخلال رب العمل بالتزامه بدفع الأجرة:** وإذا أخل رب العمل بالتزامه بأن لم يدفع الأجر أو تأخر فيه أو لم يحضر للمكان الواجب الدفع فيه، فللمقاول أن يطلب التنفيذ العيني باستصدار حكم بإلزامه بالدفع ثم ينفذه على جميع أمواله وله أن يطلب علاوة على ذلك تعويضاً عما أصابه من ضرر مع الفوائد القانونية عن الأجر من وقت المطالبة القضائية، كما له طلب فسخ عقد المقاولة على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى فله أن يقضى بالفسخ أو يرفضه أن لم يجد مبرراً كافياً له كما لو كان الأجر الباقي لا يتناسب مع إهدار العقد وله امهال رب العمل ليقوم بالوفاء بالأجر (م ١٥٧ مدنى) ويجوز للمقاول حبس العمل حتى يستوفى أجره سواء كان العمل عقاراً أو منقولاً كما أن له حبس كل العمل حتى يستوفى الباقي من أجره وله حبس رخصة البناء ومستندات الملكية وللمهندس حبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل وللمحامى حبس المستندات التى سلمها أياه موكله، وينقضى حق الحبس إذا سلم المقول العمل مختاراً لرب العمل حتى لو عادت الحيازة إليه بعد ذلك لإصلاح الشئ كما يسقط الحق فيه إذا قدم رب العمل تأمينا كافياً للوفاء بالأجر، ويحتج بهذا الحق قبل الخلف العام والخاص لرب العمل (أنور طلبه ص ٤٧٣).

• **حقوق الامتياز:** لم يعط القانون للمقاول بوجه عام حق امتياز على العمل ضمان لحقه في الأجر، ولكنه أعطى هذا الحق للمقاول في مواضع متفرقة يمكن حصرها فيما يأتي: أولاً: نصت المادة ١٢٤٨ مدنى على ما يأتي: " (١) المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو فى صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقارات وقت بيعه. (٢) ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** الامتياز المقرر فى المادة ١١٤٨ من القانون المدنى للمقاولين على المنشآت التى عهد إليهم فى تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لا يسرى على الغير إلا إذا أشهر بالعقد (جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠٠٢)

**ثالثاً:** إذا قدم المقاول المادة من عنده اعتبر بائعاً لها، ويترتب على ذلك أن يكون له حق امتياز بائع المنقول على هذه المادة (م ١١٤٥ مدنى)

**رجوع المقاول فى حالة عدم وجود عقد:** إذا كان الثابت أن الطاعن - المقاول - أقام دعواه بطلب الحكم بإلزام المطعون عليه بقيمة المبنى موضوع النزاع على أساس أنه أقام هذه المبنى 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 فإن مفاد ذلك أن الطاعن لا يستند إلى عقد مقولة كسب لدعواه بل يستند فى ذلك أصلاً على أحكام الإثراء بلا سبب (نقض ١٩٧٦/٣/١٦ طعن ٢٩ س ٤١ ق).

## من أحكام القضاء:

١- 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 ضمناً، 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 تقييم 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 من تحصيل فهم الواقع. لما كان ذلك وكان البين بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بالاتفاق على تعديل الأسعار التي تضمنها عقد المراقبة واستدل على ذلك بما تضمنته المستندات المنوّه عنها بوجه النعي وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع على ما أورده في مدوناته "أن الخطاب الذي يشير إلى 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 في عقد المراقبة أن يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين رغم أنه يصح إذا كان

ضمنيا، وأنها لم تستظهر مدلول إيصال السداد المؤرخين ١٩٨١/١/٨،  
 ١٩٨٣/٣/١٤ مما تضمنته عبارات الإيصال الأول من أن الطاعن تسلم  
 مبلغ أربعة وتسعين ألف جنيه والباقي له مائة وثمانية وثلاثين ألف جنيه  
 فتكون جملة أجر المقاول مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه، بينما  
 تضمن الخطاب الثاني — بعد استئناف العمل الذي 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 الباقي خمسة  
 وعشرين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاول وفقاً للأسعار الواردة  
 بالعقد بما ينبئ عن تعديل تلك الأسعار بعد توقف العمل بالمبنى، كما لم  
 تستظهر المحكمة ما تضمنه الخطاب الأول الصادر من المطعون ضده  
 الأول — والذي يقرر الطاعن أن تاريخه ١٩٨١/١/٢٢ — من طلبه وقف  
 العمل حتى الدور الخامس فقط وأن أجر المقاول عن ذلك مبلغ مائة وسبعة  
 وثمانين ألف جنيه تسلم منها الطاعن مبلغ مائة واثنين وستين ألف جنيه  
 يضاف إليها قيمة القرض الذي يسعى لإنهاء إجراءاته ومقداره خمسة  
 وعشرين ألف جنيه، وما تضمنه الخطاب الثاني — الذي قرر الطاعن أن  
 تاريخه ١٩٨٤/٣/٢٠ — من إعادة سرد بيانات الحساب السابق وطلب  
 المطعون ضده الأول الانتهاء من إقامة الدورين السادس والسابع وأنه  
 سيحاول سداد دفعة أخرى ليصبح المدفوع مائتي ألف جنيه ويكون الباقي  
 المستحق للطاعن مبلغ خمسين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاول  
 المتفق عليه وفقاً للعقد والمحدد في 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 التي

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 وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبيب وإخلال بحق الدفاع.

(الطعن رقم ٨١٠١ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٢ / ١٩٩٦)

\* \* \*



## إخطار رب العمل بالمجازرة المحسوسة للمقايضة

**النص التشريعي (مادة ٦٥٧) :**

(١) إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة علي أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري تنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المقايضة المقدرة مجازرة محسوسة، وجب علي المكاو أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في إسترداد ما جاز به قيمة المقايضة من نفقات.

(٢) فإذا كانت المجازرة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ علي أن يكون ذلك دون إبطاء مع إيفاء المكاو ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٥٦ لبيي و ٦٢٣ سوري و ٨٧٩ عراقي و ٥٣١ سوداني و ٧٩٤ أردني جديد.

**الأعمال التحضيرية :**

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٧٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: " ١ - إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المصروفات المقدرة في المقايضة مجازرة محسوسة، وجب المكاو أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل، سقط حق في إسترداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات ٢ - فإذا كانت المجازرة التي يقتضيها التصميم جسيمة، جاز لرب العمل بأن يتحلل من

العقد، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إعطاء المقاول التعويضات المنصوص عليها في المادة ٨٥٨ إلا ما تعلق منها بما فإنه من كسب " وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتي: " فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل بان يتحلل من العقد، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه و أنه أتم العمل " وأصبح رقم المادة ٦٨٦ في المشروع النهائي وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل صدر الفقرة الأولى على الوجه الآتي: " إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة " وذلك لأن النص الأصلي قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الواردة في المقايضة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٦٨٥ وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة " مع بقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقا لشروط العقد دون التزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقتها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة، فالمر إذن لم يسفر إلا عند تنفيذ المقابلة تنفيذا جزئيا، وقد صار النص بذلك مطابقا لما استمر عليه في التقنين المدني الجديد،

وأصبح رقمه ٦٥٧ ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٧، ٤٠).

### رأي الفقه :

١- يتبين من نص المادة ٦٥٧ مدني أن هناك شروطا ثلاثة يجب توافرها حتى ينطبق:

الأول- أن يكون الأجر في المقاولة متفقا عليه بمقتضى مقايضة علي أساس الوحدة.

الثاني- مجاوز المقايضة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفا وقت العقد. والمقصود بمجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايضة، لا مجاوزة أسعارها. فإذا كانت المجاوزة متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها زاد الأجر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل.

الثالث- أن يخطر المَقاول بمجرد تنبيه للزيادة رب العمل بذلك- ولو يشترط النص شكلا خاصا لهذا الإخطار، ولا ميعاداً معيناً يجب أن يتم فيه، ولذلك يجوز أن يكون الإخطار علي يد محضر، أو بكتاب مسجل، أو بكتاب عادي، أو شفويا. وعلي المَقاول عبء إثبات أن الإخطار قد تم. ويجب أن يتم الإخطار فور تبين المَقاول للزيادة، فإذا سكت علي الإخطار بعد تنبيه الزيادة مدة لا مبرر لها، حمل ذلك علي أنه قد نزل نزولا ضمنيا عن حقه في إسترداد قيمة الزيادة، وبقي الأجر كما جاء في المقايضة دون تعديل.

فإذا لم يخطر المَقاول رب العمل بالمجاوزة، أو أبطأ في إخطاره دون مبرر، أو لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو في القليل

الأسس التي تقوم عليها المجاوزة المتوقعة، سقط حقه في إسترداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات، وبقي الأجر كما جاء في المقايضة دون تعديل، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر في المقايضة. ويترتب علي توافر هذه الشروط الثلاثة التمييز بين ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة غير جسيمة، أم أنها جسيمة.

لم تعرض المادة ٦٥٧ مدني للمجاوزة غير الجسيمة صراحة، ولكن مفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من هذه المادة يستخلص منه أن رب العمل لا يستطيع أن يتحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وبأنه تجنب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، شاء رب العمل أو أبي.

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة جسيمة أو غير جسيمة، مسألة واقعة يبت فيها قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض.

أما إذا كانت المجاوزة جسيمة فقد تكلفت الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدني ببيان الحكم في ذلك، وخلاصته أن رب العمل يكون بالخيار بين أمرين:

**الأمر الأول-** أن يبقى مقيدا بالمقاولة، ويطلب من المَقاول إتمام العمل، وفي هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة، ويبقى عقد المقاولة نافذا بجميع شروطه، فيما عدا الأجر فإنه يزيد الزيادة المناسبة.

**الأمر الثاني-** أن يتحلل رب العمل من المقاولة إذا رأى أن الزيادة الجسيمة في الأجر مرهقة له، وفي هذه الحالة يطلب من المَقاول وقف العمل، علي أن يكون ذلك دون إبطاء لا مبرر له، كان للمَقاول أن يمضي

في العمل، ويفترض أن رب العمل قد اختار الأمر أي إبقاء المقاول مع الزيادة في الأجر. والطلب الذي يتقدم به رب العمل لوقف التنفيذ لا يشترط فيه شكل خاص، فقد يكون علي يد محضر أو مكتوبا أو شفويا، ولكن عبء إثبات التقدم بهذا الطلب يقع علي رب العمل. فإذا تقدم رب العمل بهذا الطلب، وجب علي المقاول أن يوقف تنفيذ العمل ويتحلل رب العمل من المقولة. ولكن يجب عليه أن يعرض المقاول بإبقاءه قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه أو أنه أتم العمل، فيرد للمقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال إلي يوم إخطاره بوقف العمل، وتقدر هذه القيمة لا بحسب ما هو مقدر طبقا لما جاء في المقايضة.

(الوسيط- ١.٧- للدكتور السنهاوري ص ١٦٢ وما بعدها)

٢- نقل المشرع الحكم الوارد في المادة ٦٥٧ مدني عن التقنين البولوني (م ٤٩١ منه).

ولا نظير لهذا النص في التقنين المدني القديم، وهو (النص) عرض لحالة تقع في العمل بصدد مقاولات المباني علي أساس المتر المربع مثلا عند مجاوزة الكميات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة لتنفيذ التصميم المتفق عليه. فيتعين علي المقاول قبل أن يقدم علي شراء الكميات الإضافية أن يخطر رب العمل بما يتوقع من زيادة في الثمن ليحصل علي موافقته علي تجاوز القيمة الواردة بالمقايضة، فإذا أهمل في الإخطار وأقدم علي التنفيذ سقط حقه في إسترداد النفقات الزائدة.

وتقرر الفقرة الثانية أن لرب العمل حق وقف التنفيذ، علي أن يخطر المقاول برغبته في ذلك دون إبطاء. وفي هذه الحالة يقتصر إلتزام رب العمل

علي الوفاء بقيمة ما أنجزه للمقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها المقاول. فقد تكون قيمة هذه المصروفات مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة نفسها، والأمر لم يسفر إلا عن تنفيذ المقابلة تنفيذاً جزئياً فلا يكون رب العمل مسؤولاً عن مجاوزة المصروفات المقررة في المقايضة.

(التقنين المدني الجديد للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق ص ٤٦٨ و ٤٦٩،  
والعقود المسماة بالدكتور محمد كامل مرسى- المرجع السابق ص ٥٢٠ و ٥٢١)

٣- استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز تعديل أو مراجعة الأجر المتفق عليه في المقابلة توجد ثلاث صور يجوز تعديل الأجر فيها: الأولى- الإتفاق علي أجر بمقتضى مقايضة علي أساس الوحدة، فتجاوز زيادة الأجر بشروط معينة إذا اضطر المقاول إلي مجاوزة محسوسة.

الثانية- الإتفاق علي أجر إجمالي علي أساس تصميم معين، فيجوز في هذه الحالة زيادة الأجرة إذا حصل في التصميم تعديل أو إضافة، وكان ذلك بناء علي طلب رب العمل أو خطئه، أو إذا انهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة.

الثالثة- يجوز إنقاص أجر المهندس المعماري إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه. فهناك شروط ثلاثة لانطباق نص المادة ٦٥٧ مدني. هذا النص يقرر أحكاماً تتفق مع النية المحتملة للمتعاقدين، فهو من هذه الناحية لا يخرج عن القواعد العامة.

(١) أن يكون الأجر في المقابلة متفقاً عليه بمقتضى مقايضة علي أساس الوحدة وإلا فلا ينطبق النص، كما لو كان الإتفاق علي أجر إجمالي أو كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلاً.

(٢) مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفا وقت انعقاد العقد. والمقصود هنا هو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايضة لا مجاوزة أسعارها، ذلك أن المجاوزة في الأسعار لا يعتد بها. ولا يكفي أن تكون الزيادة في كميات الأعمال محسوسة، بل يجب ألا تكون موقعة وقت العقد، إنما تتبين في أثناء العمل.

(٣) أن يخطر المقاول رب العمل بمجرد تنبيهه للزيادة. ولم يشترط النص شكلا خاصا لهذا الإخطار ولا ميعادا معيناً يجب أن يتم فيه، ولكن ينبغي أن يقع فور تبين المقاول للزيادة. فإذا سكت المقاول عنه في هذه الحالة حمل ذلك علي أنه نزل نزولا ضمنيا عن حقه في إسترداد قيمة الزيادة، وينبغي أن يشتمل الإخطار علي مقدار ما يتوقعه المقاول من زيادة الكم وما يترتب عليها من زيادة في الأجر. ويلتزم مما ذكر في الإخطار دون الزيادة الفعلية بعد ذلك، ولذلك يحسن بالمقاول أن يحتاط ويكتفي في الإخطار بذكر الأسس التي تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون أن يذكر رقما معيناً لهذه المجاوزة تاركا ذلك لما يسفر عنه تنفيذ العمل من نتيجة فعلية. وإذا كانت المجاوزة جسيمة، جاز لرب العمل أن يتدخل من العقد، ويوقف التنفيذ علي أن يكون ذلك دون إبطاء مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد دون أن يعرضه عما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. ومؤدي هذا أن يكون لرب العمل الخيار بين أمرين: **أولهما** - أن يبقي مقيدا بالمقابلة بكل شروطها، ويطلب إتمام العمل، وفي هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة.

**ثانيهما** - أن يتدخل رب العمل من المقابلة إذا رأى أن الزيادة الجسيمة في الأجر مرهقة له. وفي هذه الحالة يطلب دون إبطاء وقف العمل. فإذا أبطأ

في هذا الطلب بدون مبرر؛ كان للمقاول أن يمضي في العمل، ويفترض أن رب العمل قد اختار الأمر الأول. وهذا الطلب ليس له أيضا شكل خاص. وحكمة عدم تعويضه المقاول عما كان يكسبه لو أتم العمل أنه قد اضطرر للتحلل من العقد بسبب الزيادة المرهقة في الأجر لا بمحض إرادته.

• **الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة: يشترط**

لسريان نص المادة ٦٥٧ مدنى سאלفة الذكر توافر الشروط التالية: ١- أن يكون الأجر فى المقابلة متفقا عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، فإن كان الأجر غير متفق عليه أصلا و كان أجرا إجماليا على أساس تصميم معين فلا يسرى النص. ٢- أن تكون المقايضة قد تجاوزت مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفا وقت العقد، والمقصود مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فى المقايضة لا مجاوزة أسعارها، فإذا وردت فى المقايضة كميات معينة لأعمال الأساس ثم تبين المقاول عند التنفيذ أنه يجب تعميق الأساس عما قدر المقايضة وأن ذلك يتطلب كميات عمل تزيد زيادة محسوسة عما جاء بالمقايضة فتلك هى المجاوزة المحسوسة، أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها - إلا فى حدود نظرية الظروف الطارئة (أنور طلبه ص ٤٧٥)، وقد كان المشروع التمهيدى لصدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى يجرى على الوجه الآتى: إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايضة مجاوزة محسوسة " وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل هذا النص على الوجه الآتى " إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة. " وقيل فى اللجنة تبريرا لاستبدال عبارة "



مجاورة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة " ما يأتي: " إن النص الأصلي قد ينصرف معناه إلى ان المقصود بالمجاورة هو مجاوزة السعر الوارد في المقايضة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٧، ٣٩)، ولا بد أن تكون مجاوزة الكم مجاوزة محسوسة كما هو صريح النص، فإذا لم تكن محسوسة بأن زاد الكم زيادة طفيفة، وجبت زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة ولا خيار لرب العمل، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة فيعتد بها أو غير محسوسة فلا تكون محل اعتبار.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "يدل نص الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ من القانون المدني على أن الحكمة التي توخاها المشروع من الأخطار هي عدم مفاجأة رب العمل بمجاورة المقايضة المقدرة مجاوزة لم يكن يتوقعها ولم يدخلها في حسابه فإذا كان يعلم بهذه المجاوزة أو يتوقعها عند التعاقد فلا حاجة لوجوب الإخطار المشار إليه، ويبقى للمقاول الحق في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات على أساس سعر الوحدة المتفق عليه في العقد - لما كان ذلك وكان الثابت بالعقد المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٨ والمودع بملف الطعن - أنه تضمن إسناد الشركة المطعون ضده للطاعن القيام بتوريد وتركيب الطبقة العازلة في أربع عمارات بمنطقة الشيخ هارون بأسوان - كما ورد بجدول المقايضة المرفق - اتفاق الطرفين على أن الكميات الواردة بها قابلة للزيادة والعجز والإضافة والإلغاء وهو ما يفيد أن رب العمل كان يتوقع مجاوزة المقايضة المقدرة عند التنفيذ وإن كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أشار في مدوناته إلى هذا الجدول وإلى ما تضمنه من اتفاق الطرفين على أن الكميات الواردة به قابلة للزيادة والعجز إلى أن المعاينة الميدانية التي أجراها الخبير أثبت أن الأعمال المنفذة تمت

كلها فى نطاق العمارات الأربع محل التعاقد إنه إذ استلزم لاستحقاق الطاعن ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات وجوب إخطار الشركة المطعون ضدها - يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه (جلسة ١٢/٣/١٩٨٤ الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٥ ص ٦٤٥).

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة فيعتد بها أو غير محسوسة فلا تكون محل اعتبار وتقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض ولا يكفى أن تكون الزيادة محسوسة بل يجب ألا تكون متوقعة عند إبرام المقولة وإنما تبين أثناء التنفيذ، فإذا كانت المجاوزة متوقعة عند إبرام المقولة أو كان من الممكن توقعها وجب زيادة الأجر بمقدار هذه المجاوزة ١- أن يخطر المقاول بمجرد تبينه للزيادة رب العمل بذلك، وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا " وجب على المقاول 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 " فالواجب إذن أن يخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة، ولم يشترط النص شكلا خاصا لهذا الإخطار، ولا ميعاد معين يجب أن يتم فيه، ولذلك يجوز أن يكون الإخطار على يد محضر، أو بكتاب مسجل، أو بكتاب عادى، أو شفويا وعلى المقاول عبء إثبات أن الإخطار قد تم، ويجب أن يتم الإخطار فور تبين المقاول للزيادة، فإذا سكت عن الإخطار بعد تبينه الزيادة مدة لا مبرر لها، حمل ذلك على أنه قد نزل نزولا ضمنيا عن حقه فى استرداد قيمة الزيادة، وبقي الأجر كما جاء فى المقايضة دون تعديل ويجب أن يشمل

الأخطار على مقدار ما يتوقعه المقاول من الزيادة فى الكم وما يستتبع ذلك من زيادة فى الأجر، ويتقيد بما ذكره فى الإخطار، فإن تبين بعد ذلك أن المجاوزة تزيد على ما قدر، فالعبرة بمقدار الزيادة التى ذكرها فى الإخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية، ومن ثم يحسن بالمقاول أن يحتاط، ويكتفى فى الإخطار بذكر الأسس التى تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون أن يذكر رقما معيناً لهذه المجاوزة تاركاً ذلك لما يسفر عنه تنفيذ العمل من نتيجة فعلية. فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة، أو أبطل فى إخطاره دون مبرر، أو لم يذكر فى الأخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو فى القليل الأسس التى تقوم عليها المجاوزة المتوقعة " سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسات من نفقات " كما يقول النص، وبقي الأجر كما جاء فى المقايسة دون تعديل، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر فى المقايسة (السنهورى ص ١٣٦).

### ومتى توافرت الشروط سالفة الذكر فإننا يجب أن نميز بين فرضين هما :

**الفرض الأول : أن تكون المجاوزة غير جسيمة :** إذا كانت المجاوزة غير جسيمة ظل رب العمل ملتزماً بالمقابلة فلا يجوز أن يتحلل من عقد المقابلة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة كما تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، شاء رب العمل أو أبى. وتقدير ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقابلة كما سيأتى، أو غير جسيمة فتبقى رب العمل مقيداً بالمقابلة مع زيادة الأجر الزيادة المناسبة كما سبق القول، مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض، فإذا تبين مثلاً أن المجاوزة هى ١٠% من الأعمال التى كانت مقدرة فى المقايسة، فالغالب أن قاضى الموضوع لا

يعتبر هذه المجاوزة جسيمة، ويقضى بزيادة الأجر ١٠% عما كان مقدار في المقايسة، ويبرر زيادة الأجر في الفرض الذى نحن بصدده أن الزيادة عادله إذ لها ما يقابلها وهى بعد غير مرهقة لرب العمل إذ هى زيادة غير جسيمة (السنهورى ص ١٣٧).

**الفرض الثانى: أن تكون المجاوزة جسيمة:** أما أن كانت المجاوزة جسيمة فيكون رب العمل بالخيار بين إبقاء المقاولة مع زيادة الأجر بما يتناسب مع المجاوزة وبين التحلل من المقاولة فيطلب من المقاول وقف العمل على أن يبدى هذا الطلب بدون إبطاء وإلا سقط حقه فى التحلل من المقاولة، وليس لهذا الطلب شكل خاص وفقا لما سلف، ومتى تم الطلب تعين على رب العمل أن يعرض المقاول لا بحسب ما انفقته الأخير فعلا بل وفقا لما هو مقدر بالمقايسة وليس للمقاول أن يطلب تعويضه عما فاتته من كسب لو أنه أتم العمل (أنور طلبه ص ٤٧٦)

### من أحكام القضاء:

١- النص في الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ من القانون المدني على أنه "...." يدل على أن الحكمة التي توخاها المشرع من الإخطار هي عدم مفاجأة رب العمل بمجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة لم يكن يتوقعها ولم يدخلها في حسابه. فإذا كان يعلم بهذه المجاوزة أو يتوقعها عند التعاقد فلا حاجة لوجوب الإخطار المشار إليه - ويبقى للمقاول الحق في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات على أساس سعر الوحدة المتفق عليه في العقد - لما كان ذلك، وكان الثابت بالعقد المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٨ - المودع بملف الطعن - أنه تضمن إسناد التركة المطعون ضدها للطاعن القيام بتوريد وتركيب الطبقة العازلة في أربع عمارات بمنطقة الشيخ هارون

بأسوان - كما ورد بجدول المقايضة المرفق - إتفاق الطرفين على أن الكميات الواردة بها قابلة للزيادة والعجز والإضافة والإلغاء - وهو ما يفيد أن رب العمل كان يتوقع مجاوزة المقايضة المقدرة عند التنفيذ وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أشار في مدوناته إلى هذا الجدول وإلى ما تضمنه من اتفاق الطرفين على أن الكميات الواردة به قابلة للزيادة أو العجز وإلى أن المعاينة الميدانية التي أجراها الخبير أثبتت أن الأعمال المنفذة تمت كلها في نطاق العمارات الأربع محل التعاقد فإنه إذ استلزم لاستحقاق الطاعن ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات وجوب إخطار الشركة المطعون ضدها - يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه.

(الطعن رقم ١١٦٤ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٣ / ١٩٨٤)

\* \* \*

## الإنفاق على الأجر الإجمالي على أساس تصميم معين

### النص التشريعي (مادة ٦٥٨) :

(١) إذا أبرم العقد بأجر إجمالي علي أساس تصميم إتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلي خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه وإتفق مع المقاول علي أجره.

(٢) ويجب أن يحصل هذا الإتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد إتفق عليه مشافهة.

(٣) وليس للمقاول إذا إرتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلي ذلك فيطلب زيادة في الأجر ولو بلغ هذا الإرتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيرا.

(٤) علي أنه إذا انهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:  
مادة ٦٥٧ ليبي و ٦٢٤ سوري و ٨٧٧ و ٨٧٨ عراقي و ٦٧٥ لبناني و ٥٣٢ سوداني و ٨٨٤ تونسي و ٧٩٥ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

الفقرة الأولى: تطابق مضمون المادة ٤١٨ / ٥١٠ من التقنين الحالي مع تحديد اقتبسه المشرع من التقنين الفرنسي (م ٧٩٣) والقضاء المصري (انظر علي الأخص أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ ب ٨ ص ٢٣٥ - ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ ب ٩ ص ٣٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ ب ١٦ ص ١٢٥).

أما الفقرة الثانية: فهي مقتبسة أيضا من المادة ١٧٩٣ من التقنين الفرنسي وهي تقر ما جري عليه القضاء المصري من أنه لا يجوز للمقاول أن يثبت بالبينة أو بالقرائن إذن رب العمل له في إقامة أعمال إضافية (انظر علي الأخص: محكمة الاستئناف المختلطة ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ ب ١٧ ص ٢٠٦ - ٢٥ نوفمبر ١٩٠٩ ب ٢٢ ص ٢٦ - محكمة استئناف مصر الأهلية ١٠ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٤١٢ رقم ١٩٧).

والفقرة الثالثة- تطابق أيضا أحكام القضاء المصري محكمة الاستئناف المختلطة ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٣٥ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ ب ١٨ ص ١٥٧.

والفقرة الرابعة: هي تطبيق لنظرية الظروف الطارئة في حالة عقد المقاوله. وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة في المادة ٢١٣ فقرة ٢ منه.

والمعيار الذي يقرره النص) إختلال التوازن الإقتصادي بين الإلتزامات اختلالا تاما بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد) هو من الدقة بحيث يحد من تدخل القاضي وفي الوقت نفسه من المرونة بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٤٢)

### رأي الفقه:

١- حتى يدخل عقد المقاوله في تطبيق نص المادة ١/٦٥٨ مدني، يجب توافر شروط ثلاثة:

(١) أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص.

(٢) أن تكون المقاولة علي أساس تصميم متفق عليه، وذلك حتى تتبين حدود العمل علي وجه كامل واضح نهائي، في رسوم (وهذا هو الغالب) أو غير ذلك في وصف كامل لجميع الأعمال المطلوبة مفصل ودقيق.

(٣) أن يكون عقد المقاولة مبرما بين رب العمل الأصلي والمقاول - فإذا أبرم بين مقاول أصلي ومقاول من الباطن ففيما بينهما لا تسري المادة ٦٥٨ مدني وإنما تسري القواعد العامة.

ومتي توافرت هذه الشروط الثلاثة، فقد دخلنا في نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني، ولا يهم بعد ذلك أن تكون المقاولة محلها إقامة بناء أو غير كصنع أثاث، أو أن يكون محلها عملا كبيرا كصنع سفينة أو عملا صغيرا (كصنع مكتب أو مكتبة)، فنص المادة ٦٥٨ مدني مطلق لا يفرق بين فرض وآخر.

#### وهناك فرضان استثنائيان تجوز فيهما زيادة الأجر:

**الأول-** تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء علي إتفاق معه - فقد رأينا أو المادة ١/٦٥٨ مدني لا تجيز زيادة الأجر الجرافي ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعا إلي خطأ رب العمل، أو يكون مأذونا به منه وإتفق مع المقاول علي أجره (كأن قدم له أرضا لا يملكها).

**الثاني-** زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهها معها التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول - إن نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٦٥٨ مدني تطبيق واضح في عقد المقاولة لنظرية الحوادث الطارئة التي تقرر مبدأها في المادة ٢/١٤٧ مدني.

(يراجع التعليق الوارد علي هذه المادة بالجزء الأول من كتابنا (التعليق علي نصوص القانون المدني المعدل - ص ٣٦٨ وما بعدها)



وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الصورة التي نحن بصددھا هي نفس شروط تطبيق النظرية في مبدأھا العام.

### وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الصورتين - هي:

(١) أن يكون العقد متراخيا، وهو شرط غالب لا شرط ضروري، ولا شك أن هذا الشرط متوافر في عقد المقاوله، فهناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاوله وتنفيذھا.

(٢) أن تجد بعد صدور العقد حوادث إستثنائية عامة، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني (حرب- إضراب مفاجئ- تسعيرة رسمية أو إلغاؤها- استيلاء إداري- وباء ينتشر- تشريع مفاجئ).

(٣) أن تكون هذه الحوادث استثنائية ليس في الوسع توقعھا (م٦٥٨/٤ مدني).

(٤) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الإلتزام مرهقاً لا مستحيلاً (م٦٥٨/٤ مدني).

وإذا كانت شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدأھا تتفق مع شروط النظرية في تطبيقھا الخاص بعقد المقاوله، فإن الجزاء يختلف قليلا في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، ففي المبدأ العام يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلي الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق علي خلاف ذلك، فالقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه، فهو قد يري أن الظروف لا تقتضي إنقاص الإلتزام المرهق ولا زيادة الإلتزام المقابل، بل يقف تنفيذ العقد حتي يزول الحادث الطارئ، وقد يري زيادة الإلتزام المقابل، وقد يري إنقاص

الإلتزام المرهق وإذا جاز للقاضي أن يقف تنفيذ الإلتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الإلتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد، فالإلتزام المرهق يبقي ولا ينقضي ولكن يرد إلي الحد المعقول، فنتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد (م ٢/١٤٧ مدني).

أما في التطبيق الخاص بعقد المقولة الذي نحن بصدد، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني تقول: "جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد". فالنص إذن يجيز هنا فسخ العقد، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية. والقاضي يحكم بفسخ عقد المقولة إذا رأي مبررا لذلك.

ولما كان وقف تنفيذ المقولة لا يتعارض مع نصوص المادة ٦٥٨ مدني، فإنه يمكن القول بأن القاضي قد لا يري داعيا لفسخ المقولة ولا لزيادة الأجر، ويكتفي بوقف تنفيذ المقولة حتى يزول الحادث الطارئ. ويلاحظ أن الجزاء المتقدم يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما علي ما يخالفه، كأن ينزل المكاوول مثلا في عقد المقولة عن حقه في التمسك بنظرية الظروف الطارئة، فمثل هذا النزول يكون باطلا لا يعتد به. وقد ورد ذلك صريحا في المادة ٢/١٤٧ مدني التي تقرر المبدأ العام، ولم يرد في المادة ٦٥٨ مدني، ولكن لما كانت المادة الأخيرة ليست إلا تطبيقا للمادة الأولى، فإنه يجب إعتبار أحكام كل من المادتين متعلقة بالنظام العام.

(الوسيط- ١٧- للدكتور السنهاوري- المرجع السابق- ص ١٦٩ وما بعدها)

٢- المعيار الذي يقرره نص المادة ٦٩٨ مدني هو إنهيار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، هو من الدقة بحيث يحد من تدخل القاضي وفي الوقت نفسه من المرونة بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة، علي أنه لما كان عقد المقاوله من العقود التي يظهر فيها بالذات فائدة الأخذ بهذه النظرية، فقد أثر القانون الجديد أن يقررها صراحة بنص خاص في باب المقاوله، وهو في ذلك يجري التقنين البولوني (م ٢٦٩ و ٤٩٠ / ٢).

(العقود المسماة ٤ الدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٢٢ وما بعدها)

٣- تطابق الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٦٥٨ مدني مضمون المادة ٤١٨ / ٥١٠ من التقنين القديم، مع بيان أوفي إلي بيان المقصود، وهو حرمان المقاول الذي تحمل المقاوله بسعر جزائي من مطالبة رب العمل بأية زيادة في الأجر، لأي سبب كان، ما لم يوافق علي الزيادة المطلوبة، أو يثبت أنها راجعة إلي خطئه.

أما الفقرة الثانية، فتقر ما جري عليه القضاء المصري من أنه لا يجوز للمقاول أن يثبت بالبينة أو بالقرائن، إذن رب العمل له في إقامة أعمال إضافية.

أما الفقرة الرابعة، وهي أهم ما ورد في هذا النص، فليست إلا تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة في حالة عقد المقاوله. وقد سبق أن قرر المشرع هذه النظرية بصفة عامة في المادة ١٤٧ فقرة ٢ ولكنه أثار أن يقررها صراحة بنص خاص في باب المقاوله لأنها من العقود التي تظهر فيها بالذات فائدة الأخذ بهذه النظرية.

(التقنين المدني الجديد الدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٤٧٠ و ٤٧١)

٤- نري من نص المادة ٦٥٨ مدني أن هناك شروطا ثلاثة تحدد

نطاق تطبيقه، هي:

(١) أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص، وهي حالة تختلف عن حالة تحديد الأجر بحسب مقايضة علي أساس سعر الوحدة، ذلك إن الأجر هنا (أي في تطبيق المادة ٦٥٨ مدني) يحدد كله إجمالا، فقد أراد رب العمل أن يحدده نهائيا ومسبقا، فإذا كان الطرفان قد إتفقا علي أن هذا التحديد مبدئيا، ثم يزداد أو ينقص بعد تمام العمل، فإنه لا يكون تحديدا نهائيا، ولا ينطبق النص.

(٢) أن تكون المقاولة علي أساس تصميم متفق عليه وموجود وقت العقد حتى تتبين معالم العمل وحدوده علي وجه واضح، وكامل، ونهائي، أي يشمل جميع الأعمال المطلوبة لا جزء أو أجزاء منها منه، فلا ينطبق النص أيضا.

(٣) أن يكون عقد المقاولة مبرما بين رب العمل، والمقاول الأصلي. فإذا أبرم بين رب العمل ومقاول من الباطن فلا ينطبق النص كذلك وإنما تسري القواعد العامة بينهما (أي بين رب العمل والمقاول من الباطن)، فهذه الحماية مقررة لرب العمل، وهو مادة رجل غير فني من المقاول الأصلي، وهو رجل فني ومقتدر عادة.

ومتى توافرت هذه الشروط فإن نص المادة ٦٥٨ مدني ينطبق، بغض النظر عن أن يكون محل المقاولة بناء أو منقولا أو عملا صغيرا.

وإذا تم تحديد الأجر الإجمالي علي النحو سالف الذكر وبالشروط المتقدمة، فإنه لا يكون قابلا للتعديل بالزيادة أو بالنقص في حالة إتمام العمل كله حتى لو أدخل المقاول تعديلا في التصميم ولو كان تعديلا هاما ونافعاء، بل ولو كان ضروريا.

ولكن، هناك فرضان استثنائيان يجوز فيهما تعديل الأجرة بالزيادة.

**الأول-** تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء علي إتفاق معه- وهذا الإتفاق يجب أن يكون كتابية إذا كان العقد الأصلي مكتوباً. والكتابة هنا ليست لازمة إلا للإثبات ومن ثم يغني عنها مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بالبينة والقرائن. وكذلك تغني عن الكتابة البينة والقرائن إذا وجد مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول علي الكتابة أو فقد المقاول سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه. والكتابة لازمة لا للإتفاق علي الزيادة في الأجر فحسب، بل لبيان مقدار هذه الزيادة، وإن كان نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدني مصري يوهم إشتراط الكتابة مقصور علي الإتفاق علي مقدار الزيادة في الأجر دون الإتفاق علي التعديل في ذاته.

**الثاني-** زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول.

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هنا هي نفس شروط النظرية في مهياها العام.

(عقد المقاوله- للأستاذ عنبر- المرجع السابق- ص ٢٣٩ وما بعدها)

#### • الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين: تعرض المادة

(٦٥٨) مدنى لحالة إبرام العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم متفق عليه مع رب العمل. ويشترط تطبيق نص هذه المادة توافر الشروط الآتية: أولاً: أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص، وهنا نرى أن الحالة التي نحن بصددنا غير الحالة الأولى التي سبق بحثها، ففي الحالة الأولى يكون الأجر في عقد المقاوله مقدار بحسب مقايضة على أساس سعر الوحدة، ومن ثم جاز أن يزيد الأجر إذا وقعت مجاوزة محسوسة للأعمال المقدرة في المقايضة على النحو الذي فصلناه فيما تقدم، أما هنا فالأجر يحدد

إجمالاً، وقد أراد رب العمل أن يحدد نهائياً، كأن اتفق الطرفان فى العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً، فالأجر لا يكون محدداً إجمالاً على وجه نهائى، ومن ثم لا يدخل هذا الفرض فى نطاق تطبيق النص، بل تسرى فى شأنه القواعد العامة فزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابى على تعديل التصميم ومقدار الأجر (السنهورى ص ١٤٠ - محمد لبيب شنب ص ١٦٤) ثانياً: أن تبرم المقولة على أساس تصميم محدد متضمناً جميع العمال المطلوبة وأن يتم تحديد ذلك وقت إبرام المقولة لا فى وقت لاحق وأن يكون التصميم واضحاً نهائياً غير قابل لأي تعديل. ثالثاً: أن تكون المقولة مبرمة بين المقاول الأصلي وبين رب العمل ومن ثم لا يسرى نص المادة إذا أبرمت المقولة بين المقاول الأصلي وبين مقاول من الباطن إذ يستطيع الخير إجراء تعديل فى التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة (أنور طلبه ص ٤٨٠) ومتى توافرت الشروط الثلاثة سالفه الذكر فإن الأجر الإجمالي الجزافي الذى اتفق عليه الطرفان فى عقد المقولة لا يكون قابلاً للتعديل لا بالزيادة ولا بالنقص، وذلك حتى لو أدخل المقاول تعديلاً على التصميم، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو، ولو كان التعديل هاماً نافعاً بل ولو كان ضرورياً، كذلك لا يزيد لأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية، أو زادت أجور العمل، أو وقع حادث غير منتظر زاد فى تكاليف الأعمال المطلوبة، و زادت الضرائب المفروضة على استيراد بعض المواد وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ مدنى تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور اليد العاملة، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة "أو غيرها من التكاليف" لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٤) وليس هذا

إلا تمشيا دقيقا مع إرادة المتعاقدين، فقد قصد رب العمل من أن يكون الأجر إجماليا جزافيا، وقبل المقاول منه ذلك، لأنه أراد أن يعرف بصفة نهائية حسامة ما يجب عليه دفعة من الأجر بحيث لا يستطيع المقاول أن يطالبه بأزيد من ذلك، ولا يستطيع و أن يدفع للمقاول أقل من ذلك، وقصد رب العمل من الاتفاق على هذا النحو أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت، فلا يفاجأ بأية زيادة، فإذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أو لزيادة في أسعار المواد الأولية أو أجور العمل أو أجور النقل أو سعر التأمين أو غير ذلك مما فصلناه فيما تقدم، فإن تبعة هذا كله يتحملها المقاول ولا شأن لرب العمل بها. وفي نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه، فإن المقاول يتقاضى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض في الأجر، هذا هو المعنى المقصود من الاتفاق في المقابلة على أجر إجمالي جزافي على أساس تصميم معين بين الطرفين.

● **مدى تعلق حكم المادة بالنظام العام:** ويقال عادي إن هذا الحكم ليس من النظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه ويمثل لذلك يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمقاول الحق في القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه العمال ضرورية للتنفيذ وأن يتقاضى أجرا عليها ولو لم يأذن رب العمل صراحة بها وبم يتفق على أجرها، ولكن عقد المقابلة في هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني، ونرى من ذلك أنه إذا توافرت في المقابلة الشروط الثلاثة التي سبق تفصيلها، فإنه لا يتصور الاتفاق العكسي، ويجب إعمال المادة ٦٥٨ مدني فلا يزيـد الأجر المتفق عليه ولا ينقص بأي حال من الأحوال. بل عن الأجر المتفق عليه لا تجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر فلو أن المقاول وجد أنه من

الضرورى إدخال تعديل فى التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه، فإنه لا يتقاضى إلا الأجر المتفق عليه.

### **وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه: " إذا كان المقاول قد اتفق على**

مقابل إجمالى للعمل الذى كلف به بعد معرفته كافة التفاصيل المتعلقة بالعمل، فلا يكون له وجه فى المطالبة بأية زيادة، لأن عقد المقاوله يتضمن فى الواقع اتفاقا على بيع المواد الأولية للبناء وعلى أجرة الصانع لها، وليس للبائع أن يتمتع عن تسليم المبيع بحجة ارتفاع ثمنه بعد التعاقد على بيعه كما أنه ليس للصانع أن يتمتع عن عما ما تعهد به بحجة ارتفاع مصاريف الصناعة، فإذا قام المقاول لعمل زائد بدون إذن من صاحب العمل، فإن المقاول يعتبر قابلا لإجراء العمل الزائد من غير أن يحتس له ثمنه خاصا (استئناف مصر ١٠ يونيه ص ١٩٣٦ المحاماه ١٧ رقم ١٩٧ ص ٤١٢) ولا يستطيع أن يرجع بزيادة التكاليف ولو عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب، بحجة أن الأعمال التى تمت بعد تعديل التصميم قد زادت قيمتها عما كان مقدار فى التصميم قبل تعديله، إذ لو جاز ذلك لأمكن التحايل من هذا الطريق على خرق أحكام المادة ٦٥٨ مدنى.

### **• حالتان يجوز فيهما زيادة الأجر استثناءً:**

#### **الحالة الأولى: حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم بسبب خطأ رب العمل**

**أوباذن منه:** تنص على هذا الاستثناء الفقرة الأولى من المادة (٦٥٨) 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 "، فيشترط لسريان هذا الاستثناء ما يأتى: ١- حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم. ٢- أن يكون التعديل أو الإضافة فى التصميم إما راجعا إلى خطأ من رب العمل



واستوجب ذلك زيادة التكاليف على المبالغ الإجمالية، وإما أن يكون مأذونا به من رب العمل للمقاول واتفق معه على أجره مقابل هذا التعديل أو بالإضافة. ومثال خطأ رب العمل الذى يبرر زيادة أجر المقاول أن يكون رب العمل قد قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التى يريد لها للبناء، أو قدم له أرضا لا يملكها كلها فاضطر المقاول إلى هدم البناء فى الجزء الذى لا يملكه رب العمل وتعديل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التى يملكها رب العمل، إذ يحق للمقاول فى هذه الحالة أن يطالب بزيادة فى الأجر تقابل النفقات التى تكبدها بسبب اضطراره إلى الهدم وتعديل التصميم. ولا يشترط لحصول المقاول على الزيادة فى الأجر أن يكون خطأ رب العمل صادراً عن سوء نية أو تقصير، طالما أنه تسبب بخطئه فى زيادة التكاليف على التكاليف الإجمالية المتفق عليها. كذلك يرجع المقاول بالزيادة فى الأجرة إذا حدث فى التصميم تعديل أو أية إضافة، وكان رب العمل قد أذن بذلك واتفق مع المقاول على مقدار الأجر الزائد فلا يكفى إذن أن يأذن رب العمل بالتعديل أو بالإضافة فى التصميم، فقد يحدث أن المقاول يزين له تعديلاً فى التصميم أو إضافة فيغربه بقبول ذلك، ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة فى الأجر لم يكن يتوقعها ولم يكن بحسب أن التعديل الذى وافق عليه يقتضى كل هذه النفقات، فتضيع عليه ميزة الأجر الجزافى الذى اطمأن إليه عند إبرام المقابلة، فأراد المشروع، إمعاناً فى تنبيه رب العمل إلى الزيادة فى الأجر التى سيتحملها، أن يكون التعديل فى التصميم متفقاً عليه بينه وبين المقاول وأن يعين فى هذا الاتفاق مقدار الزيادة فى الأجر التى ستتجم عن هذا التعديل، وأن يكون الاتفاق مكتوباً إذا كان عقد المقابلة الأصلى قد حصل بالكتابة إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا " ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة " ولو اقتصر على اشتراط أن

يكون التعديل مأذونا به من رب العمل، لما كان فى هذا خروج على القواعد العامة، فقد وقع اتفاق جديد عدل من الاتفاق الأسمى فوجب أن يسرى الاتفاق الجديد، ولكن المشروع لم يكتف بذلك بل أوجب أن يتفق رب العمل مع الما قول مقدا على مقدار الزيادة فى الأجر، وهنا الخروج على القواعد العامة، فقد كانت هذه القواعد تقضى بأنه يكفى أن يتفق رب العمل مع الما قول على التعديل فى ذاته، ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة فى الأجر ويرجع فى هذا التحديد على هذه الزيادة ثابتا بالكتابة إذا كان عقد الما قولة الأسمى مكتوبا، فليس فى ذلك خروج على القواعد العامة، فإنه إذا كان عقد الما قولة الأسمى مكتوبا لم يجر إثبات الزيادة فى الأجر - وهى عكس ما هو ثابت بالكتابة - إلا بالكتابة إذا عزز بالبينة أو بالقرائن، وكذلك تغنى عنها البينة والقرائن إذا وجد مانع ماضى أو أدبى يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد الما قول سنده المكتوب لسبب لا بد له فيه، ومادام اشترط الكتابة فى إثبات الزيادة فى الأجر إذا كان عقد الما قولة الأسمى مكتوبا ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة. فإن الكتابة تشترط، لا فى إثبات الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر فحسب، بل يشترط أيضا فى إثبات الاتفاق على التعديل فى ذاته، وإن كان ظاهر نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى يوهم أن اشترط الكتابة مقصور على الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر دون الاتفاق على التعديل ذاته (السنهورى ص ١٤٧ - محمد لبيب شنب ص ١٦٨)

#### • الحالة الثانية : الزيادة الفاحشة فى التكاليف والتى ينهار معها

التوازن الاقتصاى بين التزامات كل من رب العمل والمما قول : وتنص على هذه الحالة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى بقولها " على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصاى بين التزامات كل من رب العمل والمما قول بسبب

حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاوله، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد "، وهذا النص تطبيق خاص لنظره الحوادث الطارئه المنصوص عليها بالفقره الثانيه من الماده (١٤٧) 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 التمهيدى عن الفقرة الرابعة من الماده (٦٥٨) أنها " تطبيق لنظرية الظروف الطارئه فى حالة عقد المقاوله، وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة فى الماده ٢١٣ فقرة ٢ منه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢) وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئه فى الصورة التى نحن بصدددها هى نفس شروط تطبيق النظرية فى مبدأها العام، كما يتبين من المقارنة ما بين النصوص سالفه الذكر، وقد قدمنا عند الكلام فى نظرية الظروف الطارئه فى مبدأها العام، أن هذه الشروط أربعة:

**أولاً: أن يكون العقد متراخيا** وهو شرط غالب لا شرط ضرورى ولاشك أن هذا الشرط متوافر فى عقد المقاوله، فهناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاوله وتنفيذها.

**ثانياً: أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة**، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من الماده ٦٥٨ مدنى فيما رأينا إذ تقول " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول

بسبب حوادث استثنائية عامة. .." وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يقتصر على ذكر لفظ "حوادث" دون أن يصفها بأن تكون "استثنائية عامة" فأدخلت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا الوصف، "فتقيدت الحوادث بن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصدها مع المادة ٢/١٥١ (م ٢/١٤٧ مدنى) إذ أن الأول ليست إلا تطبيقاً للثانية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٣) ومثل الحوادث الاستثنائية العامة حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو استيلاء إدارى أو وباء ينتشر أو تشريع مفاجئ ويكون من وراء هذه الحوادث الاستثنائية أن ترتفع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو تزيد تكاليف العمل كأن تزيد أجور نقل المواد الأولية أو العمال أو يزيد سعر التأمين أو تزيد الضريبة على استيراد المواد الأولية من الخارج، ويجب أن تكون الحوادث عامة، أى غير خاصة بالمقاول وحده كما رأينا فى الأمثلة التى سبق سردها. وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من المقاول ولا متوقعة منه ولا مكنه 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 مقدار، فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاماً - وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل يعم أى مقاول آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقاولة - لم يكن فى الحسبان وقت التعاقد، ويذهب الأستاذ محمد لبيب شنب إلى أن المادة ٦٥٨ من القانون المدنى لا تنطبق هنا، لأناه الحادث الاستثنائى كان موجوداً وقت التعاقد ولم يجد أثناء تنفيذ المقاولة، ولكنه يجيز إبطال العقد لغلط فى صفة جوهرية من صفات العمل محل المقاولة، فالعمل كان من الواجب نجاهه على أرض صالحة بطبيعتها

للبناء، ولكن تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية، ويجوز لرب العمل أن يتلقى الإبطال.

● **ثالثاً: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها؛ وهذا**

ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى بقولها: "بسبب حوادث استثنائية عام لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد " فالحوادث الاستثنائية العامة التى لم تكن فى الحسبان 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 للأمور خلال تنفيذ العقد، ومعيار التوقع أو الحسبان معيار موضوعى، فلا ينظر فيه على ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلاً، بل على ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادى لو وجد فى مثل ظروفها بحسب السير العادى للأمور.

● **رابعاً: أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا؛ وهذا**

ما تعبر عنه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى فيما رأينا بقولها " إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول.. وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقولة " فيجب إذن أن تزيد تكاليف العمل، بسبب هذه الحوادث الاستثنائية العامة التى لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، زيادة فاحشة بحيث تجعل تنفيذ التزامات المقاول، لا مستحيلا لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة، بل مرهقا وعسيرا فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى إذ التعامل بطبيعته مكسب وخسارة، وإنما يجب أن تكون الخسارة فادحة مرهقة، وإرهاق المقاول لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرمت فى شأنها المقولة، فلو أن خسارته كانت فادحة فى هذه الصفقة، ولكنها هيئة بالنسبة إلى ثروته الضخمة، أو لو كان فى صفقة

أخرى حصل على مكسب كبير يعوض عليه الخسارة الفادحة فى الصفقة الأولى، لم يعتد بشئ من ذلك، ووجب أن نقف عند الخسارة الفادحة التى يتحملها المقاول فى الصفقة التى نحن بصددھا، ولهذا أن يحتج بهذا الخسارة فيطالب بزيادة الأجر أو بفسخ العقد بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المقاول قد خزن كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع علو السعر، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافا مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة ليس فى الوسع توقعها، فيجوز للمقاول أن يحتج بإرتفاع الأسعار ويطلب زياد الأجر أو فسخ العقد، أما المكسب الذى جناه من تخزين المواد الأولية فيكون له هو، ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين (السنهورى ص ١٤٩)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "توافر الإرهاق الذى يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره ومعياره موضوعي بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها - من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغاً ومستنداً مما له أصله الثابت بالأوراق (نقض ١٩٨٥/١٢/٢٤ طعن ٥٧٨٥ س ٥٢ق).

وبأنه " إذا تقضى المادة (١٤٧/ ٢) من القانون المدنى بأنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتقضى المادة (٤/٦٥٨) من القانون المذكور على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادى بين

التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد، فقد أفاد هذان النصان - وباعتبار أن النص الثانى هو تطبيق للنص الأول - أنه إذا وجد بعد صدور عقد المقاولة حادث من الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقع عند التعاقد ترتب عليه ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمل أو زيادة تكاليف العمل مما أصبح معه تنفيذ العقد مرهقا للمقاول، فإنه يكون للقاضى فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يودى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (نقض ١٩٨٥/١٢/٢٤ طعن ٥٨٥ س ٥٢ق) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ و ٤/٦٥٨ 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 بفسخ هذا العقد أو بزيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يودى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ س ٢١ ص ١١٤٨ ويقتصر الفسخ المقرر فى هذا المبدأ على عقد المقاولة وفقا للفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ من القانون المدنى، أما غيره من العقود فلا يرد عليها الفسخ بسبب الظروف الطارئة على ما تنص عليه المادة ٢/١٤٧) وبأنه " شرط الإرهاق الذى 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 الذى

أثاره بسبب الطعن، فإنه لا يجوز له أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (نقض ١٩٧٠/١٤١/٢٤ طعن ١٩٩ س ٣٦ق).

وللقاضي بدلا من أن يفسخ أو يزيد الأجر أن يكتفى بوقف تنفيذ المقالة حتى يزول الحادث الطارئ، ويراعى أن الأحكام المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

### من أحكام القضاء:

١- مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ و ٤/٦٥٨ من القانون المدني أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها إرتفاع 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 مرهقا، فإنه يكون القاضي وبصفة خاصة في عقد المقاولة فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدي إلي رد الإلتزام المرهق إلي الحد المعقول. (جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤- مجموعة المكتب الفني- السنة ٢١- مدني - ص ١١٤٩)

\* \* \*



## زيادة الأجر بتعديل التصميم

### النص التشريعي (مادة ٦٥٩) :

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

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:  
مادة ٦٥٨ لبيي و ٦٢٥ سوري و ٨٨٠ عراقي و ٥٣٤ سوداني و ٦٢٢ لبناني و ٧٩٦ أردني جديد و ٨٣٥ تونسي.

### الأعمال التحضيرية :

ليس علي هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية- يستحق التتويه به.

### رأي الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٦٥٩ مدني أن تعيين مقدار الأجر- في هذه الحالة يقوم علي عنصرين. قيمة العمل الذي أتمه المقاول- وما تكبده من نفقات في إنجازه. وعند الخلاف بين القاضي مقدار الأجر مسترشداً بهذين العنصرين، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الجاري في الصناعة في تحديد قيمة العمل، ويدخل في الحساب طبيعة العمل، فقد يكون مقعداً في حاجة إلي مهارة فنية كبيرة، وقد يتضمن تبعات جساماً ومسئوليات يتعرض لها المقاول ويدخل طبعاً في الحساب كمية العمل، والوقت الذي استغرقه إنجازه، ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته. وتشمل نفقات المقاول أثمان المواد التي استخدمت في العمل، وأجور العمال وغير ذلك من النفقات التي صرفها فعلاً إنجاز. وقد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار

الأجر فالحائك أجره متعارف عليه في السوق، تبعا لسمعته ومهارته، وأجر الطبيب يتحدد تبعا لعرف مهنة الطب ويسترشد في ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية وثروة المريض. وتعيين القاضي مقدار الأجر هو فصل في مسألة موضوعية، فلا رقابة عليه لمحكمة النقض.

وسواء إتفق المتعاقدان علي مقدار الأجر أو تكفل القاضي بتعيين هذا المقدار، فإن للأجر توابع يجب أن تضاف إليه، ويلتزم رب العمل بدفعها كما يلتزم بدفع الأجر نفسه.

فنفقات دفع الأجر، إذا كان دفعه يقتضي نفقات خاصة تكون علي رب العمل، مثل ذلك أن يكون مشروطا أن يكون الدفع بطريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويل علي مصرف، فتكون مصروفات الحوالة أو التحويل علي رب العمل، كذلك نفقات فحص حساب المقاول وتسوية الحساب، سواء عهد رب العمل بذلك إلي مهندس معماري أو إلي أي شخص آخر تكون علي رب العمل.

أما فوائد الأجر فتسري في شأنها القواعد العامة، فلا تكون هذه الفوائد مستحقة في ذمة رب العمل إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدني)، ولا شأن لتسليم العمل في ذلك، فقد تستحق الفوائد قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقا قبل التسليم وطالب المقاول به هو وفوائده مطالبة قضائية، وقد تستحق الفوائد بعد تسليم العمل إذا لم يطالب لها المقاول مطالبة قضائية إلا بعد التسليم.

(الوسيط ١٧-١ للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ١٥٧ وما بعدها)

٢- مؤدى نص المادة ٦٥٩ مدني أنه عند الخلاف يعين القاضي

مقدار الأجر مسترشدا بعنصرين:

أولهما- قيمة العمل الذي أتمه المقاول.

ثانيهما- ما تكبده المقاول من نفقات في إنجازه.

هذا، ويسترشد القاضي بوجه خاص بالعرف الجاري في الصناعة في

تحديد قيمة العمل.

ويدخل في الحساب طبيعة العمل، فقد يكون معقدا في حاجة إلي مهارة

فنية كبيرة. وقد يتضمن تبعات جساما، ومسئوليات تبهظ كاهل المقاول.

كما يدخل في الحساب كمية العمل والوقت الذي إستغرقه إنجازه،

ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية ومركزه العلمي أو سمعته الفنية أو غير

ذلك من ظروف، وتشمل نفقات المقاول أثمان المواد التي إستخدمت في

العمل، وأجور العمال، وغير ذلك من النفقات التي تم صرفها فعلاً.

(عقد المقاولة- للأستاذ عنبر- المرجع السابق- ص ٢١٤، ٢١٥، العقود المسماة-

الدكتور كامل مرسي- المرجع السابق- ص ٥٢٥ و ٥٢٠)

• **تحديد أجر المقاولة:** رأينا أن المادة (٦٥٩) مدني قد نصت على أنه

" إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات

المقاول " فالأصل أن الطرفان يحددان الأجر في عقد المقاولة أو في اتفاق

لاحق ولكن قد يسكت المتعاقدان عن تعيين مقدار الأجر فينتكفل القانون

بتعيين هذا المقدار. ويخلص من نص المادة ٦٥٩ مدني سאלفة الذكر أن

تعيين مقدار الأجر في هذه الحالة يقوم على عنصرين: العنصر الأول:

قيمة العمل الذي أتمه المقاول وما تكبده من نفقات في انجازه وكمية العمل

والوقت الذي استغرقه انجازه ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته.

العنصر الثاني: نفقات المقاولة من أثمان المواد التي استخدمت في العمل

وأجور العمال وغير ذلك من نفقات صرفت لانجاز العمل، ويستقل قاضى الموضوع بتعيين الأجر دون رقابة عليه من محكمة النقض.

• **توابع الأجر:** متى تحدد الأجر على نحو ما سلف، تعين اضافة توابعه إليه وهى نفقات الوفاء به كما لو تم بحوالة بريدية أو تطلب تسوية للحساب للوقوف على مقداره، أما الفوائد فلا يستحق إلا من وقت المطالبة القضائية وفقا للقواعد العامة (م ٢٢٦ مدنى) فإن كان العمل مزيجاً من المقولة والبيع كأن يكون المقاول هو الذى قدم المادة وكان لها قيمة محسوسة، فإن الجزء من الأجر المقابل يعتبر ثمناً لها وتسرى على فوائده القواعد المقررة بصدد فوائد الثمن (م ١/٤٥٨ مدنى) فتستحق من وقت اذار رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ولا ضرورة للمطالبة القضائية أو من وقت تسليم المادة المصنوعة لرب العمل، ويرى البعض أن الفوائد فى هذه الحالة لا تستحق من وقت التسليم بل تسرى قواعد المقولة فتسرى من وقت المطالبة القضائية بها (أنور طلبه ص ٤٨٥).

**عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه:** إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين على تحديد الأجر عند إبرام عقد المقولة أو كان هناك اتفاق على الأسس التى تسمح بتحديدده فى المستقبل، وتحدد الأجر وفقاً لهذه الأسس فالأصل أنه لا يجوز تعديل هذا الجر بالزيادة أو بالإنقاص إلا باتفاق الطرفين. إذ تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١/١٤٧ 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 المقولة لمجرد أنه غير متناسب مع العمل الذى تم على أنه إذا وقع خطأ مady فى حساب الأجر فإنه يجب تصحيحه. وإن كان هذا هو الأصل فى عدم واز تعديل الأجر فيستثنى من ذلك الحالات المنصوص عليها فى

المواد ٦٥٧ و ٦٥٨ و ٦٦٠ مدنى، ولا يجوز تطبيق المادة ٢/٧٠٩ مدنى التى تنص على أن " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " لأن هذا الحكم خاص بأجر الوكيل، وقد جاء استثناء من القواعد العامة، فلا يجوز القياس عليه. غير أنه إذا كان العقد مزيجا من الوكالة والمقولة، فإنه يجوز للقاضى تعديل الجر فى الجزء المتعلق بالوكالة، إذا كان يمكن تعيين هذا الجزء من الأجر، فإذا لم يكن ذلك تكون العبرة بالعنصر الغالب فى العقد، فإذا كان العنصر الغالب هو الوكالة، فإنه يسرى عليها تعديل الأجر، ويلتزم بالأجر رب العمل الذى تعاقد مع المقاول حتى لو كان مالكا تحت شرط فاسخ ولكن يكون للمقاول الرجوع على من آلت إليه الملكية بالدعوى غير المباشرة باسم رب العمل المتعاقد معه، وإذا كان المهندس المعماري هو الذى أبرم المقولة مع رب العمل ثم عهد إلى مقاول لتنفيذ العمل فإن الأخير يرجع بأجره على المهندس وله الرجوع على رب العمل بالدعوى غير المباشرة باسم المهندس وله الرجوع مباشرة على رب العمل على أساس أنه مقاول من الباطن بما لا يجاوز ما يكون رب العمل مدينا به للمهندس (م ٦٦٢ مدنى) فإن كان المقاول استخدم مهندسا فيلتزم الأول بأجر الثانى مع احتفاظ الثانى بحقه فى الرجوع على رب العمل بالدعوى غير المباشرة باسم المقاول وفى الدعوى المباشرة قبل رب العمل، وإذا تعدد أرباب العمل فلا يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اتفقوا على التضامن وينقسم الأجر بينهم بنسبة حصة كل منهم فى العمل فإن لم تتعين الحصة انقسم الأجر بينهم بالتساوى، كذلك إذا تعدد المقاولون فلكل أجره حسب العمل قام به ولا يكون دائنين متضامنين ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك (أنور طلبه ص ٤٨٥).

**من أحكام القضاء:**

١- مفاد نص المادتين ٩٥، ٦٥٩ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الإتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام بينها خلاف على المسائل التي ارجىء الإتفاق عليها كان لهما أن يلجئا إلى المحكمة للفصل فيه، ومن ثم فإنه في حالة عدم تحديد مقدار الأجر مقدماً فإنه يوجب على المحكمة تعيينه مسترشدة في ذلك بالعرف الجاري في الصنعة وما يكون قد سبقه أو عاصره من إتفاقات وعلى أن تدخل في حسابها قيمة العمل وما تكبده من نفقات في سبيل إنجازهِ والوقت الذي إستغرقه والمؤهلات والكفاية الفنية والسمعة وأسعار المواد التي إستخدمت وأجور العمال وغير ذلك من النفقات وتقدير عناصر الأجر عند الإتفاق عليها أو تقدير مدى توافر الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغاً ومستمدّاً مما له أصله الثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ٢٣٦١ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ٦ / ١٩٩٤)

\* \* \*

## أجر المهندس المعماري

### النص التشريعي (مادة ٦٦٠) :

- (١) يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال.
- (٢) فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري.
- (٣) غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص فى المادة ٩٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما أستقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٨٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٨، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٦، ٤٨).

### رأى الفقه :

١- العقد مع المهندس المعماري يقع في الأصل علي أعمال مادية هي وضع التصميم والرسوم وعمل المقايسات، وإدارة الأعمال والإشراف علي التنفيذ، وقد يقوم المهندس المعماري ببعض التصرفات القانونية، كعقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المكاول وتسلم العمل منه. فإذا إقتصر العقد علي أعمال مادية بمحض مقاوله، وإذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد خليطا من مقاوله ووكالة، ومن ثم تسري أحكام المقاوله والوكالة، ولكن عنصر المقاوله هو الغالب، فإذا

تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقولة، فلا يكون أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضي كأجر الوكيل، ولا ينتهي بموت رب العمل، كما كان ينتهي لو أنه كان وكالة.

لكن - مع ذلك - فالمفروض أن المهندس يفعل بأجر، لأنه ذو مهنة حرة يتعيش منها، والمفروض في كل ذي مهنة حرة أنه يعمل بأجر، والأصل في عمل المهندس الذي يؤجر علمه هو وضع التصميم وعمل المقايسة، فإذا جمع إلي ذلك الإشراف علي التنفيذ وإدارة الأعمال، كان له أجر آخر علي هذا العمل، وقد نصت علي ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٦٦٠ مدني.

والذي يقع غالباً أن رب العمل يتفق مع المهندس علي مقدار أجره، فالإنفاق هو الذي يحدد في هذه الحالة مقدار الأجر، فإذا حدد علي هذا النحو لم يجز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه، وذلك بخلاف أجر الوكيل فإنه يجوز تخفيضه م ٧٠٩ / ٢ مدني). ولا يجوز تخفيض أجر المهندس المتفق عليه، حتى لو تضمنت الأعمال التي يقوم بها تصرفات قانونية فيكون وكيلاً عن رب العمل في هذه التصرفات.

والغالب أن الإتفاق يحدد أجراً للمهندس علي وضع التصميم والمقايسة، وأجراً آخر مستقلاً علي إدارة الأعمال والإشراف علي التنفيذ، هذا إذا كان ذلك معهوداً به إلي المهندس. أما إذا عهد إليه بعمل دون آخر، فالإتفاق يحدد بداهة أجراً واحداً علي هذا العمل. ولا يوجد ما يمنع إذا عهد إلي المهندس بالعملين معاً، أن يحدد الإتفاق أجراً واحداً للعملين دون تحديد نصيب كل من العاملين في الأجر.



وقد يحدد الإتفاق أجر المهندس بمبلغ إجمالي أو يحدده بنسبة معينة من قيمة الأعمال، وفي هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بقيمة الأعمال الفعلية لا بالقيمة المقدرة في المقايضة.

(الوسيط- ١.٧- الدكتور السنهوري- ص ١٨٦ وما بعدها)

٢- العقد مع المهندس المعماري إذا كان يقع في الأصل علي أعمال مادية هي وضع التصميم والرسوم وعمل المقايضات وإدارة الأعمال والإشراف علي التنفيذ فإنه قد يقوم ببعض التصرفات القانونية كعقد صفقات لحساب رب العمل، وإقرار حساب المقاول، وتسلم العمل منه. فإذا إقتصرت العقد مع المهندس علي الأعمال المادية وحدها، كان محض مقاول، وإذا اختلطت الأعمال المادية فيه تصرفات قانونية كان العقد خليطاً من المقاوله والوكالة، ومن ثم تسري أحكامهما. فإذا تعارضت أحكامهما وجب تطبيق أحكام المقاوله لأنها الغالبة، فلا يكون أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضي كما في الوكالة، ولا ينتهي العقد بموت رب العمل كما في الوكالة.

وسواء تمحض العقد مع عقد مقاوله أو إختلطت به وكالة، فالمفروض أنه يعمل بأجر لأنه يتعلق بمهنته التي يتعيش منها، وإذا تضمن العقد أعمال إدارة وإشراف علي التنفيذ فضلاً عن وضع التصميم كان له أجر عن كل عنصر منها، وكذلك الشأن إذا إختلطت به تصرفات قانونية. وهذا الفرض قابل لإثبات العكس، فقد يستخلص من الظروف أن عمل المهندس من قبيل التبرع أو لسبب آخر غير المقاوله، كأن يدخل بالتصميم الذي وضعه في مسابقة، أو للحصول علي عمل أو علي صفقة أو لعرضه علي رب العمل كإيجاب منه يتطلب القبول لكي يصبح عقداً بتمام التراضي.

والأغلب أن يقع الإتفاق علي أجر المهندس، فالإنفاق في هذه الحالة هو الذي يحدد أجره، ولم يجز تخفيضه ولو كان مبالغاً فيه، لأن العقد مقولة لا وكالة كما تقدم، بل ولا يجوز تخفيضه ولو اختلطت بأعمال المقولة في العقد تصرفات قانونية، لأن المقولة هي العنصر الغالب فيه. وليس هناك ما يمنع من أن يحدد في العقد أجر إجمالي عن كل الأعمال التي توكل إلي المهندس دون تحديد نصيب كل منهما، وقد يقع أن يحدد أجر لكل عمل منها علي حدة. وقد يحدد الأجر بنسبة معينة من قيمة الأعمال التي يقوم بها، وفي الحالة الأخيرة تكون العبرة بالأعمال الفعلية التي يقوم بها لا الأعمال الواردة في العقد الموكول إليه بها، إلا إذا نص في العقد علي قيمة الأعمال الواردة في العقد لا تلك التي يقوم بها، وفي هذه الحالة يمكن تقدير أجره مقدماً قبل أن يقوم بتنفيذ تلك الأعمال حسب المقايضة التي يضعها قبل البدء في العمل، ولا عبرة عندئذ بقيمة الأعمال التي يقوم بها فعلاً. علي أنه إذا ثبت بعد التنفيذ أن المهندس قد بالغ في تقدير قيمة الأعمال في المقايضة لكي يزيد بذلك من أجره أنقصت القيمة المقدرة إلي المقدار المناسب مع إلزامه بالتعويض عن أي ضرر يلحق رب العمل من جراء هذا الغش.

(عقد المقولة- للأستاذ عنبر- المرجع السابق- ص٢٤٨ وما بعدها، والعقود المسماة-

للدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص٥٢٦ وما بعدها)

• **تحديد أجر المهندس المعماري:** قد يباشر المهندس المعماري أعمالاً مادية مثل وضع التصميم وعمل الرسومات وإجراء المقاييسات 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 المداول وتسلم العمل منه. ..

إلخ، والعمال المادية التي يؤديها المهندس تسرى فى شأنها أحكام عقد المقاوله، أما الأعمال القانونية، فيسرى فى شأنها أحكام عقد الوكالة فيكون عقد المهندس خليط من عقدى المقاوله الوكالة. ولما كان عنصر المقاوله هو الغالب، فإنه عند التعارض بين أحكام الوكالة والمقاول تسرى أحكام عقد المقاوله دون أحكام عقد الوكالة، وبالتالي لا يخضع أجر المهندس لتقدير القاضى كأجر الوكيل، ولا ينتهى بموت رب العمل، كعقد الوكالة (محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٣ - السنهورى ص ٢٣٦) والأصل أن المهندس المعماري يعمل بأجر لأنه من أصحاب المهن الحرة، والأصل أن كل صاحب مهنة حرة يتقاضى أجرا عن عمله.

**كيفية تقدير أجر المهندس المعماري:** والذي يقع غالبا أن رب العمل يتفق مع المهندس على مقدار أجره، فالاتفاق هو الذى يحدد فى هذه الحالة مقدار الأجر، فإذا حدد على هذا النحو، لم يجز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه، وذلك بخلاف أجر الوكيل فإنه يجوز تخفيضه (م ٢/٧٠٩ مدنى) ولا يجوز تخفيض أجر المهندس المتفق عليه، حتى لو تضمنت الأعمال التى يقوم بها تصرفات قانونية فيكون وكيلا عن رب العمل فى هذه التصرفات، وذلك أنه إذا اختلطت الوكالة بالمقاوله فالعنصر الغالب هو عنصر المقاوله وتسرى أحكامها دون أحكام الوكالة إذا تعارضنا، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك، والغالب أن الاتفاق يحدد أجرا للمهندس على وضع التصميم والمقايسة، وأجرا آخر مستقلا على إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ، هذا إذا كان ذلك معهودا به إلى المهندس، أما إذا عهد إليه بعمل دون آخر، فالاتفاق يحدد بداهة أجراً واحداً على هذا العمل ولا يوجد ما يمنع إذا عهد إلى المهندس بالعملين معاً، أن يحدد الاتفاق أجراً واحداً للعميلين دون تحديد نصيب كل من العميلين فى الأجر، وقد يحدد الاتفاق أجر المهندس بمبلغ

إجمالي، أو يحدده بنسبة معينة من قيمة الأعمال وفى هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بقيمة الأعمال الفعلية لا بالقيمة المقدرة فى المقايضة، فلا تمكن إذن معرفة أجر المهندس بالضبط إلا بعد إنجاز الأعمال ومعرفة قيمتها الحقيقية فإذا قبل المقاول أن يخصم رب العمل جزءا من قيمة الأعمال دخل هذا الخصم فى الحساب عند تقرير أجر المهندس، إذا لمي نجز المقاول من العمال إلا بعضها فالعبرة فى حساب أجر المهندس بقيمة هذا البعض الذى أنجز لا بقيمة الأعمال كلها، ويعتد فى تقدير القيمة الفعلية للأعمال بما تم اتفاق بين رب العمل والمقاول، ما لم يثبت المهندس صورية هذا الاتفاق (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٤) ويدخل فى قيمة الأعمال، ليس فحسب قيمة أعمال البناء، بل أيضا قيمة الأعمال التابعة ولو كانت منقولة، كالكراسى والأجهزة الكهربائية فى المسرح محل التعاقد إذا كانت مهمة المهندس تتضمن المساعدة فى اختيار هذه الأشياء وتحديد أثمانها (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) وقد يتفق لا على أن يكون أجر المهندس نسبة معينة لا من قيمة الأعمال الفعلية، بل من قيمتها المقدرة للأعمال قبل البدء فيها، ولا عبرة إذن بقيمة الأعمال الفعلية سواء كانت هذه القيمة أقل و أكثر من القيمة المقدرة، على أنه إذا ثبت أن المهندس قد بالغ فى تقدير قيمة الأعمال بحسب المقايضة التى وضعها حتى يزيد بذلك من أجره من إلزامه بالتعويض عن أى ضرر يلحق رب العمل من جراء هذا الغش (السنهورى ص ١٥٤) فإن لم يوجد اتفاق على مقدار الأجر تعين الرجوع إلى عرف المهندسين المعماريين وقد جرى على أن يعطى المهندس ٢% من قيمة الأعمال لوضع التصميم وعمل المقايضة و ٣% من قيمة الأعمال للإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال، وهناك رأى بعدم وجود هذا العرف مما

يتطلب ترك الأمر لتقدير القاضى مسترشدا بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقتة هذه الأعمال، ووفقا للمادة ٣/٦٦٠ مدنى لا يكون للمهندس حق فى أجره كاملا إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه بغير خطأ منه، ويقدر أجره فى هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذى استغرقة فى وضع التصميم مع مراعاة كفايته وسمعته وبحسب طبيعة التصميم من حيث الدقة والصعوبة الفنية، ولا يستحق المهندس هذا التعويض إذا كان العمل لم يتم بموجب التصميم الذى وضعه بسبب خطأ المهندس بأن كان التصميم معيبا أو غير مطابق لتعليمات رب العمل أو تأخر المهندس فى تقديمه (أنور طلبه ص ٤٨٧) ولكن حكم الفقر الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى لا تعتبر مما يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل أن يتقاضى أجره كاملاً سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه.

### من أحكام القضاء:

١- متى قام الحكم بتحديد نطاق الالتزام فى عقد المقاوله، 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 ٦٦٣ مدنى أو شابه قصور فى التسبيب.

(الطعن رقم ٢٢٣ - لسنة ٣٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٥ / ١٩٦٧)

٢- 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 في القانون المدني القديم في باب الإيجار تحت عنوان "إيجار الأشخاص وأهل الصنائع"، وعرف المشرع المقولة في نص المادة ٦٤٦ بأنها "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسؤولية عن تهدم البناء وسلامته شاملة المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما في ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه، فإن المستفاد من ذلك وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الخصوص - أن المشرع أراد تنظيم عقد المقولة لتلائم قواعده التطور الذي وصلت إليه أعمال المقاولات في صورها المختلفة، وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايضة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في 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 المقولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقولة عليه.

(الطعن رقم ٢٢٢ - لسنة ٢٣ ق- تاريخ الجلسة ١٦ / ٥ / ١٩٦٧)

٣- ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ و ٦٥٢ من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقولة فلا يلتزم

المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. وإذا كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى - وهي صاحبة العمل - أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصر على حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية كمشورة فنية مجانية قدمها للمرحوم المهندس..... بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التي تلقاها منه وأن مهندساً آخر هو الذي قام بوضع التصميم النهائي للبناء، فإن الحكم المطعون فيه، وقد انتهى في قضائه إلى أن الطاعن مسئول عن ضمان العيوب التي ظهرت في البناء باعتباره المهندس المعماري الذي قام بوضع التصميم مع ما ذهب في 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 ليستبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقاوله، أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان عن حساب تكاليف الإنشاءات الخرسانية "للفيلا" وذلك تحقيقاً لدفاع الطاعن الجوهرى، الذي إن صح لتغيير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب.

(الطعن رقم ٢٤١ - لسنة ٤٠ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٥ / ١٩٧٥)

\* \* \*

## المقولة من الباطن

### النص التشريعي (مادة ٦٦١) :

(١) يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الإعتماد عن كفايته الشخصية.

(٢) ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٦٠ لبيي و ٦٢٧ سوري و ٨٨٢ عراقي و ٥٣٦ سوداني و ٦٣٥ لبناني و ٧٩٨ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

يجاري هذا النص المادة ٤١٣ / ٥٠٥ من التقنين الحالي مع شيء من التجديد والتفصيل. والتقنين البولوني (م ٤٨٠) يتمشى في حق المقولة من الباطن إلى أبعد من ذلك، فيقرر أن: "للمقاول الحق في أن يكلف شخصاً آخر بتنفيذ العمل، طالما أن طبيعة العقد أو الإلتزام ذاته لم تكن توجب عليه شخصياً للقيام به أو إدارته". أما المشروع فإنه يقف عند الحكم الوارد بالنص، وهو مقتبس من المادة ٣٦٤ فقرة ٢ من تقنين الإلتزامات السويسري. كما أن المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٥١٧) يأخذ ضمناً بهذا الحكم، على أنه، عند قيام الشك، يحرم المقاول من حق المقولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل بذلك.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٥٠)



## رأي الفقه:

يخلص من نص المادة ٦٦١ مدني أن المقاول أن يقول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك. والشرط إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا يستخلص من الظروف نفسها، فإذا قال شخص رساما أو طبيبا أو مهندسا، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد علي كفاية المقاول الشخصية، فلا يجوز لهذا الأخير يقول من الباطن، كأن يعهد بالعمل أو ببعضه إلي رسام آخر أو طبيب آخر أو مهندس آخر يقوم به مكانه، حتى لو لم يكن منصوصا صراحة في عقد المقاولة علي المنع من المقاولة من الباطن. وإذا قام شك في أن هناك شرطا مانعا ضمنيا، فسر الشك في معني المنع، فيحرم علي المقاول المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل في ذلك.

ولا يمنع الشرط المانع - صريحا كان أو ضمنيا - المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين - فنيين كانوا أو غير فنيين - في إنجاز العمل، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقاولة.

ويجوز لرب العمل أن يتنازل عنه رب العمل، فيتدخل منه المقاول ويكون له الحق في المقاولة من الباطن، وإذا تنازل رب العمل فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك في تنازله، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه.

وإذا وجد الشرط المانع - صريحا كان أو ضمنيا - وجب علي المقاول مراعاته وإلا كان معرضا للجزاء الذي تقضي به القواعد العامة، يطلب التنفيذ العيني، وشخصيا، كما يجوز له طلب الفسخ مع التعويض في

الحالتين، وللمقاول من الباطن الرجوع علي المقاول الأصلي بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم إلغاؤه بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن.

فإذا لم يكن هناك شرط مانع كانت المقاولة من الباطن صحيحة ونافذة في رب العمل. ويلجأ المقاول إلي المقاولة من الباطن مادة في المقاولات الكبيرة، حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيعهد المقاول الأصلي لمقاولين من الباطن، إذا كان العمل بناء مثلاً، بالأعمال الصحية وبالتجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التي تشتمل عليها المقاولة، ويقوم المقاول الأصلي بالتنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن.

**ويترتب علي المقاولة من الباطن قيام علاقات متنوعة، يمكن حصرها فيما يلي:**

(١) علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن: تكون العلاقة بينهما علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة من الباطن، ومن ثم يكون هناك عقداً مقاولة، عقد المقاولة الأصلي يحكم العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي، وعقد المقاولة يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. وليس من الضروري أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة كمقدار الأجرة وشروط العقد، فقد تكون الأجرة في المقاولة من الباطن أقل أو أعلى من الأجرة في المقاولة الأصلية، وقد يوجد الشرط المانع في المقاولة الأصلية ولا يوجد في المقاولة من الباطن، وقد يوضع في المقاولة من الباطن شرط جزائي، ولا يوضع هذا الشرط في المقاولة الأصلية.

(٢) علاقة المقاول الأصلي برب العمل ينظم هذه العلاقة عقد المقاولة الأصلي، ولا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن، فهذا العقد لا يكسبه

حقاً ولا يرتب في ذمته إلزاماً، لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير، فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول علي رب العمل بالأجرة في حدود معينة ستأتي بحثها.

ومسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة، فإن المقاول من الباطن يعمل بعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعا له، وإنما هي مسئولية عقدية تنشأ من العقد الأصلي، وتقوم علي افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلي رب العمل أعمالاً وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي، فيكون هذا مسئولاً عنها قبله.

(٣) علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن: الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلي ويربط المقاول من الباطن وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المقاول الأصلي، فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته، بل الذي يطالب بهذه الإلتزامات المقاول الأصلي.

(الوسيط-١-٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٠٨ وما بعدها)

٢- عقد المقاول من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ عمل، مع مقاول آخر، من أجل تنفيذ هذا العمل كله أو جزء منه، فالمقاول لا تكون له صفة المقاول إلا مع رب العمل، إما بالنسبة إلي من تعامل معه (أي المقاول الثاني) فتكون له صفة رب العمل. ويلجأ إلي المقاول من الباطن - عادة - في العمليات الجسيمة التي تتناول أعمالاً

مختلفة، فالمقاول الذي يقبل المقابلة يتفق مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الأجزاء المتعددة المتعلقة بحرف مختلفة، ويحتفظ بالإشراف وتنسيق الأعمال.

#### (العقود المسماة ٤. الدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٢٩)

٣- يجاري المشرع في نص المادة ٦٦١ مدني النص القديم، فلا يحرم المقاول من حق المقابلة من الباطن إلا إذا منع من ذلك بشرط في العقد أو تبين من طبيعة العمل أن كفايته الشخصية لم تكن محل إعتبار. وعند قيام الشك يحرم المقاول من هذا الحق، إلا إذا أذن له رب العمل في ذلك. ويبقى المقاول الأصلي مسئولاً دائماً عما يرتكبه المقاول من الباطن من أخطاء تلحق ضرراً برب العمل.

#### (التقنين المدني الجديد- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٤٧١ و ٤٧٢)

٤- المقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي، ويختلف أيضاً عن العامل الذي يعمل بتوجيه المقاول الأصلي وتحت إشرافه لانتقاء عنصر التبعية.

وللمقاول - بصريح نص المادة ٦٦ مدني - أن يقول من الباطن في كل العمل أو جزء منه، ما لم يمنعه من ذلك مانع.

#### والشرط المانع نوعان:

(١) شرط صريح أو ضمني في العقد.

(٢) إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد علي كفاية أو شخصية المقاول بصريح النص، كما لو كان المقاول طبيباً أو محامياً أو رساماً أو مهندساً الخ، وهذا النوع لا يستلزم وجود نص صريح أو ضمني بشأنه. وبصريح النص يكفي أي الشرطين ليتوفر المانع لإستعمال كلمة (أو) لا (و) العطف.

وإذا قام شك حول وجود الشرط المانع فسر الشك في جانب المنع، لأنه الأغلب الأعم.

والشرط المانع - الصريح أو الضمني - لا يحول بين المقاول وبين أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو عمالا في إنجاز العمل مادام هؤلاء ليسوا مقاولين من الباطن، أي تابعون للمقاول، ومرتبطون معه بعقد عمل لا بعقد مقولة.

وإذا وجد في العقد الشرط المانع، الصريح أو الضمني، يجوز لرب العمل في أي وقت أن يتنازل عنه، فيكون للمقاول الحق في المقولة من الباطن.

وإذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع لم يجز له الرجوع بعد ذلك من تنازله سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط أو بعدها.

وإذا وجد الشرط المانع - الصريح أو الضمني - وخالفه المقاول، جاز لرب العمل أن يطلب من المقاول الأصلي تنفيذ التزامه عينا بأن يجبره علي أن يقوم هو بالعمل دون المقاول من الباطن.

كما يجوز لرب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاول الأصلي تأسيسا علي عدم قيامه بالتزاماته، ولكن المحكمة ليست ملزمة حتما بإجابته إلي طلبه، بل لها أن تكتفي بإلزام المقاول الأصلي بالتنفيذ.

ولرب العمل - سواء طلب التنفيذ أو الفسخ - أن يطلب تعويضا إذا كان قد أصابه ضرر، والمسئول عن التعويض في الحالتين هو المقاول الأصلي وحده دون المقاول من الباطن، ولهذا الأخير أيضا أن يطلب لنفسه تعويضا من المقاول الأصلي عن عدم تنفيذ عقد المقولة من الباطن إذا كان قد أصابه ضرر من ذلك.

(عقد المقولة - للأستاذ عنبر - المرجع السابق - ص ٢٤٧ وما بعدها)

• **المقابلة من الباطن:** لقد أجاز القانون للمقاول أن يعهد بالعمل لمقاول من الباطن وذلك ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمناً فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة في عقد المقابلة، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها، فإذا كانت طبيعة العمل تقتضي الاعتماد على كفاية المقابلة الشخصية كما يقول النص، كأن كان العمل محل المقابلة عملاً فنياً لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفايته من الباطن، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً، فإذا قال شخص رسماً أو طبيباً أو مهندساً، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية فلا يجوز لهذا الأخير أن يقول من الباطن كأن يعهد بالعمل أو ببعضه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أو مهندس آخر يقوم به مكانه، حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة في عقد المقابلة على منع المقابلة من الباطن. أما فيما يتعلق بالمحامي فقد نصت المادة ٧٨ مرافعات على أنه "يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة في التوكيل"، وإذا قام شك في أن هناك شرطاً مانعاً ضمناً، فسر الشك في معنى فيحرم على المقاول من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل في ذلك.

**وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على أنه:** "عند قيام الشك يحرم المقاول من حق المقابلة من الباطن، إلا إذا أذن له رب العمل بذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠) والشرط المانع سواء كان صريحاً أو ضمناً لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقابلة (محمد لبيب شنب ٨٨) ويجوز لرب العمل أن يتنازل عن شرط المنع أو ضمناً

كان يتعامل مع المقاول من الباطن ويعطيه الأجر، ومتى تنازل رب العمل عن الشرط فليس له الرجوع بعد ذلك فى تنازله، وإذا وجد الشرط المانع وخالفه المقاول تعرض للمسئولية وفقا للقواعد العامة فلرب العمل أن يطلب أن يتم التنفيذ بمعرفة المقاول شخصيا وله أن يطلب فسخ المقاوله ولكن ليست المحكمة ملزمة بإجابته لهذا الطلب الأخير إذ لها أن تكتفى بالتنفيذ العينى، وفى الحالتين لرب العمل المطالبة بتعويض أن كان قد أصابه ضرر ويطلب التعويض من المقاول الأصيل وحده دون المقاول من الباطن وللأخير أن يطالب المقاول الأصيل بتعويض عن الأضرار التى أصابته بسبب عدم تنفيذه للمقاوله من الباطن (أنور طلبه ص ٤٨٩).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد انفتقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاوله مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون 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 فى جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ ولعدم قيام المقاول الأصيل بتنفيذ العملية فى الميعاد المتفق عليه فى العقد فقد سحبت الطاعنة العملية منه بعدما أذنته رسميا بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكة له ضمناً لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاوله من الباطن والذى لم تكن الطاعنة طرفاً فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكاً للمطعون عليه الأول - المقاول من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلاً عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب مما جره إلى

الخطأ في تطبيق القانون (نقض ١٩٩٩/١/٢٧ طعن ٥٥٩١، ٥٦٠١ س ٦٦ ق).

• **الآثار المترتبة على المقاولة من الباطن:** فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أو ضمني، أو كان هناك شرط مانع وتنازل عنه رب العمل، وعقد المقاول مقاولة من الباطن في كل العمل أو في جزء منه، فإن المقاولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى في حق رب العمل ويلجأ المقاول إلى المقاولة من الباطن عادة في المقاولات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب فيعهد المقاول الأصلي لمقاولين من الباطن، إذا كان العمل بناء مثلاً، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التي تشتمل عليها المقاولة، ويقوم المقاول الأصلي بالتنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن، ويترتب على المقاولة من الباطن قيام علاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلي: ١- علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن ٢- علاقة المقاول الأصلي برب العمل ٣- علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن ونستعرض عن هذه العلاقات الثلاث:

#### **أولاً: بالنسبة لعلاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن:** فتكون العلاقة

فيما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة رب العمل عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة من الباطن، فيلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل بأن يقدم له احتياجات العمل من مهمات وأدوات متى كان قد التزم بذلك وأن يقدم له المواصفات والرسوم إذ كان العمل يتطلبها، فإن أخل بهذا الإلتزام كان للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العيني ولو عن طريق التهديد المالي وله كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، ويلزم المقاول الأصلي كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه فإذا امتنع بعد إعداره اعتبر



أنه تسلمه ما لم يكن المقاول من الباطن خالف المواصفات الواردة في عقد المقولة من الباطن أو الأصول الفنية ويلتزم المقاول الأصلي أخيراً بدفع الأجر للمقاول من الباطن، فإن لم يحدد الأجر اتفاقاً تعين الرجوع لقيمة العمل (م ٦٥٩) وإذا اتفق على أجر وفقاً لمقايضة على أساس الوحدة وتبين أن هناك مجاوزة محسوسة عند التنفيذ وجب على المقاول من الباطن إخطار المقاول الأصلي بذلك في الحال وإلا سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة (م ٦٥٧) أما إذا اتفق على أجر إجمالي جزافي وفقاً لتصميم معين، فليس للمقاول من الباطن المطالبة بأية زيادة في الأجر ولو ارتفعت أجور العمالة أو النقل أو الضرائب على المهمات المستوردة إلا إذا توفر انهيار التوازن بين التزاماته والتزامات المقاول الأصلي لحوادث استثنائية فيحق للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد (م ٣/٦٥٨ و ٤) ويتم دفع الأجر في المكان المتفق عليه أو الذي يقضى به العرف وإلا ففي موطن المقاول الأصلي أو بمركز أعماله، وإذا أخل المقاول الأصلي بهذا الإلتزام فللمقاول من الباطن طلب التنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض في الحالتين وله حبس العمل، وكما أن له حقوق امتياز في المواضع التي نص القانون على أن يكون فيها للمقاول حق امتياز، وقد بينا كل ذلك تفصيلاً عند الكلام في التزام رب العمل بدفع الأجر للمقاول، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك. أما التزامات المقاول من الباطن فنتحصر في إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها وبالشروط الواردة بعقد المقولة من الباطن فنحلي العقد من هذه الشروط وجب الرجوع إلى العرف الخاص بأصول الصناعة تبعاً للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن، وغذا احتاج المقاول من الباطن في إنجاز العمل إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلي بتقديمها له، فعليه هو أن يأتي بها على نفقته سواء كان للعمل مادة تستخدم

فيه أو لم يكن، وسواء كان من ورود المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي أو رب العمل وقد يحتاج المقاول من الباطن إلى أيد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل ففي هذه الحالة تكون أجزر العمال والمعاونين على المقاول من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك، وإذا كان المقاول من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المادة التى يستخدمها، كالأخشاب للأبواب والشبابيك وكالأدوات الصحية، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلي وفى اختيار المادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب عليه أن يتوخى فى الاختيار أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود مستقاداً مما هو مبين فى عقد المقاول من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى اعد له، وإذا لم يتفق مع المقاول الأصلي على درجة المادة من حيث جودتها، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط، وهو ضامن للعيوب الخفية التى توجد فى المادة التى يقدمها، ويضمن هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها، ولكم لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه، وإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هو الذى قدم المادة فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها، وأن يؤدى حساباً عما استعملها فيه ويرد ما بقى منه، فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، إلّٰتزم برد قيمة هذا الشئ، ويلتزم كذلك بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزها فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازها نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعا لعرف الحرفة، وإذا أخل المقاول

من الباطن من إنجاز العمل على الوجه المتقدم، جاز للمقاول الأصلي أن يطلب التنفيذ العيني، كما يستطيع طلب فسخ المقولة من الباطن، وله أن يطلب التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض، وإذا ثبت في أثناء سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز للمقاول الأصلي أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ في خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة جاز للمقاول الأصلي أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن، على أنه يجوز طلب فسخ عقد المقولة من الباطن في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيل (م ٦٥٠ مدني) وإذا تأخر المقاول من الباطن في أن يبدأ العمل أو في أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز للمقاول الأصلي طلب فسخ عقد المقولة من الباطن دون إنتظار لحلول أجل التسليم، وقد بسطنا كل ذلك تفصيلاً عند الكلام في التزام المقاول بإنجاز العمل، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (السنهوري ص ١٧٥ وما بعدها) كما يلزم المقاول من الباطن بتسليم العمل بعد انجازه وفي الميعاد المتفق عليه وإلا جاز للمقاول الأصلي طلب التنفيذ العيني أن كان ممكناً أو الفسخ مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتض، وإذا هلك الشيء في يد المقاول من الباطن قبل تسلمه بسبب حادث مفاجئ تحمل المقاول من الباطن تبعه الهلاك فليس له أن يطالب بالأجر ولا برد النفقات ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها إلا إذا كان المقاول من الباطن أنذر المقاول الأصلي بتسلم الشيء فهنا يكون التسليم قد تم حكماً فتنتقل تبعه الهلاك إلى المقاول الأصلي ومن ثم يستحق المقاول من الباطن الأجر

والنفقات وقيمة المادة أن كان هو الذى قدمها (راجع م٦٦٥) وأخيراً يلتزم المقاول من الباطن بضمان العمل فيكون ضامناً لأى عيب فى الصنعة وينقضى ذا الضمان بمجرد تسلم المقاول الأصلى العمل وتقبله له بدون تحفظ، وبالنسبة لضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء، فينتهى التزامه بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى البناء مع تمكنه من فحص وكشف ما به من عيوب، فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وللمدة التى يقضى بها عرف الحرفة وليس لمدة عشر سنوات كما هى الحال فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى، ويبقى المقاول الأصلى مسئولاً نحو رب العمل عن ضمان ما يظهر فى صنعة المقاول من الباطن من عيوب خفية لمدة عشر سنوات، وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى خلال العشر سنوات فليس للأخير الرجوع على المقاول من الباطن أو إدخاله فى دعوى الضمان إذا انقضت المدة القصيرة التى يقضى بها العرف فتنتهى بانقضائها مسئولية المقاول من الباطن عن الضمان، ويراعى أن ذلك قاصر على الإلتزام بضمان عيوب البناء ومن ثم فلا يسرى بالنسبة للإلتزامات الأخرى كالإلتزام بالتسليم ويكون للمقاول الأصلى أن يرجع على المقاول من الباطن أو يدخله فى دعوى المسئولية التى يقيمها عليه رب العمل (أنور طلبه ص ٤٩٠).

### ثانياً: بالنسبة لعلاقة المقاول الأصلى برب العمل: والعلاقة بين المقاول

الأصلى ورب العمل يحكمها عقد المفاوضة الأصلى، ولا شأن لرب العمل بعقد المفاوضة من الباطن فهذا العقد لا يكسبه حقاً ولا يرتب ذمته إلتزاماً لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغيب، وذلك فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود معينة فعقد

المقولة الأصلية إذن، دون عقد المقولة من الباطن، هو الذي يحدد التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي، ويحدد التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل ملتزماً نحو المقاول الأصلي، دون المقاول من الباطن، والتزاماته تنشأ من عقد المقولة الأصلي فيلتزم رب العمل نحو المقاول الأصلي بتمكينه من إنجاز العمل على نحو ما أسلفناه كما يلتزم بتسليم العمل وتقبله من المقاول الأصلي لا من المقاول من الباطن وبدفع الأجر للمقاول الأصلي فيما عدا الحالة الواردة بالمادة ١/٦٦٢ فيدفع فيها الجر للمقاول من الباطن، ويظل المقاول الأصلي ملتزماً نحو رب العمل بانجاز العمل وتسلمه ويدخل في ذلك العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن، فإن هذا العمل يتسلمه المقاول الأصلي من المقاول من الباطن ثم يسلمه رب العمل، بل أيضاً يضمن التهدم والعيوب في المبنى والمنشآت الثابتة الأخرى عشر سنوات على التفصيل الذي قدمناه، وقد رأينا أن المقاول من الباطن لا يضمن التهدم والعيوب في المباني والمنشآت السابقة الأخرى إلا في حدود القواعد العامة ويترتب على ذلك أنه إذا تسلم المقاول الأصلي من المقاول من الباطن مبنى أقامة، وسلمه لرب العمل فإن ضمان المقاول من الباطن ليعبوا هذا المبنى نحو المقاول الأصلي لا يكون إلا مدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلي للمبنى، أما ضمان المقاول الأصلي لهذه العيوب نحو رب العمل فيبقى قائماً خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى.

### **وقد قضت محكمة النقض بأن:** "يدل النص في المادة ٦٦١ من القانون

المدني على أن المقاول الأصلي يبق ملتزماً نحو صاحب العمل، والتاماته تنشأ عن عقد المقولة الأصلي لا من عقد المقولة من الباطن، فيلتزم نحو صاحب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقولة الأصلي، ويدخل في ذلك

العمل الذى أنجزه العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة، كان المقاول الأصلي مسئولاً عن ذلك نحو صاحب العمل، ومسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن مسئولية عقدية تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى صاحب العمل أعمالاً وأخطاءً صدرت من المقاول الأصلي، فيكون هذا مسئولاً عنها قبله " (نقض ١٩٩٩/١/١١ طعن ٤٨٤٣ س ٦٧ق).

وبناء على ما تقدم لا يكون المقاول من الباطن مسئولاً مباشرة نحو رب العمل، بل يبقى مسئولاً نحو المقاول الأصلي، ثم يكون المقاول الأصلي هو المسئول نحو رب العمل فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة، كان المقاول الأصلي مسئولاً عن ذلك نحو رب العمل فيرجع رب العمل على المقاول الأصلي، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن، وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزاماته من تسليم العمل بعد إنجازهِ كان المسئول عن ذلك نحو رب العمل هو المقاول الأصلي لا المقاول من الباطن، فيرجع رب العمل على المقاول الأصلي، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن، وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه بضمان عيوب الصناعة وظهر فى عمله عيب، كان مسئولاً عن هذا العيب نحو المقاول الأصلي، وكان المقاول الأصلي مسئولاً عن نفس العيب نحو رب العمل، فيرجع هذا الأخير على المقاول الأصلي، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن، فإذا كان العيب فى المبنى والمنشآت الثابتة الأخرى، كان المقاول الأصلي دون المقاول من الباطن ضامناً لهذا العيب

خلال عشر سنوات أما المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان في مدة قصيرة كما سبق القول.

### وقد قضت محكمة النقض بأن: " المادة ٤١٣ من القانون المدني (القديم)

ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاول لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك، إلا أنها تعده مسؤولاً عن عمل هذا الآخر وبناءً على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذي تعاقد عليه المقاول الذي اتفقت معه لا يقطع مسؤولية هذا المقاول خصوصاً إذا كان في شروط التعاقد ما يحمله مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقولة (نقض مدني ١٧ أبريل ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) - وانظر أيضاً إستئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧).

ومسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية المتبوع عن تابعه، فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعا له. وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن عقد الإيجار الأصلي وتقوم على إفتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطأ صدرت من المقاول الأصلي فيكون هذا مسؤولاً عنها قبله (السنهوري ص ١٧٩) ولما كانت مسؤولية عقدية فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقول من الباطن وألا يكون مسؤولاً عن المقاول من الباطن كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلي مقولة من الباطن أن تقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقولة من الباطن إلى تنازل عن المقولة كذلك يجوز أن يتعهد المقاول الأصلي لمصلحة رب العمل، ويستطيع

رب العمل فى هذه الحالة أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقا للقواعد الإشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلى (بموجب عقد المقاولة (انظر بلانيول وببير وراست ١١ فقرة ٩٢٩).

### ثالثاً: بالنسبة لعلاقة رب العمل بالمقاول من الباطن: أما بالنسبة لعلاقة

رب العمل بالمقاول من الباطن، فالأصل عدم وجود علاقة مباشرة بينهما لانتفاء التعاقد، وإنما تنشأ علاقة غير مباشرة بينهما أساسها علاقة كل منهما بالمقاول الأصلى، فيلجأ كل منهما إلى الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم مدينة المقاول الأصلى للمطالبة بالحقوق التى لهذا المقاول لدى الآخر، وعن طريقها يطالب رب العمل من المقاول من الباطن بإنجاز العمل وتسليمه أياه وبالضمان، وأيضاً فللمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بتمكينه من العمل وتسلمه وتقبله مستعملاً حق مدينة المقاول الأصلى (أنور طلبه ص ٦٤٥)

### • التنازل عن المقاولة: لم ينظم القانون التنازل عن المقاولة ومن ثم

تسرى القواعد العامة، فقد يتنازل المقاول عن جميع عقد المقاولة للغير ويجب فى هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلى وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزامه، فيتم التنازل عن المقاولة باتفاق بين المقاول المتنازل المقاول والمتنازل له ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً فى حقه إذ أن اعلانه لا يكفى إلا فى نقل حقوق المقاول قبله، وقد يتحقق التنازل عن المقاولة فى صورة أخرى بأن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق وغالباً ما يكون ذلك على سبيل الرهن ليحصل المقاول على الأموال



اللازمة، وتجرى هنا أحكام حوالة الحق فتقع باتفاق بين المقاول وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال له ويكفى لسريانها فى حق رب العمل إعلانه بها (م ٣٠٥ مدنى) ولرب العمل أن يتمسك قبل المحال له بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول (م ٣١٢) ومتى تم التنازل يصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل ويختفى المقاول المتنازل ولا يكون مسئولاً عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له.

**الفرق بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة:** تختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة، إذ فى الحالة الأخيرة ينتقل عقد المقاولة 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 المقاولة الأصلية أمام هذا الأخير لا يكون المقاول الأول مسئولاً عنه أو ضامناً له لدى رب العمل، على عكس الحال فى المقاولة من الباطن، حيث يظل المقاول الأصلية مسئولاً عن أخطاء المقاول من الباطن، وضامناً له قبل رب العمل. ولذا فإن التنازل عن عقد المقاولة لا يثير أية مشكلة بالنسبة لخضوع المقاول الثانى (المتنازل له) للمسئولية الخاصة بالمعماريين، وذلك على عكس الحال بالنسبة للمقاولة من الباطن على الوجه الذى سوف نراه (عبد الرازق حسين يس ص ٤٣٢) ورغم أن الشارع المصرى نظم عقد المقاولة من الباطن، إلا أنه لم يعرض للتنازل عن المقاولة، وتركها للقواعد العامة، ويبرر مسلك الشارع فى هذا أن التنازل عن المقاولة أقل وقوعاً فى العمل من المقاولة من الباطن.

### من أحكام القضاء:

١- إن المقاول من الباطن يعتبر في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل من أصحاب العمل. وإذن فعلاقة المقاول من الباطن بالعامل المصاب إذا كان من أعضاء أسرته الذين قد يلزم بأن يعولهم لا تخضع لأحكام هذا القانون بمقتضى المادة الثانية منه، وبالتالي لا تخضع لهذه الأحكام علاقة المقاول الأصلي بذلك العامل. إذ القانون في هذه الحالة لا يجعل المقاول الأصلي مسؤولاً إلا على اعتباره مجرد ضامن للمقاول من الباطن. وبناء على ذلك فإنه كلما كانت المسؤولية عن المقاول من الباطن منفية للقرابة فإن مسؤولية المقاول الأصلي تكون لا محل لها. (الطعن رقم ١٨ - لسنة ١٠ ق - تاريخ الجلسة ١٣/٦/١٩٤٠)

٢- ومن حيث أن السبب الأول للطعن مردود بأن المادة ١٩ من عقد المقولة المبرم بين الجمعية الطاعنة وهيئة..... تنص على أنه لا يجوز للمقاول أن يتنازل أو يقاول من الباطن كلاً أو جزءاً من العقد بدون الحصول على قبول كتابي من الهيئة مقدماً ويجب أن يكون مصدقاً على التوقيعات الواردة في التنازل من مكتب التوثيق المختص، وطبقاً لهذا النص تكون إلتزامات الجمعية مع الهيئة إلتزامات شخصية لا يجوز للجمعية أن تحل غيرها فيها أو أن تتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الهيئة، فإذا حدث التنازل عن العقد دون موافقة الهيئة فلا يحتج به على الهيئة، ولا تنشأ بينها وبين المتعاقد أية علاقة عقدية وإنما تبقى الجمعية مسئولة وحدها في مواجهة الهيئة. ولا يغير من ذلك إخطار الجمعية للهيئة في ١٩٧٥/٦/٢١ بأنها فوضت المطعون ضده الأول في القيام بتنفيذ العملية وأن له حق التعامل مع الهيئة في كل ما يتعلق بها نيابة

عن الجمعية لأن هذا التفويض يعتبر توكيلاً للمطعون ضده الأول في تنفيذ العقد نيابة عن الجمعية أي باسم الجمعية ولحسابها ولا يخول للمطعون ضده الأول المطالبة بحقوق شخصية له من العقد وهذا ما أكدته الهيئة في ردها على الجمعية بتاريخ ١٩٧٥/٦/٣٠ بقولها أن الجمعية هي جهة التعامل مع الهيئة في كل ما يتعلق بهذه العملية كما لا يغير مما تقدم ما نصت عليه المادة ٦ من القانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجمعيات التعاونية الإنتاجية من أن تتولى الجمعية مباشرة كل ما يحقق خدمة المصالح المشتركة لأعضائها وعلى الأخص تهيئة فرص العمل لأعضائها لأن المستفاد من هذا النص هو أن تقوم الجمعية بتنفيذ ما يعهد إليها به من عمليات بنفسها أي عن طريق أعضائها المقاولين وفي هذه الحالة يقوم الأعضاء بالعمل باسم الجمعية ولحسابها ولا تكون لهم علاقة تعاقدية مباشرة مع الهيئة، أو أن تعهد الجمعية ببعض أعمالها إلي أعضائها بطريق التنازل وفي هذه الحالة يتعين الحصول مقدماً على موافقة كتابية من الهيئة حتى يحق لهم مطالبة الإدارة مباشرة أي بإسمهم ولحسابهم بأداء قيمة ما ينفذونه من أعمال.

(الطعن رقم ١٠٩٤ - لسنة ٢٩ ق- تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٦ / ١٩٨٥)

٣- يدل النص في المادة ٦٦١ من القانون المدني على أن المقاول الأصلي يبقى ملتزماً نحو صاحب العمل، والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن، فيلتزم نحو صاحب العمل بإنجاز العمل محل المقاولة الأصلي، ويدخل في ذلك العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن، فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة، كان المقاول الأصلي

مسئولاً عن ذلك نحو صاحب العمل، ومسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى صاحب العمل أعمالاً وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي، فيكون هذا مسئولاً عنها قبله.

(الطعن رقم ٤٨٤٣ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١ / ١٩٩٩)

٤- لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاوله مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبنية بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاماً 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 أذرتة رسمياً بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكة 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 الطاعنة طرفاً فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكاً للمطعون عليه الأول - المقاول من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلاً عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٥٦٠١ - لسنة ٦٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١ / ١٩٩٩)

٥- لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاوله مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته منها

أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبيّنة بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاماً 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 رسمياً بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكة له ضماناً لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاول من الباطن والذي لم تكن الطاعنة طرفاً فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكاً للمطعون عليه الأول - المقاول من الباطن - وقضى له بتسليمها فضلاً عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٥٥٩١ - لسنة ٦٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١ / ١٩٩٩)

\* \* \*

## رجوع العمال والمقاول من الباطن مباشرة على رب العمل

### النص التشريعي (مادة ٦٦٢) :

(١) يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

(٢) ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الإمتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

(٣) وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة علي حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٦١ لبيي و ٦٢٨ سوري و ٨٨٣ عراقي و ٥٣٧ سوداني و ٦٧٨

لبناني ٧٩٩ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

يطابق هذا النص المادتين ٤١٤، ٤١٥ / ٥٠٦، ٥٠٧ من التقنين الحالي مع تعديل يسير قضي به المشروع علي النزاع الذي أثاره وجود كلمة الحجز في النص الحالي، والمشروع يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٥٣) حيث لم تقصر تطبيق المادة علي حالة حجز ما للمدين لدي الغير، بل طبقتها في حالة الدعوى المباشرة التي يرفعها المقاول من الباطن علي رب العمل.

والفقرة الثالثة تقر ما جري عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة  
(٢٧ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢١٦، ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧  
ص ٣٣٥).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٥٣)

### رأي الفقه :

١- يقرر نص المادة ٦٦٢ مدني أن الدائنين في المطالبة هم  
المقاولون، وعمال المقاولون، وعمال المقاول من الباطن.  
فالمقاول من الباطن يكون طرفا في المقولة، وهو دائن يطالب في  
حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من  
نفقات وثمان مهمات وأدوات وفوائد، والطرف الآخر في هذه المطالبة (أي  
الطرف المدين) هو رب العمل، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر  
الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي بموجب عقد المقولة  
الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن. فإذا  
فرضنا أن المقاول من الباطن دائن للمقاول الأصلي بأربعمائة جنيه، وأن  
المقاول الأصلي دائن لرب العمل بخمسمائة جنيه، فإن المقاول من الباطن  
يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة. أما إذا كان المقاول  
الأصلي دائنا لرب العمل بثلاثمائة، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب  
العمل إلا بثلاثمائة.

والعامل الذي يعمل عند المقاول مرتبطا بعقد عمل يكون طرفا في  
المطالبة، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أو قاول علي بعضه من  
الباطن، ففي جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع في حدود  
الأجر المستحق له وكل حق آخر له في ذمة المقاول بموجب عقد العمل،

علي رب العمل بما هو مستحق في ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاوله وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل علي رب العمل. والعامل الذي يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطا بعقد عمل يكون طرفا في المطالبة؛ ويرجع في حدود ما هو مستحق في ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل: (١) علي المقاول الأصلي بإعتباره رب عمل بالنسبة إلي المقاول من الباطن، فهو مدين مدينه. ويرجع بما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي للمقاول من الباطن بموجب عقد المقاوله من الباطن وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل علي المقاول الأصلي (٢) علي رب العمل بإعتباره رب العمل للمقاول الأصلي، فهو مدين مدينه، ويرجع بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاوله الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل علي رب العمل، وهذا ما نصت عليه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدني، إذ تقول: "ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل".

أما إذا كان المقاول من الباطن قاول هو أيضا بدوره من الباطن، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة علي المقاول الأصلي بإعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة علي رب العمل، إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدني سالفه الذكر لا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا علي رب العمل الذي قاول مقاوله وهو هنا المقاول الأصلي، وعمال المقاول من الباطن الثاني يرجعون بالدعوى المباشرة علي المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم وعلي المقاول الأصلي وهو مدين مدين مدينهم دون رب العمل فهو



ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم، ونصوص المادة ٦٦٢ مدني تقصر علي ذلك بالنسبة إلي العمال.

وإذا رجع المقاول من الباطن أو أحد العمال بالدعوى المباشرة علي رب العمل، فإن رجوع أي منهما يكون بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة.

فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء، يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات، ويكون هذا التصرف سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل، يستطيع المقاول الأصلي أن يستوفي هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه، ويكون هذا الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل، ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٣٩٥ / ٢ مدني. وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وما عليه له إذا كان ذلك سابقاً علي تاريخ الإنذار بالوفاء، ويستطيع المقاول الأصلي كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل مادام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء.

إن المقاول من الباطن أو العامل متي رفع الدعوى المباشرة علي رب العمل أمكنه أن يحصل من طريق هذه الدعوى علي جميع ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء، وذلك في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي، فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائني المقاول الأصلي، وهذه هي المزية الكبرى للدعوى المباشرة.

ويستطيع أيضاً أن يحصل علي هذه المزية فيتجنب مزاحمة دائني المقاول الأصلي لو أنه - بدلاً من رفع الدعوى غير المباشرة - أوقع حجزاً

تحت يد رب العمل علي ما في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي، فإنه في هذه الحالة يكون له حق إمتياز يتقدم به علي سائر دائني المقاول الأصلي، ومحل هذا الإمتياز هو المبلغ الذي يكون في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز، والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل في ذمة المقاول الأصلي، فيتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز متقدماً علي سائر دائني المقاول الأصلي فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدني. فقبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل، يستطيع رب العمل أن يوفي المقاول الأصلي ما لهذا في ذمته ولكن من وقت توقيع الحجز تحت يده، يجب أن يوفي أولاً حقوق المقاولين من الباطن والعمال، مقدماً إياهم علي سائر دائني المقاول الأصلي، حتى لو حجز هؤلاء تحت يده. فإذا لم يف ما في ذمته للمقاول الأصلي بحقوق المقاولين من الباطن والعمال، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء كل بنسبة حقه، ولم يأخذ سائر دائني المقاول الأصلي شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل، ويجوز لرب العمل دون انتظار لاستصدار أمر من القاضي أن يؤدي هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال.

وإذا تنازل المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق، وكانت القواعد العامة تقضي بأن هذه الحوالة تسري في حق المقاول من الباطن أو العامل إذا صارت نافذة في حق الغير (بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة إستعمال الدعوى المباشرة، وقبل توقيع الحجز في حالة إستعمال حق الإمتياز.

ولكن يؤخذ من نص الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدني أن الحوالة لا تسري في حق المقاول من الباطن أو العامل، ولو كان نفاذها سابقا علي الإنذار بالوفاء أو علي توقيع الحجز، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل علي حق المحال له. ويقطع في صحة هذا التفسير ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة - في ظل التقنين المدني القديم - من تقديم المقاول من الباطن علي المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة علي الحجز.

(الوسيط ١٠٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٢٥ وما بعدها)

٢- نص المادة ٦٦٢ مدني مخالف للمبادئ العامة، لأن العمال ليسوا دائنين لرب العمل الذي لم يتعاملوا معه، والغرض من النص هو أنه عندما يفكر العمال الذين استخدمهم المقاول في الرجوع علي رب العمل يكون المقاول فغي غالب الأحوال مفلسا أو معسرا، فإذا إقتصر حق العمال علي رفع الدعوى غير المباشرة، فإن ما يقتضي به في هذه الدعوى يشاركهم فيه سائر دائني المقاول الذين رفعوا الدعوى باسمه، وبما أن ذلك لا يكون عدلا، لأن دين المقاول قبل رب العمل هو مقابل عمل للعمال، لذلك خولهم القانون حق رفع الدعوى المباشرة.

وهذا النص يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة، حيث لم تقصر تطبيق المادة علي حالة حجز ما للمدين لدي الغير، بل طبقتها في حالة الدعوى المباشرة التي رفعها المقاول من الباطن علي رب العمل. والفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ مدني تقر ما جري عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة.

والذين لهم حق رفع الدعوى المباشرة هم بناء علي نص المادة ٦٦٢ مدني المقاولون من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، فلا يجوز لمن يوردون الأدوات حق رفعها، إلا إذا كان المورد في نفس الوقت يشتغل كعامل لحساب المقاول في تنفيذ العمل، وبشرط أن يكون التوريد تابعاً، فعندئذ يعتبر العمال وحدة تنجز، وللعامل الذي ينقل الأدوات حق رفع الدعوى المباشرة.

ولعمال المقاولين من الباطن حق رفع الدعوى المباشرة علي كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

(العقود المسماة ١-٧. للدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٣١ وما بعدها)

٣- أدخل المشرع بنص المادة ٦١٢ من التقنين المدني تعديلاً علي الأحكام الواردة بالمادتين (٤١٤ / ٥٠٦ و ٤١٥ / ٥٠٧) المقابلتين في التقنين المدني القديم، فقضى بأن حقوق المقاولين من الباطن ومن في حكمهم قبل رب العمل تتحدد بوقت رفع الدعوى لا بوقت الحجز كما ورد في النص القديم (م ٤١٤ / ٥٠٦). وبذلك قضى المشرع علي النزاع الذي أثاره وجود كلمة (الحجز) في النص القديم، فلا يقتصر تطبيق المادة علي حالة توقيع حجز ما للمدين لدي الغير، بل تطبيق أيضاً في حالة رفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن علي رب العمل. وهذا ما يجري به قضاء محكمة الاستئناف المختلطة.

كما تقر الفقرة الثالثة ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة من تقديم حقوق المقاولين من الباطن والعمال علي حق المحال إليه بدين المقاول الأصلي عند التزامه، فلا تسري في هذا الصدد القواعد المبررة في شأن التزام الحجز مع الحوالة.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٤٧٣)

٤- حكمة الاستثناء الذي أورده نص المادة ٦٦٢ مدني أن القانون لو إقتصر لهؤلاء (المقاولين من الباطن والعمال) علي الدعوى غير المباشرة التي يزاحم فيها سائر دائني المقاول الأصلي، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية وخاصة أن المقاول من الباطن والعمال لا يرجعون علي رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلي معسراً.

وبهذا النص أصبح المقاول من الباطن طرفاً في المفاوضة، فهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وملحقته بما فيها الفوائد.

ولكن لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل إلا بالقدر الذي يكون الأخير مدنياً به للمقاول الأصلي بموجب عقد المفاوضة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن.

والعامل الذي يعمل عند المقاول الأصلي بموجب عقد عمل يكون أيضاً طرفاً في هذه المطالبة، سواء قام المقاول الأصلي بالعمل كله بنفسه أو قال علي بعضه من الباطن، ويرجع هو كذلك في حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر في ذمة المقاول بموجب عقد العمل وفي حدود ما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المفاوضة.

**والعامل الذي يعمل عند المقاول من الباطن بموجب عقد عمل يكون**

**هو الآخر طرفاً في هذه المطالبة، بل تكون لهذا الأخير دعويان:**

**(أولاهما):** علي المقاول الأصلي بإعتباره رب العمل للمقاول من الباطن.

**و(الثانية):** علي رب العمل بإعتباره رب العمل للمقاول الأصلي.

أما إذا كان المقاول من الباطن قد قال هو أيضا بدوره من الباطن، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة علي المقاول الأصلي باعتبار الأخير رب عمل للمقاول من الباطن الثاني، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة علي رب العمل إذ أن النصوص العربية المقابلة لا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا علي رب العمل الذي قال مقولة (المقاول الأصلي).

ولكن عمال المقاول من الباطن الثاني لهم هذا الحق قبل المقاول من الباطن الأول باعتباره مديناً لمدينهم، وقبل المقاول الأصلي لأنه مدين مدينهم.

وهذا النص قاصراً علي العمال، فهو لا ينطبق علي موردي المقاول الأصلي، ومن ثم فليس لهؤلاء دعوى مباشرة علي رب العمل بأثمان ما وردوه للمقاول الأصلي ولا حق إمتياز إلا إذا قضي الإتفاق أو دفتر الشروط بخلاف ذلك، ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنيه الآخرين.

ولا يجوز لرب العمل أن يشترط علي المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بالدعوى المباشرة، لأن هؤلاء الآخرين من الغير بالنسبة لهذا الإتفاق من جهة، ولأن حقهم هذا مستمد من القانون من جهة أخرى.

وهذا الحق لا يقيد رب العمل قبل إنذاره أو قبل رفع الدعوى. وعلي ذلك يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات قبل هذا التاريخ، ويسري هذا التصرف في حق المقاول من الباطن، والعمال، بصريح النص المدني لهذا الحق، ولو كانت

المخالصة غير ثابتة التاريخ إعمالاً لحكم المادة ٣٩٥ / ٢ مدني مصري وما يقابلها في التشريعات العربية الأخرى، بل لو كان رب العمل عالماً بحقوق المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي، ماداماً لم ينذرا رب العمل بالوفاء.

وحق المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي مقدمة علي من ينزل له المقاول الأصلي عن دينه قبل رب العمل بموجب حوالة حق ولو كان نفاذها سابقاً علي الإنذار بالوفاء أو علي توقيع الحجز، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن والعمال علي حق المحال أو المتنازل له، ويقطع في صحة هذا التفسير أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تقول في صدد الفقرة الثالثة من المادة سالفه الذكر: "والفقرة الثالثة تقرر ما يجري عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة".

(عقد المفاوضة للأستاذ عنبر المرجع السابق ص ٢٥٣ وما بعدها)

● **جواز رجوع المقاولين من الباطن والعمال على رب العمل:** لقد أجاز المشرع لهذا النص للمقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي استعمال الدعوى المباشرة وحق امتياز للحيلولة دون مزاحمة دائني المقاول الأصلي لهم أما إذا تعدد المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم، فللمقاول من الباطن في حدود الأجر المستحق له وتوابع الأجر من نفقات وثمان مواد أن يطالب رب العمل بالقدر الذي يكون الأخير مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه، ولعامل المقاول الرجوع على رب العمل بالدعوى المباشرة في حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له في ذمة المقاول ناشئ عن عقد العمل فيخرج عن هذا المجال الحق الناشئ عن غير عقد العمل كالتعويض عن المسؤولية التقصيرية وأن كان له أن يرجع به الدعوى غير المباشرة (أنور طلبه ص ٤٩٤) ولعامل

المقاول من الباطن أن يرجع في حدود ما هو مستحق له بموجب عقد العمل في ذمة المقاول من الباطن على المقاول الأصلي بإعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن، كما يرجع على رب العمل بإعتباره رب العمل للمقاول الأصلي بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي. أما إذا كان المقاول من الباطن قد قال هو أيضا بدوره من الباطن فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي بإعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدنى سالفه الذكر لا تعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قال مقالة وهو هنا المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم، وعلى المقاول الأصلي وهو مدين مدين مدينهم، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدينهم ونصوص المادة ٦٦٢ مدنى تقصر عن ذلك بالنسبة إلا العمال (السنهورى ص ١٨٤) ولا يجوز لرب العمل أن يشتر 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 هو ليسوا طرفا فيه، وقد استمدوا حقهم من القانون (قدرى الشهاوى ص ٢٥٠) 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 (محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥٤).



• **النتائج المترتبة على الدعوى المباشرة:** إذا أراد المقاول من الباطن أو عاملاً للمقاول الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل وقد قدمنا أنه يرجع بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء، يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات، ويكون هذا التصرف سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل، يستطيع المقاول الأصلي أن يستوفي هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه، ويكون هذا الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٩٥ مدني وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وما عليه له، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء ويستطيع المقاول الأصلي كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل، مادام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء (السنهوري ص ١٨٦) ثم يقع بعد ذلك أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء تمهيداً لرفع الدعوى المباشرة عليه، ولا يحتاج، حتى يمكنه رفع هذه الدعوى أن يرجع أولاً على المقاول الأصلي، وليس من الضروري أن يكون المقاول الأصلي معسراً فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه المقول من الباطن أو العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل (محمد لبيب شنب ص ١٥٨) ومن وقت الإنذار الوفاء يمتنع على رب العمل الوفاء للمقاول الأصلي ولا كان هذا الوفاء غير سار في حق المقاول من الباطن والعامل، كما يمتنع على المقاول الأصلي التصرف في حقوقه لدى رب العمل وإلا كان هذا التصرف غير نافذ في حق هؤلاء، كما لا تجوز المقاصة بين حق المقاول الأصلي في ذمة رب العمل ودين في ذمته له من وقت رفع الدعوى

المباشرة، وللمقاول من الباطن والعامل توقيع حجزاً تحت يد ر بالعمل على ما فى ذمته للمقاول الأصلى بمقتضاه وبهذا الحجز ينشأ لهما حق امتياز على المبلغ الذى توقع الحجز عليه فيتقدما بمقتضاه سائر دائنى المقاول الأصلى وهو ذات الأثر المترتب على الدعوى المباشرة، أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم، وفى حالة توقيع الحجز يجوز لرب العمل دون استصدار أمر من قاضى التنفيذ أن يؤدى هذا المبلغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال، ويعتبر هذا الوفاء مبرئاً لزمته قبل المقاول الأصلى (أنور طلبه ص ٤٩٥)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " أن النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ من القانون المدنى على أن " حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بقتضى هذه المادة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل بر العمل " يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى ناشئ على عقد المقاوله وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه أما إذا كان هذا الأخير قد إقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى وقبل أن ينذر المقاول من الباطن رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول من الباطن. الحالة الثانية: أن يكون الوفاء لاحقاً للحجز أو الإنذار فلا يسرى - عندئذ - فى حق المقاول من الباطن ويكون له - رغم ذلك - أن يستوفى حقه قبل المقاول الأصلى بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار فى ذمة رب العمل، ولو كان نزولاً المقاول الأصلى عن حقه للغير سابقاً على الحجز أو الإنذار " (جلسة ١٩٧٩/٤/١٠ الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٣ ق س ٣٠ ٢٤ ص ٨٧).

### نزول المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق:

كانت القواعد العامة تقضى بأنه في حالة نزول المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق الحوالة تسرى هذه الحوالة في حق المقاول من الباطن أو العامل، إذا صارت نافذة في حق الغير (بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة إستعمال الدعوى المباشرة، وقبل توقيع الحجز في حالة إستعمال حق الإمتياز ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدنى سألقة الذكر تنص على ما يأتى: " وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " ويؤخذ من هذا النص أن الحوالة تسرى في حق المقاول من الباطن أو العامل، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز في حق المقاول من الباطن أو العامل، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل على حق المحال له، ويقطع في صحة هذا التفسير أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول فى صدد الفقرة الثالثة السابقة الذكر ما يأتى " الفقرة الثالثة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٣ص) وقد جرى قضاء محكمة الإستئناف المختلطة فى عهد التقنين المدنى القديم بهذا المعنى، فقضت هذه المحكمة فى دوائرها المجتمعة بتقديم المقاول من الباطن على المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة على الحجز (استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١).

## من أحكام القضاء:

١- إن نصوص قوانين العمل جعلت صاحب العمل مسئولاً وجهاً لوجه أمام العمال سواء توسط في ذلك مقاول أو متعهد توريد عمال، وحملت كل المسؤوليات عن العمال ولو وفدوا إليه عن طريق المتعهد بل ضمنته إياه وصيرتهما مسئولين أمام العمال آخذة في ذلك بأن العمال في "عمل" هم عمال "صاحب العمل" لا عمال صاحب المقولة في توريدهم. وجاءت المادة ٦٦٢ من القانون المدني الجديد مؤيدة لهذا النظر.

(الطعن رقم ٣٥٥ - لسنة ١ ق - تاريخ الجلسة ١٩٥٠/٠٢/٠٧)

٢- إن النص في الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ 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 المقولة، 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.

(الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٣ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٩/٤/١٠)

## إنقضاء المقاولة

### النص التشريعي (مادة ٦٦٣) :

(١) لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، علي أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

(٢) علي أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد إقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه بإستخدام وقته في أمر آخر.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٦٢ لبيي و ٦٢٩ سوري و ٨٨٥ عراقي و ٥٣٨ سوداني و ٦٣٤

لبناني.

### الأعمال التحضيرية :

تطابق الفقرة الأولى نص المادة ٤٠٧ / ٤٩٥ من التقنين الحالي مع تحديد أدخله المشروع عليها.

أما الفقرة الثانية، فقد قررها المشروع اقتباساً من بعض التقنيات الحديثة مع مراعاة ما ورد في أحكام محكمة الاستئناف الأهلية (١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ قسم ثان ص ٩٢ رقم ٤٨) والمختلطة (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٥١).

وفي مجموع المادة قارن: التقنين الألماني (م ٦٤٩) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٥٢٥) والتقنين البولوني (م ٤٩٦) والتقنين التونسي (م ٨٦٩) والتقنين اللبناني (م ٦٧٤) والبرازيلي (م ١٢٤٧) وكذلك بعض

التقنيات القديمة كالتقنين الفرنسي (م ١٧٩٤) والتقنين الإيطالي (م ١٦٤١) والتقنين الهولندي (م ١٦٤٧) والتقنين الإسباني (م ١٥٩٤) والتقنين البرتغالي (م ١٤٠٢).

والتقنين الياباني يقرر في المادة ٦٤١ منه أنه لرب العمل أن يفسخ العقد في أي وقت يشاء طالما لم ينته المفاوض من إتمامه، بشرط دفع التعويضات المناسبة. ولكن المادة ٦٣٥ من التقنين ذاته تعرض لحالة فيها يجوز لرب العمل ترك الصفقة دون أي تعويض، فهي تقرر أنه "إذا إستحال علي رب العمل أن يحقق الغرض المنشود من المفاوضة بسبب عيوب الشيء موضوع العقد جاز له الفسخ إلا في حالة المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى".

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٥- ص ٥٦)

### رأي الفقه :

١- يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدني أن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المفاوضة لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لا بد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه. فقد يري رب العمل بعد وضع المفاوضة موضع التنفيذ أن من الخير له العدول عنها والرجوع في العقد، وقد تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد كأن تكون المفاوضة متعلقة ببناء عمارة للإستغلال، ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة، وقد يكون رب العمل قد اعتمد علي موارد يدفع منها أجر المفاوضة فتتخلف هذه الموارد أو تقتصر عن دفع الأجر، وقد يصاب رب العمل في أثناء تنفيذ المفاوضة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضي في تمويل المفاوضة، وقد يصبح العمل المطلوب أدائه غير مجد لرب العمل. فأجاز القانون

لسبب من هذه الأسباب أو لأي سبب آخر يبدو وجيها في نظر رب العمل أن يرجع هذا الأخير في العقد، ويتحلل من المقاوله، علي أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب، وهذا خير له من المضي في العمل إلي نهايته والإنفاق في غير فائدة.

ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر مبدأ يخرج به علي القواعد العامة، إذ رب العمل يتحلل بإرادته وحده من عقد ملزم له، والقاعدة المقررة هي أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) (م ١٤٧ / ١ مدني)، ومن حيث الجزاء علي رجوع رب العمل في العقد، فإن النص يؤول في النهاية إلي أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المقاوله بالنسبة إلي المقاول، أما بالنسبة إلي رب العمل فالأمر يختلف، فإن هذا له مصلحة محققة في أن يتم العمل وهو من أجل هذا قد أبرم عقد المقاوله، ومن ثم لم يجز القانون للمقاول أن يرجع في عقد المقاوله بإرادته المنفردة كما أجاز ذلك لرب العمل، بل جعل لهذا الأخير الحق في إجبار المقاول علي التنفيذ العيني دون أن يقتصر علي التنفيذ بطريق التعويض.

بقي أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدني تجيز تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء عدم إتمام تنفيذ العقد وما يكون قد كسبه بإستخدام وقته في أمر آخر. وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة. فإنه عند حساب الخسارة التي تحملها المقاول من جراء عدم إتمام تنفيذ المقاوله، يجب أن يستزل ما لم يتحمله فعلا عن هذه الخسارة بسبب وقف تنفيذ المقاوله، وعدم المضي في إنجاز العمل وفي

حساب الكسب الذي فات المفاوض، يجب أن يستنزل كذلك ما لم يفته فعلاً إذا كان قد استخدم وقته في أمر آخر عليه بكسب معين والذي يقطع في ذلك أن القضاء - في عهد التقنين المدني القديم الذي لم يشتمل علي نص مماثل للفقرة سالفه الذكر - كان يجري هذا الحكم بإعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة.

فما يشترط - إذن - لإمكان التحلل من المفاوضة بإرادة منفردة؟  
يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدني أن هناك شروطاً أربعة لإمكان التحلل من المفاوضة بإرادة منفردة.

**الأول-** أن يكون العمل محل المفاوضة لم يتم، فإن كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المفاوضة، لأن رب العمل - إذ ذاك - يلتزم بدفع الأجر كاملاً علي سبيل التعويض، فأولي أن يدفعه أجراً علي عقد تم تنفيذه، ويثبت الحق في التحلل من المفاوضة منذ إبرام العقد حتى ولو لم يبدأ العمل.

**الثاني-** أن يكون الطرف الذي يتحلل من العقد هو رب العمل، فالمفاوض ليس له الحق في التحلل من المفاوضة بإرادته المنفردة، بل يبقى ملزماً بتنفيذها إلي النهاية، ويجوز لرب العمل إجباره علي التنفيذ العيني دون أن يقتصر علي مطالبته بالتعويض، لأن مصلحته في التنفيذ العيني دون التعويض، وينتقل إلي خلفه العام والخاص.

**الثالث-** أن يكون تحلل رب العمل من المفاوضة راجعاً إلي مشيئته هو لا إلي خطأ المفاوض، ذلك أن المفاوض إذا ارتكب خطأ، فسبيل رب العمل ليس التحلل من المفاوضة، بل بطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ، وفي هذه الحالة يكون المفاوض هو المسؤول عن تعويض رب العمل عن



الضرر الذي أصابه بسبب الفسخ، ولا يرجع المقاول بتعويض كامل علي رب العمل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب.

**الرابع-** ألا يشترط المقاول علي رب العمل عدم جواز التحلل من العقد، ذلك لأن حق رب العمل في التحلل من العقد ليس من النظام العام فيجوز الإنفاق علي ما يخالف هذه القاعدة، كما أنه يجوز الإنفاق علي حق رب العمل في التحلل من المقولة دون تعويض المقاول أو بتعويضه بقدر ما أثري به علي حسابه.

كيف يقع التحلل من المقولة:

يقع التحلل من المقولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته في الرجوع في المقولة. والتكييف القانوني للتحلل هو أنه تصرف قانوني (إرادة) صادر من جانب واحد. ولم يشترط القانون شكلا خاصا للرجوع ولا ميعادا معيناً له، فوجب القول بأن الرجوع يكون في صورة إخطار يعلن به رب العمل إرادته في التحلل من العقد. وقد يكون الإخطار في ورقة رسمية علي يد محضر، وقد يكون في كتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفويا، ولكن عبء إثبات الإخطار - وهو تصرف قانوني - يقع علي رب العمل، فإذا كانت المقولة تزيد علي عشرة جنيهات وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن. ويجوز الرجوع في أي وقت منذ إبرام المقولة إلي ما قبل إعدار المقاول لرب العمل بتسلم العمل. ويتم الرجوع عن المقولة بمجرد وصول الإخطار إلي علم المقاول، طبقاً للقواعد العامة المقررة في إنتاج الإرادة لأثرها.

### النتائج المترتبة علي التحلل من المقاول :

فإذا وقع لإخطار علي الوجه المتقدم، ترتيب النتائج التالية:  
أولاً- ينتهي عقد المقاولة بالرجوع فيه، فلا يلزم رب العمل بدفع الأجر، ولا يلزم المقاول بإنجاز العمل.

ثانياً- يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، ومصدر هذا الإلتزام هو القانون، لا عقد المقاولة فقد إنتهي.  
**فيلتزم رب العمل:**

(١) بتعويض المقاول عما أنفقه من المصروفات وعما أنجزه من الأعمال، ويدخل في ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التي صرفها في إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التي قدمها لإستخدامها في العمل. وعلي المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل.

(٢) بتعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

(٣) بتعويض المقاول عما عسي أن يكون قد أصابه من ضرر أدبي من جراء منعه من إتمام العمل. ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية في إتمام العمل، كأن يكون عملاً فنياً يفيد في سمعته (المثال - المؤلف).

ثالثاً- أن ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدني من أحكام ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب.

(الوسيط-١٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٤٠ وما بعدها)

٢- ينتهي عقد المقاولة بتأدية كل الإلتزامات الناتجة عنه، بأن تم العمل كله وسلم قبل دفعه ثمنه. ولكن تبقي بعض قبوله حيث يظل المقاول

مسئولاً عن عيوب عمله، إما بالتطبيق لقواعد البيع حيث يمكن إعتباره بائعاً، وإما بناء علي النص الوارد في المادة ٦٥١ مدني.

وما تقررره المادة ٦٦٣ مدني هو استثناء من قاعدة أنه لا يجوز فسخ الاتفاق إلا بموافقة طرفيه. ولكن يبرر هذا الاستثناء أن من فسخ العقد ضد إرادته يعرض عن كل الخسارة التي يسببها له عدم تنفيذ العقد.

ويطبق النص سواء أكانت المواد يقدمها رب العمل أم كان المقاول هو الذي يقدمها.

وحق التحلل من العقد هو حق شخصي لا يجوز أن يستعمله دائنو رب العمل، ولكنه ينتقل إلي الورثة.

ولا تخول المادة حق التحلل للمقاول، فالمادة صريحة، والحكم كما تقدم هو حكم استثنائي لا يجوز التوسع فيه.

ويجب علي رب العمل الذي يتحلل من العقد أن يدفع للمقاول جميع ما أنفقه من المصروفات وأن يعرضه عما أنجز من الأعمال وعن الكسب الذي كان يستطيع الحصول عليه لو أنه أتم العمل مع مراعاة ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدني.

(العقود المسماة٢. الدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٣٥ وما بعدها)

٣- اقتبس المشرع الفقرة الثانية من المادة ٦٣٣ من التقنين الألماني (م ٦٤٩)، أما الفقرة الأولى فهي تطابق المادة ٤٠٧ / ٤٩٥ من التقنين القديم.

ويتضح من هذا النص أن المقاوله عقد غير لازم بالنسبة لرب العمل، فيجوز له أن يتحلل منه في أي وقت شاء بشرط عدم الإضرار بالمقاول، وذلك يقتضي تعويضه عن كل ما أنفقه إنجاز ما تم من الأعمال، علاوة علي ضمان ما فاتته من كسب بسبب وقف العمل.

علي أنه ينبغي عدم الإفراط في حساب رب العمل إذا كان قد اضطر إلي وقف العمل تحت ضغط الظروف، كما أن المقاول لا يستحق من النفقات إلا ما يكون قد صرفه فعلاً، فإن كان قد استحضر بعض المهمات والمواد اللازمة لإتمام العمل دون البعض الآخر، فلا يستحق إلا قيمة ما اشتراه فعلاً، فإن كان قد استحضر بعض المهمات والمواد بسبب وقف العمل خصم ثمنها من قيمة التعويض، ومما يدعو إلي التخفيض أيضاً تمكن المقاول من استخدام وقته في تنفيذ عمل آخر، وهذه الأحكام كلها مطابقة للقواعد العامة في تقدير التعويض.

(التقنين المدني- المرجع السابق- للدكتور عرفه- ص ٤٧٤ و ٤٧٥)

٤- أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التي كان في استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول، فذلك يفرض عليه التزاماً بتخفيف المضار" ووفقاً لهذا الالتزام لا يجوز للمقاول أن يمضي في تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل علي التحلل من العقد وجوده له، وذلك إذا كان من شأن هذا الإصرار أن يزيد في الأضرار التي تصيبه، فإن استمر في التنفيذ رغم ذلك لم يحق له تقاضي تعويض عن هذه الأضرار علي أساس أنه كان في وسعه توقيها.

(شرح أحكام عقد المقاولة- للدكتور محمد لبيب شنب- طبعة ١٩٦٢- ص ١٨٩، وبجته:

البحر المبتسر- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية- السنة ٢- ص ٢٩٣ و ٢٩٤)

٥- يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدني والنصوص العربية المقابلة أنها

تطبيق للقواعد العامة ليس إلا، وأنها مسيطرة لطبيعة عقد المقاولة.

كما يتضح أن لرب العمل الحق في أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لا بد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه لأسباب يرى رب العمل معها أن الفسخ لصالحه

كتغيير الظروف العامة أو الخاصة برب العمل، أو إصابة رب العمل بأضرار من جراء التأخير أو لانتفاء الغرض من الشيء أو العمل محل المقولة ... الخ، فأجاز القانون في كل من هذه الأسباب أن يرجع عن العقد، ويتحلل منه علي أن يعرض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب، وهذا خير له من المضي في عمل لا جدوى منه ولا غناء فيه بعد إتمامه.

ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر خروجاً علي القواعد العامة، إذ أنه يبيح لأحد طرفي عقد - ملزم للجانبين - أن يتحلل من عقد ملزم له طبقاً لقاعدة عامة أصيلة وراسخة هي أن: "العقد شريعة المتعاقدين.....الخ" نصت عليها المادة ١٤٧ / ١ مدني، ولكن عندما نتأمل الجزاء المقرر علي رب العمل لقاء تحله بإرادته المنفردة من هذا العقد، وهو تعويض المقاول عما تكبده من خسارة وما فاتته من كسب، نري أن ذلك يؤدي إلي أن رب العمل، وقد أجاز له القانون التحلل من التنفيذ العيني قد ألزمه بالتنفيذ بطريق التعويض، فهو تعويض كامل بعنصريه: ما تجشمه المقاول من خسارة وما فاتته من كسب. هذا، فضلاً عن أنه لا مصلحة في هذه الحالة للمقاول أن يطلب التنفيذ العيني الذي أقفل في وجهه، بل إنه إذا ثبت أن للمقاول مصلحة أدبية في إتمام المقولة، فإن القانون يسمح بتعويضه عنها طبقاً للقواعد العامة إذ قد تتأثر سمعة المقاول بهذا التحلل كأن يكون عملاً فنياً له قيمته، فالنص بهذه المثابة يؤول في النهاية إلي أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المقولة.

ويصل بعض الفقهاء المصريين إلي أن هذه النتيجة ذاتها عن طريق نظرية الجحود المبتسر للعقد.

أما بالنسبة لرب العمل فالأمر يختلف، فلما كانت له مصلحة محققة في العمل أبرم عقد المقاولة، ومن ثم لم يجز القانون للمقاول أن يرجع في عقد المقاولة بإرادته، كما أجاز ذلك لرب العمل، بل جعل لهذا الأخير الحق في إجبار المقاول علي التنفيذ العيني دون أن يقتصر علي طلب التنفيذ بطريق التعويض.

إن الفقرة الثانية من المادة سالفة البيان - والمواد المقابلة لها في التشريعات العربية - تجيز تخفيض التعويض المستحق بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء عدم إتمام التنفيذ وما يكون قد كسبه بإستخدام وقته في أمر آخر، وليس هذا سوي تطبيق للقواعد العامة أيضا.

**ويشترط - حتى يستطيع رب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من**

**عقد المقاولة - الشروط الآتية:**

(١) ألا يكون العمل محل المقاولة قد تم، لأنه إذا كان قد تم فلا فائدة من التحلل منه، ويثبت الحق في التحلل حتى قبل بدء التنفيذ، فذلك أيسر لرب العمل، إذ يكون التعويض أقل، ويبقى الحق قائما حتى إتمام العمل وإعذار رب العمل بتسلمه، فعندئذ يسقط هذا الحق.

(٢) هذا الحق مقرر لرب العمل وحده، وهو حق شخصي متروك لمحضر تقديره فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوه، ولكنه حق ينتقل من رب العمل إلي الخلف الخاص، والخلف العام، وإذا تعدد الورثة كان لأصحاب الغالبية في العمل (ثلاثة أرباع) أن يستعملوا هذا الحق إذا إستندوا إلي أسباب قوية علي أن يعلنوا قرارهم إلي باقي الورثة، ولمن يخالف ذلك من الأقلية حق الرجوع إلي المحكمة في الوقت المحدد قانوناً للتصرف في الملكية الشائعة، وللمحكمة أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا.

وكذلك يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة. أما إذا باع رب العمل الأرض التي يقام عليها البناء بعقد مقاولة فإن المشتري للأرض لا ينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا إتفق علي ذلك، وفي حالة الإنفاق عليه جاز للمشتري ما كان للبائع بإعتباره رب عمل جديد محل رب العمل القديم.

(٣) أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعا إلي إرادته هو لا إلي خطأ المقاول، ذلك أن خطأ المقاول لا يكون سببا للتحلل من العقد، وإنما يكون سببا لطلب الفسخ. وفي هذه الحالة - إذا توافرت شروطها القانونية- يكون المقاول هو الملتزم بتعويض رب العمل عن الضرر الذي أصابه ولا يرجع المقاول علي رب العمل بالتعويض المقرر في حالة التحلل بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه. هذا، بالإضافة إلي حق رب العمل في طلب التنفيذ العيني، وإصلاح الخطأ إلي جانب التعويض.

(٤) ألا يشترط المقاول علي رب العمل عدم جواز التحلل من العقد، ذلك لأنه حق غير متعلق بالنظام العام ويجوز الإتفاق علي منعه، بل إنه في هذه الحالة يستطيع المقاول- فضلا عن منع التحلل- أن يلزم رب العمل بالمضي في تنفيذ العقد إلي أن يتم، إذ قد تكون له مصلحة أدبية في إتمام العمل.

(عقد المقاولة - للأستاذ عنبر- المرجع السابق- ص ٢٥٩ وما بعدها)

● **تحلل رب العمل من المقاولة:** لقد أجاز المشرع لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة برجوعه عنها على أن يعرض المقاول عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وليس للمقاول أن يطالبه بالتنفيذ العيني، وعند حساب الخسارة يجب استئزال ما لم تكبده المقاول فعلا منها كما يستئزل ما لم يفته فعلا من كسب، فلتحديد مقدار الكسب الذي فات المقاول لا يجوز

التمسك بفرق حسابى بين أسعار التكلفة والجر المتفق عليه إذ أن المقاول لم يؤد فعلا عما يقابل هذا الفرق ولم يتحمل أية تبعة عنه، فتقضى العدالة بتخفيض مقدار هذا الكسب الإحتمالى (أنور طلبه ص ٤٩٦).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "الأصل فى عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقا لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدنى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل تمامه أن يعرض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل النقرر 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 بالتنفيذ العينى أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد على التعاقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى بإعتباره من عقود المقاولة (جلسة ١٦/٥/١٩٦٧ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ١٠٠٥) وبأنه "النص فى المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى على أن "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ فى أى وقت قبل اتمامه على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل "يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاول لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لا بد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلف من نفقات وما فاتته من كسب ولئن كان النص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبه رب العمل بتعويضه أدبيا عن تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاولة إلا أنه لم يحرمه من هذا العقد الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويضه



عما أصابه من ضرر إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتاحت له فرض إتمام أعمال المقاوله. (جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ع ٢ ص ٧٦٦) (جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ ق)

● **شروط التحلل من المقاوله:** يشترط لإمكان التحلل من المقاوله ما يلي: أولاً: أن يكون العمل محل المقاوله لم يتم فإن العمل إذا كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاوله، لأن رب العمل إذ ذاك يلتزم بدفع الجبر كاملاً على سبيل التعويض، فأولى أني دفعه أجراً على عقد تم تنفيذه، ويثبت الحق في التحلل من المقاوله منذ إبرام العقد، حتى لو لم يبدأ العمل، بل إن التحلل قبل البدء في العمل أيسر على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل، ويبقى الحق قائماً، حتى بعد البدء في العمل والمضى فيه إلى ما قبل إتمامه، فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل أن يتسلمه انقطع حق رب العمل في التحلل من المقاوله بعد هذا الإعذار (السنهوري ص ١٩٩) ثانياً: أن يقتصر التحلل على رب العمل، فليس للمقاول أن يتحلل من المقاوله وإلا جاز لرب العمل إجباره على التنفيذ العيني دون أن يقتصر على التعويض وينتقل هذا الخلق من رب العمل لخلفه العام والخاص، فلورثته من بعده التحلل من المقاوله وأن تعددوا فالتحلل من العمل يكون بمثابة التصرف فيه ومن ثم إذا اختلفوا كان لمن يملك منهم ثلاثة أرباع إذا تم أن يتحلل من المقاوله لأسباب قوية على أن يعلنوا قرارهم لباقي الورقة ولمن خالف فله رفع الأمر للمحكمة لال شهرين من وقت الإعلان للنظر في القرار (م ٨١٢) كما يجوز للخلف الخاص التحلل من المقاوله إلا إذا اتفق مع رب العمل على عدم انتقال عقد المقاوله إليه أو خلا عقد الشراء من الإلتزام بالمقاوله فيكون بمنأى عنها.

ويثبت حق التحلل لرب العمل أيا كان محل المقاوله، بناء أو أثاث أو غيره وأيا كان المقاول، مقاول بناء أو مهندس معمارى أو طبيب أو محامى أو محاسب أو نجار وأيا كان سبب التحلل ولا معقب من المحكمة على تقدير رب العمل للسبب (أنور طلبه ص ٤٩٨) ثالثاً: أن يكون تحلل رب العمل من المقاوله راجعاً إلى مشيئته هو، لا إلى خطأ المقاول ذلك ان المقاول إذا ارتكب خطأ فسبيل رب العمل ليس التحلل من المقاوله، بل بطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإدارته المنفردة، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب هذا إلى أن رب العمل يجوز له أيضاً، فى حالة خطأ المقاول، أن يطلب التنفيذ العينى، فيجبر المقاول على إصلاح خطئه عينا مع المضى فى التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الخطأ (السنهورى ص ٢٠٠) رابعاً: ألا يتضمن العقد حرمان العمل من التحلل من المقاوله ومع هذا الشرط يلتزم رب العمل بالإستمرار فى المقاوله وللمقاول إجباره على الإستمرار فيها، ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن يتحلل رب العمل من المقاوله دون دفع أى تعويض للمقاول أو يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول (أنور طلبه ص ٤٩٨) ومتى توافرت هذه الشروط كان لرب العمل التحلل من المقاوله سواء كانت بأجر إجمالى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة، وسواء أكان عقد مقاوله أو عقد مقاوله من الباطن فيجوز للمقاول الأصيل التحلل من المقاوله من الباطن، وسواء كان رب العمل هو الذى قدم المادة أو قدمها المقاول. كما يثبت حق التحلل لرب العمل أيا كان محل المقاوله، فقد يكون محلها بناء أو منشآت ثابتة أخرى، وقد يكون محلها صنع آلات ميكانيكية أو سيارات أو أثاث أو رسم أو غير ذلك من الأعمال، ففى جميع

هذه الأحوال يجوز لرب العمل بإرادته المنفردة أن يتحلل من المقاول. ويثبت كذلك حق التحلل لرب العمل أيا كان المقاول، فقد يكون مقاول بناء، أو مهندساً معمارياً، أو طبيباً أو محامياً أو محاسباً أو نجاراً أو غير ذلك، وفي جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل التحلل من العقد، إذ النص عام لم يفرق بين حالة وأخرى، ويجوز أخيراً لرب العمل التحلل من العقد أيا كانت الأسباب التي يقدمها لهذا التحلل بل هو غير مسئول عن تقديم أى سبب لتحلله من العقد ويكفى محض إرادته. وهو وحده الموكل إليه تقدير ما إذا كان يتحلل من العقد، دون معقب على تقدير من المحكمة.

**وقد قضى بأن:** " لصاحب العمل وحده الحق فى فسخ عقد المقاوله والعدول عن إتمام العمل، سواء لأنه وجد أن العمل غير محقق لمصلحة ما، أو حاقت به صعوبات مالية جعلته فى حالة مادية لا تمكنه من الإستمرار فى تنفيذه والصرف عليه، ولا يسأل عن هذا بياناً أو تدليلاً، ولا يستطيع المقاول اعتراضاً على تصرفه إذ هو له بحكم القانون أن يتقاضى جميع ما كان يعود عليه من ربح فيما إذا تم العمل تنفيذاً للعقد (مصر الكلية الوطنية ١١ فبراير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٨٩ ص ١٢٨٣) ويتم التحلل بإخطار يرسله رب العمل للمقاول، وينتج هذا الإخطار أثره بمجرد وصوله لعلم المقاول، وليس للإخطار شكل خاص فقد يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ولكن يقع عبء إثباته، وهو تصرف قانونى من شأنه أن يقضى إلزام رب العمل، على عائق رب العمل فإن كانت المقاوله تجاوز نصاب البينة وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها (أنور طلبه ص ٤٩٨).

• **الآثار المترتبة على التحلل من المقاوله:** تنتهى المقاوله بمجرد علم المقاول بالإخطار، فلا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر، ولا يعود

المقاول ملزماً بإنجاز العمل ولكن رب العمل يلتزم بتعويض المقاول عما يأتى: أولاً: عما أنفقه من مصروفات وتشمل القيمة الفعلية للمواد والنفقات الفعلية التى تطلبها العمل وأجور العمال وذلك عن الأعمال التى سبقت الأخطار، أما التى تمت بعده فيرجع بها وفقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب أى بأقل القيمتين ما أنفقه فعلاً أو ما عاد من نفع على رب العمل، وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل، كما لو وضع أدوات صحية فى بناء فيثبت هذه الأدوات فى أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى تثبيت الأدوات. ثانياً: تعويضه عما فاتته من كسب بسبب عدم إتمامه العمل: فإذا كان العمل مثلاً بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر الثلاثين ألفاً ونحلل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى بناء خمسة الأدوار على الوجه الذى قدمناه، ثم يحسب ما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل فلا يكفى تعويض المقاول عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال.

**وقد قضت محكمة النقض بأنه:** " إذا كان الحكم الابتدائى 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 به من استحضار العمال وأدوات البناء ورشيد 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 الاستثنائى، إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائى واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أثمه من بناء، قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول فى ذمة العمل تعويضاً ذا امتنع

أو تأخر فى تقديم مواد البناء - أن 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 (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥ ص ٣٠) وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاول معه على العمل كله، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى ينتج للمقاول أو للصانع المذكور من تنفيذ العمل (استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ١٤٨ - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨).

ثالثاً: بتعويض المقاول عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر أدبى من جراء منعه من إتمام العمل ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل، كأن يكون عملاً فنياً يفيد فى سمعته، فالنحات إذا منع من إتمام التمثال الذى كلف بنحته، والمؤلف إذا منع من إتمام الكتاب الذى كلف بوضعه، والمهندس إذا منع من بناء نموذجى وضع تصميمه، كل هؤلاء قد ينالهم ضرر ادبى من جراء عدم إتمامهم للعمل فيرجعون بتعويض على رب العمل عن هذا الضرر.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** ولئن كان نص المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبياً عن تحلله بأرادته المنفردة عن عقد المفاوضة إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بأرادته المنفردة من عقد المفاوضة بتعويضه عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له ان ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيها لو أتيحت له

فرصة إتمام أعمال المقاول (جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ع ٢ ص ٧٦٦) (جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ ق).

ومتى قدر التعويض وفقا لهذه الأسس، فإن للمحكمة تخفيضه متى كانت الظروف تجعل التخفيض عادلا وتعين عليها أن تتقضى منه بقدر ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته مرة أخرى، وليس من الضرورة أن يستخدم المقاول وقته بالفعل في عمل آخر بل يكفي أن يكون في مكنته استخدام هذا الوقت ولكنه لم يفعل (أنور طلبه ٤٤٩).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** تمسك الطاعن بأعمال نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ من القانون المدني والتي تقضى بأن المحكمة من التعويض المستحق للمقاول ما يكون قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر هو دفاع قانوني يخالطه واقع إذ كان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه طرح هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ("نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ طعن ٣٤ س ٤٧ ق).

#### • حق رب العمل في التحلل من المقاول مما لا يتعلق بالنظام العام: حق

رب العمل في التحلل من عقد المقاول بإرادته المنفردة لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على حرمان رب العمل منه، بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى في تنفيذ العقد إلى أن يتم، إذ قد تكون له مصلحة أدبية في ذلك. كما يجوز اتفاق المتعاقدين على حق رب العمل في 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 في عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقاً لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدني يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعرض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل في التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام في جزء من العمل ليخرج الجزء الباقي عن نطاق الإلزام بالتنفيذ العيني أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد على التعاقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري بإعتباره من عقود المقاولة " (طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦).

### من أحكام القضاء:

١- إذا كان الحكم لا نهائي إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه علي ما اتخذ المقاول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه، إذ هو (المقاول) قد قام بما يلتزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءاً من البناء وأن رب العمل إمتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء، فضلاً علي أنه استغني عن عمله ووكّل البناء إلي غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء، وكان الحكم الاستثنائي إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائي وإقتصر علي القضاء للمقاول بأجر عما أتمه من بناء قد أقام قضاءه علي ما أستخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول في ذمة رب العمل تعويضاً إذا إمتنع هذا الأخير أو تأخر في

تقديم مواد البناء - فإن الحكم الاستثنائي إذ ند عن بحث أساس الدعوى علي هذا النحو، لم يعن بالرد علي ما أورده الحكم الابتدائي من أسباب، كان قاصرا قصورا يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٥٠/١١/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢ - مدني - ص ٣٠٠)

٢- متي كان الواقع هو أن الطاعن وفقا لشروط المقولة التي رست عليه كان ملزما أن يقوم بحفر مراوي ومصارف في أرض مورث المطعون عليهم تنفيذا لتصميم سلم إليه وقدرت فيه المكعبات الواجب حفرها بأربعة وخمسين ألف متر مكعب، ونص في الاتفاق المبرم بين الطرفين علي أن الطاعن قابل تخفيض هذه المكعبات إلي أربعين ألف متر تحت الزيادة والعجز في حدود ١٠% وأن يكون له أجر قدر بمبلغ معين قدر عن المتر المكعب، وكان مورث المطعون عليهم قد فسخ عقد المقولة وأعطاه لمقاول آخر بحجة أن الطاعن تأخر في البدء في العمل، وكان الحكم الابتدائي قد قضي للطاعن بمبلغ مقابل ما ضاع عليه من ربح علي أساس قيمة الفرق بين سعر المتر الذي قبله والسعر الذي ارتضاه المقاول الجديد علي إعتبار أن العملية المتفق عليها كان تقتضي حفر أربعين ألف متر مكعب، وكان الحكمان الاستئنافيان إذ انقصا قيمة المبلغ المحكوم به للطاعن من محكمة أول درجة قد أقاما قضاءهما علي أن ما يستحقه الطاعن من تعويض عما فاتته من الربح يجب أن لا يتعدى فرق السعر عن ٢١١٧٥ مترا مكعبا وهي ما حفرها فعلا المقاول إستنادا إلي أن عملية هذا الأخير كانت أصلح للأرض وأوفى بالغرض دون أن يبيننا الأسباب التي إستندنا إليها في هذا التقرير، ودون أن يبيننا قصر تعويض الطاعن علي عدد المكعبات التي قام بحفرها المقاول الجديد تنفيذا لتصميم آخر



وبذلك يكون الحكمان المطعون عليهما قد خرجا علي ظاهر نصوص عقد المقولة المبرم بين الطاعن ومورث المطعون عليهم دون أن يبررا هذا الخروج بأسباب مقبولة، أما القول بأن العملية التي قام بها المقاول الجديد علي أساس آخر كانت أصلح وأوفى بالغرض، هذا القول لا يصح أن يحاج به الطاعن، ذلك لأن محل الاتفاق بينه وبين مورث المطعون عليهم كان عن أربعين ألف متر مكعب تحت العجز والزيادة في حدود ١٠% وذلك تنفيذاً للتصميم الذي سلم إليه من مورث المطعون عليهم، ولا يؤثر على حقه في التعويض أن يكون المقاول الآخر قد قام بالعمل علي أساس تصميم جديد كان من نتيجته نقص عدد المكعبات التي حفرت، ومن ثم يتعين نقص الحكمين في هذا الخصوص لإنعدام أساسهما القانوني.

(نقض - جلسة ١٩٥٢/٤/٣ - المرجع السابق - السنة ٣ - ص ٨٥٤)

٣- الأصل في عقد المقولة أنه عقد لازم وأنه طبقاً لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدني يجب علي رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعرض المقاول، ولكن يجوز الخروج علي هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما علي حق رب العمل في التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضها دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما علي تحديد نطاق الإلزام في جزء من العمل ليخرج الجزء الباقي عن نطاق الإلزام بالتنفيذ العيني أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد علي التعاقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري بإعتباره من عقود المقولة. متي كان الحكم المطعون فيه بتحديد نطاق الإلتزام في عقد المقولة، ورفض دعوى الطاعن (المهندس المعماري) فيما يجاوز هذا النطاق الذي إستوفي عنه أجره، كما استوفي زيادة عليه أجر تصميم وتنفيذ عمل آخر

دون أن يقوم بحث دفاع الطاعن بشأن تحلل المطعون ضدها (رب العمل) من تنفيذ ما يجاوز حد الإلزام فإنه لا يكون قد خالف نص المادة ٦٦٣ مدني أو شابه قصور في التسبيب.

(نقض- جلسة ١٦/٥/١٩٦٧- المرجع السابق- السنة ١٨ ص ١٠٠٥)

\* \* \*

## انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذها

**النص التشريعي (مادة ٦٦٤) :**

ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه.

**النصوص العربية المقابلة :**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٦٣ لبيي و ٦٣٠ سوري و ٨٨٦ عراقي و ٥٣٩ سوداني و ٦٤٣

لبناني و ٨٠١ أردني جديد و ٨٨٣ تونسي.

**الأعمال التحضيرية :**

لما كان عقد المقاولة من العقود التي يظهر فيها بالذات فائدة الأخذ بهذه النظرية فقد أثر المشرع أن يقررها صراحة بنص خاص في باب المقاولة. وهو في ذلك يجاري التقنين البولوني (م ٢٦٩، ٤٩٠ فقرة ٢)، والمعيار الذي يقرره النص "اختلال التوازن الإقتصادي بين الإلتزامات اختلالا تاما بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد، هو من الدقة بحيث يحد من تدخل القاضي. وفي الوقت نفسه من المرونة بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة".

انظر تقنين الإلتزامات السويسري (م ٣٧٨) والتقنين البولوني (م ٤٩٢)

والتقنين التونسي (م ٨٨٣).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص ٥٨)

**رأي الفقه :**

١- قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه إنتهاء غير مألوف، ولكنه إنتهاء

يتفق مع القواعد العامة. وأهم هذه الأسباب هي:

إستحالة التنفيذ - والفسخ - والتقابل.

وقد عرض القانون المدني للسبب الأول منها صراحة في المادة ٦٦٤ مدني، وإكتفي - في السببين الآخرين - بتطبيق القواعد العامة. ومع ذلك فليس هذا النص (م ٦٦٤ مدني) إلا تطبيقاً للمبدأ العام في إنقضاء الإلتزام الذي تقررته المادة ٣٧٣ مدني<sup>(١)</sup> فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي إنقضى إلتزام المقاول بإستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، وإنقضى إلتزام رب العمل المقابل له وانفسخ عقد المقاوله من تلقاء نفسه. ومتى إنتهى عقد المقاوله بالإنفساخ علي هذا الوجه استحق المقاول تعويضاً لا بموجب المقاوله فقد انتهت، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب (يراجع - لاحقاً - نص المادة ٦٦٧ مدني والتعليق عليها).

أما فكان لإنفساخ ينهي العقد قبل تنفيذه. ويجوز طلب فسخ المقاوله إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ أحد إلتزاماته، وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقود الملزمة للجانبين. فإذا أخل المقاول بحد إلتزاماته، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها، أو التي تقضي بها أصول الصنعة، أو تأخر في تسلم العمل، أو ظهر في العمل عيب خفي واجب الضمان، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد، والمحكمة تقدر هذا الطلب، فإن أجابته فسخ عقد المقاوله وإعتبر كأن لم يكن، وإذا أخل رب العمل بأحد إلتزاماته كأن إمتنع عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو من نقل العمل وتسلمه أو من دفع الأجر، جاز للمقاول هو أيضاً أن يطلب فسخ العقد.

وقد ينتهي عقد المقاوله قبل تنفيذه بالتقابل، فيتفق المقاول ورب العمل علي أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة، وكما انعقدت

(١) يراجع التعليق علي تلك المادة بكتابنا (التعليق علي نصوص القانون المدني المعدل)

المقولة بتراضي الطرفين فإنها تنتهي كذلك بتراضيهما، ويغلب أن يسوي المتعاقدان الحساب فيما بينهما بإتفاق بضمانه التقابل، فإذا سكتا عن ذلك فإن المبادئ العامة، وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب، تتكفل بتسوية الحساب.

(الوسيط-١.٧-الدكتور السنهوري-المرجع السابق-ص٢٣٦ وما بعدها)

٢- إذا إمتنع التنفيذ حادث مفاجئ ينقضي عقد المقولة ولا يكون هناك محل للتعويضات.

وإذا كانت الأعمال تستلزم ترخيصا إداريا، فعدم الترخيص يعتبر إستحالة قهرية للتنفيذ.

ونزع ملكية الأرض التي كان يجب أن يقوم عليها العمل يكون سببا لإنقضاء العقد.

ووفقا للقواعد العامة لا يترتب علي الحادث المفاجئ إنقضاء العقد إذا وقع بسبب خطأ الطرف الذي يحتج به. وقد حكم في فرنسا بأنه ليس للمقاول أن يرفض القيام بالعمل بحجة أنه لم يمنح الترخيص الإداري إذا كان رفض الترخيص سببه أنه طلب الترخيص وإعانة مالية علي ألا يجزأ الطلب.

(العقود المسماة٤- للدكتور كامل مرسى-المرجع السابق-ص٥٣٨ وما بعدها)

٣- قد ينتهي عقد المقولة قبل تنفيذه، ولكنه إنتهاء يتفق مع القواعد العامة- وأهم أسباب ذلك الإنتهاء:

إستحالة التنفيذ- فسخ العقد- التقابل.

ولم يعرض القانون المدني لهذه الأسباب مكتفيا بتطبيق القواعد العامة، فيما عدا السبب الأول وهو إستحالة التنفيذ، فقد نص عليه صراحة في القانون.

ومن أمثلة إستحالة تنفيذ العقد علي المقاول لسبب أجنبي أن يكون العمل رسماً فنياً لا يقوم به إلا هو ثم أصيب بمرض أو حادث أفقده يده التي يرسم بها، أو عينه التي يبصر بها، أو كان العمل إجراء عملية جراحية لا تحتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجرائها، أو كان العمل إعطاء دروس فمرض المدرس مرضاً منعه من إعطائها حتى وقت الامتحان، أو كان العمل إقامة بناء من نوع معين من مواد البناء يستورد من الخارج فقامت حرب عالمية أو أهلية منعت استيراده، أو إقامة البناء ليكون جاهزاً في تاريخ معين لإقامة معرض، فقامت أسباب أجنبية يستحل معها علي المقاول إقامته قبل التاريخ المحدد. ففي كل هذه الأمثلة وأشباهها ينقضي إلزام المقاول بإستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، وينقضي إلزام رب العمل المقابل له، وينفسخ عقد المقاوله. متي إنتهي عقد المقاوله بالإنفساخ علي هذا الوجه استحق المقاول تعويضاً لا بموجب عقد المقاوله الذي إنتهي ولكن بموجب الإثراء بلا سبب.

(عقد المقاوله - للأستاذ عنبر- المرجع السابق- ص ٢٥٧ وما بعدها)

● **إنقضاء عقد المقاوله بإستحالة تنفيذه:** فقد رأينا أن المادة ٦٦٤ مدني قد نصت علي أن " ينقضي عقد المقاوله بإستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه "، ومن ثم يجوز للمقاول أن يثبت أن العمل المعهود به قد أصبح مستحيلًا فينقضي إلزامه بإستحالة التنفيذ وينقضي إلزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاوله من تلقاء نفسه تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ مدني والتي تقضي بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى بسبب إستحالة تنفيذه، انقضت معه الإلتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه "، ويعد نص المادة ٦٦٤ مدني تطبيقاً للمبدأ العام في انقضاء الإلتزام الذي تفره المادة ٧٧٣ مدني إذ تقول " ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء

به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه ". فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي، كأن العمل رسماً فنياً لا يقوم به غلاً هو ثم أصيب مما يجعل تنفيذ العمل مستحيلاً عليه كأن قطعت يده التي يرسم به أو فقد بصره أو كان العمل أجراً عملية جراحية عاجلة لا تحتمل الإبطاء أصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية، أو كان العمل إعطاء دروس للإعداد لإمتحان معين وبعد إعطاء بعض هذه الدروس مرض المدرس مرضاً استغرق الوقت الباقي لحلول موعد الإمتحان ومنعه المرض من المضي في إعطاء الدروس أو كان العمل في حاجة لرخصة إدارية وامتنت الإدارة من إعطاء هذه الرخصة، أو تكون الأرض التي تراد إقامة البناء عليها قد نزعت ملكيتها للمنفعة العامة. فى جميع هذه الأحوال ينقضى التزام المقاول بإستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، وينقضى التزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه (السنهورى ص ١٩٠ وما بعدها) ومتى انتهى عقد المقاولة بالإنفساخ على هذا الوجه استحق المقاول تعويضها لا بموجب المقاولة فقد أنتهت ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب فيستحق أقل القيمتين: قيمة ما أنفقه من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل فإن لم يكن قد بدأ العمل فلا يستحق أى تعويض ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ بل يستمر التنفيذ بواسطة السنديك فإن امتنع جاز للطرف الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض، وإذا أفلس المقاول وكان هو الذى قدم المادة ولم يتم العمل قبل الإفلاس فتظل المادة ملك المقاول ولا يجوز رب العمل استردادها ن التفليسة حتى لو كان دفع الأجر كله مقدماً إذ العبرة بتسلم رب العمل لا بإنجاز العمل فقبل التسليم يبقى الشئ ملكاً للمقاول، ولا يترتب على السبب الأجنبي انقضاء العقد إذا وقع بسبب خطأ الطرف الذى

يحتج به كما إذا طلب المقاول ترخيصاً واعانة مالية على ألا يتجزأ الطلب فلم يمنح الترخيص ويكون لرب العمل طلب الفسخ والتعويض فإن كان الخطأ من جانب رب العمل سرت أحكام المادة ٦٦٣ (أنور طلبه ص ٥٠٢ وما بعدها)

● **انقضاء المقاولة لانقضاء مدة العقد:** ينقضى عقد المقاولة بانتهاء مدة العقد، وذلك فى الحالة التى يتفق فيها على مدة لعقد المقاولة، وهذا يحدث فى المقاولات التى يكون محله 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 للترامه هذا زمن معين كشهر أو سنة، فغن انقضاء هذا الزمن يؤدى إلى انتهاء المقاولة وهذا الانتهاء يكون مألوفاً. غير انه لا يوجد ما يمنع من تجديد المقاولة، سواء صراحة باتفاق الطرفين على الإلتزام بالصيانة لفترة أخرى، أو ضمناً بأن يستمر المقاول فى أداء عمله فى مواعيد ودية، يعلم رب العمل، ودون اعتراض منه، ففى هذه الحالة الأخيرة يتجدد عقد المقاولة ضمناً بنفس شروط العقد السابق، ولكن لمدة غير محددة، فىكون لكل من طرفيه إنهاءؤه فى أى وقت. فىسرى على تجديد عقد المقاولة ما يسرى على تجديد عقد الإيجار.

● **فسخ عقد المقاولة:** يجوز لأى المتعاقدين طلب فسخ عقد المقاولة إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، وفق 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، ويترتب على فسخ عقد المقاوله انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ومن ثم لا يكون رجوع المقضى له بالفسخ على المتعاقد الآخر إلا بدعى الإثراء بلا سبب (عزمى البكرى ص ٣٦٤)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاوله 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 بإسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال النجارة المتعاقد عليها، وسلمت المطعون ضده شيكاً مسحوباً لصالح الشركة التجارية إستلم بمقتضاه أخشاباً قيمتها. ... وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة، فإن التكليف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين انه عقد مقاوله. ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاوله المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين إتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاسخ اعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عد المقاوله ونفاذاً له، 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 اسباب التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه (نقض ١٠/١٢/١٩٧٩ طعن ٤٩٧ س ٤٥ق) وبأنه " الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية (غير محددة المدة) ويترتب على الحكم به انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن غير أن الأثر الرجعى للفسخ لا ينسحب على الماضى إلا فى العقود الفورية أما فى غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها، لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد أن شيئاً من الأعمال الفنية التى تناولها العقد المؤرخ ١٤ - ١٧/٢/١٩٦٧ وملحقه المؤرخ ٤/٢/١٩٧٧ قد تم تنفيذه قبل سلسلة النزاع فإنه - أياً كان رأى فى التكييف القانونى لهذين العاقدين - لا محل للقول بأن الفسخ يقتصر أثره على هذين المسلسلين دون غيرهم من الأعمال وبالتالي فلا جناح على الحكم إن لم يرد على هذا الدفاع (جلسة ١٩٨٩/٣/٦ الطعن رقم ٢٩٠٢ لسنة ٥٧ق) وبأن " الحكم بفسخ عقد المقولة يبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ولا يكون رجوع المقاول - الذى أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استناداً إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ و أصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة، ولما كان يقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمادة ١٧٩ من القانون المدنى أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما اثرى أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الإثراء و الافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذى يقدر 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 " (جلسة ١٧/٣/١٩٧٠ الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٤١١).

**التقاييل من العقد:** ينقضى عقد المقاولة إذا اتفق المتعاقدان على التقاييل من العقد أى التحلل من العقد بإرادتهما المشتركة لأن العقد كما ينعقد بتلاقى إرادة الطرفين، يجوز التقاييل منه بذات الإدارة، وإذا سوى المتعاقدان حسابها مع التقاييل وهو الغالب، انتهى المر، أما إذا لم يتم ذلك طبقت المبادئ العامة وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب.

### من أحكام القضاء:

١- لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الإلتزام المترتب على عقد المقاولة قد أصبح غير ممكن تنفيذه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن رقم ٤٣١ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ٠٥/٠٤/١٩٦٦)

٢- الحكم بفسخ عقد المقاولة يبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول - الذى أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استناداً إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة. ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب

وفقا للمادة ١٧٩ 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 المقاوله الذى قضى بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق تاريخ الجلسة ١٧/٣/١٩٧٠)

\* \* \*

## تبعة الهلاك قبل تسليم العمل

### النص التشريعي (مادة ٦٦٥) :

(١) إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطلب لا ثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة علي من قام بتوريدها من الطرفين.

(٢) أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطئه وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل.

(٣) فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عند الإقتضاء.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٦٤ لبيي و ٦٣١ سوري و ٨٨٧ عراقي و ٥٤٠ سوداني و ٦٧١

و ٦٧٢ لبناني.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية، وصار رقم النص ٦٩٤ في المشروع النهائي وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلات لفظية أخرى وتغيير في ترتيب العبارات حتى صار النص مطابقاً لما أُنقِر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٩٣، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٥، مع ملاحظة أن الهلاك المشار إليه في المادة

يشمل السرقة، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة العمال التحضيرية ص ٥٩ - ص ٦٢).

### رأي الفقه :

١- إذا وقع الهلاك بخطأ المقاول- أو ما يعادل الخطأ بأن يعذر رب العمل المقاول أن يسلم الشيء فلا يسلمه- فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدني تجعل الهلاك علي المقاول لأن خطأه هو الذي سبب الهلاك. فإذا كان المقاول هو الذي قدم الخشب أو القماش، ثم هلك الأثاث بخطئه أو بعد أن أعذر بالتسليم، فإنه لا يأخذ أجرا علي عمله ولا يسترد نفقاته، ولا يرجع بقيمة الخشب أو القماش علي رب العمل، ويدفع تعويضا لرب العمل عما أصابه من الضرر من جراء هذا الخطأ وإذا كان رب العمل هو الذي ورد الخشب أو القماش، فإن المقاول وقد هلك الشيء بخطئه أو بعد أن أعذر بالتسليم لا يأخذ أجرا علي عمله ولا يسترد نفقاته، ويرجع فوق ذلك رب العمل عليه بقيمة الخشب أو القماش وبالتعويض عن كل ضرر آخر أصابه من جراء خطأ المقاول.

أما إذا كان الهلاك بخطأ رب العمل- أو ما يعدل الخطأ، بأن يكون رب العمل قد أعذر ليتسلم الشيء، فلم يفعل أو كان سبب الهلاك عيبا في المادة التي وردها للمقاول- فإن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدني تجعل الهلاك علي رب العمل لأن خطأه هو الذي سبب الهلاك. فإن كان المقاول هو الذي قدم الخشب أو القماش، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطئه أو بعد أن أعذر بالتسليم، فإنه يجبر علي دفع الأجر كاملا للمقاول كما لو كان قد تسلم الشيء، ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك وإذا كان رب العمل هو الذي ورد الخشب أو القماش، فإنه، وقد هلك الشيء بخطئه أو بعد أن أعذر بالتسليم أو كان الهلاك بسبب عيب في الخشب أو للقماش الذي

ورده، يتحمل وحده هنا أيضا الخسارة، ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملا للمقاول، ولا يرجع بشيء عليه من الخشب أو القماش الذي ورده له.

أما إذا كان الشيء لم يسلم إلي رب العمل ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه، وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائي أثبتته المقاول، أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم، فالذي يتحمل التبعة هو رب العمل، سواء كان هو الذي قدم المادة أم كان المقاول هو الذي قدمها. ويجب علي رب العمل أن يدفع الأجر كاملا للمقاول.

فلو أن المقاول هو الذي قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب، فمادام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل، فإن تبعة الهلاك كلها تقع علي المقاول. فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفق فيه، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئا. وهو أيضا يتحمل تبعة هلاك المادة التي قدمها، فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش علي رب العمل، لأنه لم يسلم الشيء إليه.

أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب، فإن تبعة الهلاك تقع علي المقاول أيضا فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته، ولا يستطيع أن يطالب بها رب العمل، لأن هذا الأخير لم يفد شيئا من عمل المقاول، فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات. أما المادة التي قدمها رب العمل من خشب أن قماش فهو الذي يتحمل تبعة هلاكها لأنه يبقي مالكا لها وهي في يد المقاول، والشيء يهلك علي مالكة كما تقضي القواعد العامة؟ تلك أحكام تبعة الهلاك بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ كما عنتها الفقرة الأولى من المادة ٦٦٥ مدني.

(الوسيط - ١٧-١- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٩٤ وما بعدها)

٢- أدخل المشرع علي النص المقابل في التقنين القديم تعديلا شكليا يقربه من نصوص التقنيات الحديثة.

وتقرر المادة ٦٦٥ مدني أن تبعة هلاك العمل مرتبطة بالتسليم، فالهلاك قبل التسليم علي المقاول، أما الهلاك للتسليم فيتحمل المالك تبعته، ويكون للمقاول الحق في طلب أجرته ونفقاته.

ولكن رب العمل يتحمل تبعة الهلاك، ولو قبل التسليم، في الحالة التي يعذر فيها أن يتسلم الشيء فلا يسارع إلي تسلمه، وكذلك في الحالة التي يكون فيها هلاك الشيء راجعا إلي خطأ منه أو إلي عيب في مادة العمل التي قدمها، وفي هذه الحالات يجوز الحكم علي رب العمل بالتعويض. (التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٤٧٦. العقود المسماة- للدكتور محمد كامل مرسي- المرجع السابق ص ٥٣٩ وما بعدها)

● **تبعة هلاك الشيء محل المقابلة:** إذا هلك الشيء قبل تسليمه لرب العمل. وكان ذلك بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، فإن تبعة الهلاك بتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة ولبيان ذلك نفرض أولا أن المقاول هو الذي قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب. فما دام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل، فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول، فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفق فيه، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئا، وهو أيضا يتحمل تبعة هلاك المادة التي قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل، لأنه لم يسلم الشيء إليه، وإذا فرضناه بائعا للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها. فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك قبل التسليم كما تقضى القواعد العامة، ونفرض نائبا أن رب العمل هو الذي قد الخشب



لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب، فإن تبعة الهلاك تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته، ولا يستطيع بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يفد شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات، أما المادة التي قدمها رب العمل من خشب أو قماش، فهو الذى يتحمل وتبعة هلاكها، لأنه يبقى مالكا لها وهى فى يد المقاول، والشئ يهلك على مالكة كما تقضى القواعد العامة (السنهورى ص ٧٥) مفاد ذلك أنه " إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة وهلك الشئ قبل تسليمه لرب العمل أو قبل اعذاره بتسلمه وكان ذلك بقوة قاهرة كحريق أو سرقة فإن تبعة الهلاك كلها تقع على عاتق المقاول فلا يستحق أجراء ولا مقابلا للمادة، أما أن كان رب العمل هو الذى قدم المادة فتنقسم التبعة فيتحمل المقاول ما يقابل أجره ونفقاته ويتحمل رب العمل تبعة هلاك المادة إذ أنه المالك لها والشئ يهلك على مالكة لكن إذا أمن المقاول عليها واستحق مبلغ التأمين رجع عليه رب العمل بمبلغ التأمين ولا يعتبر تحمل التبعة على هذا النحو من النظام العام فيجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول تبعة هلاك المادة. ويقع عبء إثبات القوة القاهرة على عاتق المقاول، ويعدل هلاك الشئ بعد التسليم أن يهلك قبل التسليم فى يد المقاول وهو حابس له حتى يستوفى الأجر فالهلاك يكون فى هذه الحالة على رب العمل (أنور طلبه ص ٥٠٥)

• **إذا كان الهلاك بخطأ المقاول:** وقد فرضنا فيما تقدم أن الهلاك قد وقع بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أما إذا وقع الهلاك بخطأ المقاول - أو ما يعدل الخطأ بأن يعذر رب العمل المقاول أن يسلم الشئ فلا يسلمه - فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدنى سألقة الذكر تجعل الهلاك على المقاول لأن خطؤه هو الذى سبب الهلاك، فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطاه أوب عد أعذر بالتسليم، فإنه

لا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته، ولا يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ويدفع تعويضاً لرب العمل عما أصابه من الضر من جراء هذا الخطأ وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش، فإن المقاول وقد هلك الشئ بخطاه أو بعد أن أعذر بالتسليم، لا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته، ويرجع فوق ذلك رب العمل عليه بقيمة الخشب أو القماش وبالتعويض عن كل ضرر آخر أصابه من جراء خطأ المقاول (محمد ليبب شنب ص ٨٩).

**إذا كان الهلاك بخطأ رب العمل:** أما إذا رجع الهلاك لخطأ رب العمل، أو بعد اعذاره من المقاول بتسلم العمل و كان سبب الهلاك عيب فى المادة التى قدمها - ما لم يكن المقاول بمكنته أن يعلم بالعيب وفقا لأصول المهنة - فتقع تبعة الهلاك على عاتق رب العمل فإن كان المقاول هو الذى قدم المادة أجبر رب العمل على دفع الأجر كاملا للمقاول أما أن كان رب العمل هو الذى قدم المادة فإنه يتحمل تبعة الهلاك وعليه أن يدفع الأجر كاملا للمقاول ولا يرجع بشئ عليه من المادة (أنور طلبه ص ٥٠٦)

### من أحكام القضاء:

١- لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الإلتزام المترتب على عقد المقاول قد أصبح غير ممكن تنفيذه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن رقم ٤٣١ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ٥ / ٤ / ١٩٦٦)

## مناطق انقضاء المقاولة بموت المقاول

### النص التشريعي (مادة ٦٦٦) :

ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد

التالية:

مادة ٦٠٥ لبيي و ٦٣٢ سوري و ٨٨٨ عراقي و ٥٤١ سوداني و ٦٤٣

لبناني و ٨٠٤ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدي وكان المشروع يتضمن فقرات اربع الفقرة الأولى تتفق مع النص على الوجه الذي أستقر به في التقنين المدني الجديد أما الفقرات الثلاث التالية فكانت تجرى على الوجه الآتي: ٢- وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندس المعمار أو مع أحد ممائل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة ٣- وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل و عرف يقضى بغير ذلك ٤- وفي سائر الأحوال الأخرى وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ويكون المفروض فإن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول

الشخصية، وهي التي كانت " محل الاعتبار الأول في التعاقد " وفي لجنة المراجعة أدخلت على الفقرة أولى تعديلات لفظية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد، وحذفت الفقرات الثلاث الأخيرة " لعدم الحاجة إليها " وأصبح رقم المادة ٦٩٥ في المشروع النهائي ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٤ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٣ - ص ٦٥).

### رأي الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٦٦٦ مدني - والمادة التالية ٦٦٧ مدني - أن موت المقاول ينهي - في بعض الحالات - عقد المقاولة. أما موت رب العمل فلم تعرض له النصوص.

فبالنسبة لموت رب العمل - تطبق القواعد العامة. ولما كانت شخصية العمل ليست في العادة محل اعتبار في عقد المقاولة، فإن موت رب العمل لا ينهي المقاولة، بل يبقى العقد قائماً ما بين المقاول وورثة رب العمل وقد حلوا محله، فيبقى هؤلاء مرتبطين بعد مورثهم، لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته، وذلك دون نظر لما إذا كانت المقاولة مفيدة الورثة فائدتها للمورث، ودون نظر لما إذا كان الورثة يستنسبون العمل محل المقاولة. فقد يكون هذا العمل بناء عمارة كبيرة، ولا يرغب ورثة رب العمل في استثمار أموال الشركة في مثل هذه العمارة، أن يؤثرون اقتسام هذه الأموال، ومع ذلك يبقون ملتزمين بدفع الأجر كاملاً للمقاول، ولهم الحق في أن يطلبوا منه إنجاز العمل وتسليمه وضمانه.

وبديهي أن التزامهم بدفع الأجر للمقاول يكون في حدود أموال الشركة ومن هذه الأموال، ويصبحون بعد إقامة العمارة مالكين لها في الشيوع كل بقدر حصته في الشركة.

وإنما يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لرب العمل نفسه لو أنه كان حيا، وهو أن يتحللوا من المقاوله قبل إتمامها طبقا لأحكام المادة ٦٦٣ مدني، علي أن يدفعوا للمقاول من أموال التركة جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

أما بالنسبة لموت المقاول - ويلحق به أن يصبح عاجزا عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه (رساما - طبييا - مهندسا)، فقد تقدم أن المقاوله تنسخ كما كانت تنسخ بموت المقاول، ويأخذ العجز عن العمل حكم الموت، ويستوي أن يكون المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا، أو أصبح عاجزا بعد إبرام المقاوله وقبل البدء في تنفيذ العمل.

### ويجب التمييز - عند موت المقاول أو عجزه - بين حالتين:

**الأولي-** أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل إعتبار في التعاقد.

**والثانية-** ألا تكون هذه المؤهلات محل إعتبار.

والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل (الكفاية الفنية - الأمانة - حسن المعاملة - التخصص في نوع العمل محل المقاوله - التجربة العملية).

والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل إعتبار في

التعاقد مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى.

علي أنه يستخلص من النصوص أن رجال الفن كالرسمامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين، وأصاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل إعتبار

في التعاقد. أما العمال والصناع كالنفاشين والسباكين والنجارين، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية محل إعتبار في التعاقد إلا إذا قام دليل أو عرف يقضي بغير ذلك.

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل إعتبار في التعاقد، ومات المقاول فإن عقد المقاولة ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موت المقاول، دون حاجة لفسخه من جانب رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول، ويفهم ذلك بطريق الدلالة العكسية لما نصت عليه المادة ٦٦٦ مدني.

وإذا أراد الطرفان المضي في التنفيذ، فلا بد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديدين بين رب العمل والورثة، ويكون تاريخ العقد من وقت الاتفاق الجديد لا من وقت المقاولة الأصلية.

وتتفسخ المقاولة بموت المقاول -أو عجزه- سواء أكان هو الذي قدم المادة المستخدمة في العمل أو رب العمل، وسواء أكانت المقاولة أصلية أم مقولة من الباطن، وسواء أكان الأجر جزئياً أم بسعر الوحدة، وأياً كان محل المقاولة بناء أو إنشاء أو أي شيء آخر.

أما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل إعتبار، فإنه طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٦ مدني لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ من القانون المدني.

(الوسيط -١-٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٥٣ وما بعدها)

٢- لم يعرض نص المادة ٦٦٦ مدني - والمادة التالية لها- ولا المواد المقابلة لهما في التشريعات العربية لموت رب العمل، فلا يبقى إلا تطبيق

القواعد العامة، لأن شخصية رب العمل ليست في العادة محل إعتبار في عقد المقاولة. ولذلك فإنه لا ينهي عقد المقاولة، ويحل ورثته محله فيه في كل حقوقه وإلتزاماته دون ما نظر لما إذا كانت المقاولة ذات فائدة لهم بقدر ما كانت لمورثهم أم لا.

وبديهي أن إلتزامهم بدفع الأجر للمقاول يكون في حدود أموال التركة ومن هذه الأموال.

وإنما يجوز لهم ما كان لرب العمل نفسه لو كان حيا، وهو أن يتحللوا من المقاولة قبل إتمامها بالشروط والأوضاع التي كانت لمورثهم. ويلحق بالوفاء عجز المقاول، وله حكمها.

#### ويجب التمييز - في موت المقاول - بين حالتين:

**الأولى -** أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل إعتبار في التعاقد، في هذه الحالة ينقضي العقد.

والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل الصفات التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل كسمعة المقاول، وكفايته الفنية، وأمانته، وحسن معاملته، ومؤهلاته العملية، وتخصصه في نوع العمل، ونجاحه فيما قام به من قبل من أعمال تكسبه تجربة لا تتوافر لغيره.

وتوافر هذه الحالة من عدمه مسألة واقع، لقاضي الموضوع الرأي الأعلى فيها.

**والثانية -** ألا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل إعتبار في التعاقد، ويكون ذلك في المقاولات التي يكون محلها عملا عاديا أو عملا بسيطا في صنعه أو عملا لا يحتاج إلي مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أي شخص من الحرفة، سواء أكان العمل كبيرا أم صغيرا.

### وفي هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين:

(أ) إذا لم تتوافر في ورثة المَقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، كأن لا يكون فيهم من يعمل في نفس حرفته، أو ليس في مثل درجته من المِران والكفاية والمستوي، أو ليس لديهم من الضمانات وغير ذلك مما يبعث الطمأنينة في نفس رب العمل، وفي هذه الحالة يحكم بفسخ العقد، وللقاضى تقدير كل حالة يحكم بفسخ العقد، وللقاضى تقدير كل حالة باعتبارها مسألة واقع.

(ب) إذا توافرت في ورثة المَقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في هذه الحالة لا يمكن أن يجاب رب العمل ولا ورثة المَقاول إلي طلب الفسخ، بل يكون ورثة المَقاول ملزمين بالمضي في تنفيذ العقد، وتنتقل إليهم إلزاماته في حدود التركة. ولكن هذا لا يمنع رب العمل من إستعمال حقه في التحلل من العقد بإرادته المنفردة.

(عقد مَقاول- للأستاذ عنبر- المرجع السابق- ص ٢٦٤ وما بعدها، والعقود المسماة-)

للدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٤٦ وما بعدها)

#### ● إنتضاء المَقاولة بموت المَقاول: فعقد المَقاولة من العقود المالية

والأصل أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار فى التعاقد، ومن ثم فغن الأصل أن المَقاولة لا تنتهى بموت المَقاول، لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عن يقوم بهذا العمل، ولذلك لم تكن شخصية المَقاول 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 المَقاول نفسه. غير أن النص استثنى من هذا الأصل العام، حالة ينقضى فيها عقد المَقاولة بموت المَقاول، وهى إذا كانت مؤهلاته الشخصية



محل اعتبار فتنص المادة ٦٦٦ مدنى على أن "ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول 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 ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " وبناء عليه إذا مات المقاول - ويلحق بالموت عجزه عن اتمام العمل لسبب لا دخل له فيه - فإن المقاولة تنفسخ بحكم القانون ويتحلل كل طرف من التزاماته إذا كانت المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى التعاقد سواء كانت المقاولة أصلية أو من الباطن ويلاحظ أن موت المقاول الأصلى ينهى المقاولة الأصلية والمقاولة من الباطن خلافا لموت المقاول من الباطن، ويعتبر من المؤهلات الشخصية سمعة المقاول الفنية والأمانة وحسن المعاملة وتخصه وما سبق له القيام به من أعمال ناجحة، والبت فى أمر المؤهلات من مسائل الواقع مما ينفرد به قاضى الموضوع، مع مراعاة أن أهل الفن كالمطربين والرسامين وأصحاب المهن الحرة كالأطباء والمحامين والمهندسين، تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار فى التعاقد، أما النجارين والنقاشين فإن مؤهلاتهم الشخصية تكون محل اعتبار كذلك حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وفى المقاولات الكبيرة كالعمارات فيقوم بها مقاولون لا يعتمدون على مؤهلاتهم الشخصية بل على مهندسين وأدوات ورأس مال فلا تكون لهؤلاء مؤهلات شخصية فى الغالب ومن ثم تنتقل المقاولة إلى الورثة ويلتزمون بالاستمرار فى المقاولة (أنور طلبه ص ٥٠٧) أما أن مات المقاول ولم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد فلا ينفسخ العقد لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها بصرف النظر عن 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 المقاول فى هذه الحالة أن تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، وإذا لم تتوافر هذه الضمانات، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ المقاول 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 المقاول مع الورثة، الضمانات الكافية لتنفيذ الورثة العمل المتفق عليه بعقد المقاول ومن هذه الضمانات أن يكون من بين الورثة من يحترف مهنة مورثة ومنها أيضاً 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 مستمراً مع ورثة المقاول. ومتى توافرت الضمانات الكافية لدى الورثة استمر العقد قائماً 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 (٦٣٣) مدنى بالتدخل 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 (٦٦٦) مدنى فى عجزها بقولها: "ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣... إلخ".

**عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل:** جاء النص قاصرا على موت المقاول فلم يتناول موت رب العمل ومن ثم تعين تطبيق القواعد العامة، فيبقى العقد قائما ما بين المقاول وورثة رب العمل فيكون لهم حقوقه وعليهم، في حدود التركة، التزاماته، لكن يجوز لهم التحلل من المقاولة وفقا للمادة ٦٦٣ على أن يدفعوا للمقاول ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما فاتته من كسب بسبب عدم إتمامه العمل (أنور طلبه ص ٥٠٧) ويجب على الورثة اتباع حكم المادة ٨٢٩ مدنى فى هذا الشأن، فيجب أن يكون قرارهم بالتحلل من عقد المقاولة ممن يملك على الأقل ثلاثة أرباع التركة مستنديين فى ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة، ولكن 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 (السنهورى ص ٣٩٤).

\* \* \*

## التزام رب العمل عند انقضاء المقاولة بموت المقاول

### النص التشريعي (مادة ٦٦٧) :

- (١) إذا إنقضى العقد بموت المقاول؛ وجب علي رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات.
- (٢) ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها، علي أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً.
- (٣) وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدا المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأنظار العربية، المواد التالية:

مادة ٦٦٦ لبيي و ٦٣٣ سوري و ٨٨٩ عراقي و ٥٤٢ سوداني و ٦٤٤ لبناني و ٨٠٥ أردني جديد.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وفيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى " وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له في جملته، إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة " فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقم ٦٩٦ في المشروع النهائى، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٥ - ص ٦٧).

## رأي الفقه :

١- يترتب علي فسخ - أو إنفساخ- المقاوله، بموت المقاول، إنقضاء الإلتزامات التي كانت قد ترتبت عليها. فإن كانت وفاة المقاول قبل البدء في تنفيذ العمل، فإن أحدا لا يرجع علي الآخر بشيء، فإذا كان التنفيذ قد بدأ وتطلب إنفاق مصروفات والقيام بأعمال، فإن رب العمل يلتزم بأن يدفع التركة أقل القيمتين: قيمة ما أنفقه المقاول في العمل الذي أتمه، وقيمة ما إستفاد به رب العمل من هذا العمل، وفقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب. ويترتب أيضاً أنه لو كان رب العمل هو الذي قدم المادة، ثم انقضت المقاوله بالفسخ أو الإنفساخ لموت المقاول فإن مؤدي القواعد العامة أن ملكية المادة تبقى للورثة، علي حين أن المادة ٦٦٧ / ٢ مدني أجازت لرب العمل في هذه إجبار الورثة علي أن يسلموه المواد التي تم تصنيعها أو التي بدئ في تنفيذها بعد أن يدفع لهم التعويض العادل.

(الوسيط- ١٧٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٢٦١ وما بعدها)

٢- يقرر التقنين الجديد- كالتقنين القديم- إنتهاء المقاوله بموت المقاول أو عجزه عن العمل بسبب لا يد له فيه. ويلتزم رب العمل في هذه الحالة بأن يدفع للمقاول أو للتركة أقل القيمتين: ما أنفقه المقاول في استحضار المهمات والأدوات وتنفيذ ما أنجزه من الأعمال، أو ما عاد علي رب العمل من نفع من هذه النفقات. ويزيد التقنين الجديد علي هذه الأحكام حكماً جديداً، مؤداه أنه يجوز لرب العمل في نظير إلتزامه المتقدم أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها، في مقابل تعويض عادل. فإذا إمتنع المقاول أو الورثة عن تسليمه شيئاً من ذلك، كان له بدوره أن يمتنع عن دفع شيء لهم حتى ينفذوا ما هو مطلوب

منهم. علي أن هذه الأحكام لا تسري إلا إذا كانت شخصية المقاول محل عند التعاقد، كما إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو من يمثلهم. وتفترض هذه الصفة أيضاً في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع. أما في المقاولات الكبيرة، فيكون المفروض أن اسم المقاول في السوق، لا صفاته الشخصية، هي محل الإعتبار. وفي هذه الحالة لا يتأثر العقد بموت المقاول، إلا إذا ثبت عدم كفاية ورثته للإستمرار في تنفيذ العمل.

(التقنين المدني- للدكتور عرفه- المرجع السابق- ص ٤٧٧ و ٤٧٨)

٣- ككل عقد لا ينتهي عقد الوكالة بإفلاس أحد المتعاقدين، وإنما يمكن الرجوع بتعويضات إذا ترتب علي الإفلاس عدم تنفيذ العقد. وإذا أفلس المقاول الذي قدم المادة قبل تسلم العمل، فإن الشيء المصنوع يكون خاضعاً لدعوى دائنيه، لأنه يكون ملكاً له، فلا يستطيع رب العمل المطالبة بإستحقاقه إياه، ولو كان قد دفع مقدماً مبلغاً علي الحساب، وحتى لو كان قد دفع كل الثمن.

(العقود المسماة- الدكتور كامل مرسي- المرجع السابق- وما بعدها)

ملحوظة: أشارت بعض المؤلفات الفقهية إلي عدة أنواع من عقود

المقاولات الخاصة، ومنها:

- (١) عقد نشر المصنفات.
- (٢) عقد الإعلان.
- (٣) عقد العرض المسرحي.
- (٤) عقد مقولة الحفلات أو الألعاب.
- (٥) عقد طبع بين الناشر وإحدى المطابع.

وتخضع تلك العقود - بوجه عام - إلي القواعد التي سبقت في عقد المقاوله المتقدمه، وإن كانت هذه العقود الأخيرة لها بعض الخصائص الرئيسية، إلا أن القانون المدني لم يتناولها خاصة بالتنظيم، إذ كان هذا المؤلف - بأجزائه الخمسة - قد إقتصّر علي أن يعد تعليقاً علي نصوص القانون المدني، فقد اكتفيا بهذه الإشارة، ليرجع كل من يعنيه الأمر إلي أحكام تلك العقود الخاصة من المقاولات في مصادرها.

**ما يترتب على انقضاء المقاوله بموت المقاول :** المقاول، سواء انتهت من تلقاء نفسها لأنها قامت على اعتبار مؤهلات خاصة في شخص المقاول أو انتهت عن طريق الفسخ بناء على طلب رب العمل أو على طلب الورثة لأن هؤلاء لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإن الإلتزامات التي أنشأها عقد المقاوله في جانب رب العمل أوفى جانب المقاول تنقضي بانتهاء العقد، فلا يعود الورثة ملتزمين بالمضى في العمل، ولا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر، ومن اليسير الوقوف عند ذلك لو أن موت المقاول وقع قبل أني بدأ تنفيذ المقاوله، فلا يرجع أحد منح المتعاقدين بشئ على الآخر، إلا كان رب العمل قد عجل شيئاً من الأجرة فإنه يسترده ولكن الذي يحدث غالباً أن يكون المقاول قد بدا تنفيذ المقاوله قبل موته، فاشترى المادى اللازمة لاستخدامها في العمل وبدأ العمل فعلاً في هذه الماده أو في الماده التي يكون رب العمل قد قدمها، فأنفق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز من العمل أو مهد لإنجازه. وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من الماده ٦٦٧ مدنى إذ رأينا تقول " إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، ذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات " فالنص كما نرى يطبق بأن يرد لورثة المقاول

أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه المقاول فى الأعمال التى أتمها أو مهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال (السنهورى ص ٢١٢ وما بعدها) وعلى ذلك إذا كانت العمال والنفقات التى قام بها المقاول لا فائدة منها لرب العمل، كما لو كان لا يستطيع أحد إتمام هذه الأعمال بعد وفاة المقاول فإن رب العمل لا يلتزم بدفع قيمتها للتركة. كذلك إذا كان النفع الذى سيعود على رب العمل من هذه النفقات والعمال أقل من قيمتها، فإن رب العمل لا يلتزم بأن يدفع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما لو كان من الضرورى إعادة تنفيذ جزء مما أتمه المقاول قبل وفاته (محمد لبيب شنب ص ١٨٧) وإذا كان رب العمل هو الذى ورد المواد اللازمة للعمل، ومات المقاول 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 المقاول قيمة العمل الذى قام به، وذلك إذا كان العمل الذى قام به المقاول نافعا له، بأن كان من الممكن أن يعهد إلى مقاول آخر بإتمامه. أما إذا كان لا يمكن ذلك فإنه لا يلتزم بشئ، وإذا لم يكن أجر المقاول محددًا بالعقد، فإنه يقدر طبقا لما تقضى به المادة ٦٥٩ مدنى التى تجرى على أنه " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقولة، وقد سبق أن أوضحنا ذلك تفصيلاً، ويقدر قيمة ما أنجزه المقاول على هذا الأساس، وإذا كان المقاول هو الذى ورد المادة، كأن كانت المقولة صنع أثاث فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة وصرف نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضا منه، فإن رب العمل يدفع لورثته المقاول قيمة الخشب والرسوم ويرد النفقات التى صرفت فى إنجاز العمل أو فى التمهيد لإنجازه وأجر المقاول عن الوقت الذى صرفه فى كل ذلك، وقد كان القواعد العامة تقضى بأن المقاول لا يزال بملك



ما بدأ فى صنعه من الأثاث لأنه هو الذى ورد المادة، ولا تنتقل إلى رب العمل إلا عند تمام الصنع، وكان مقتضى هذا أنه يجوز للورثة، وقد انتقلت إليهم الملكية من مورثهم، أن يستبقوا ما بدأ هذا الأخير فى صنعه لأنفسهم على ألا يرجعوا بشئ على رب العمل وعلى أن يردوا ما يكون قد عجله من الأجر، ولكن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٧ مدنى تقول كما رأينا " ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً، فجاء هذا النص بحكم يخرج على القواعد العامة، ويجيز لرب العمل أن يجبر الورثة، بعد أن يدفع لهم التعويض العادل على النحو الذى بيناه على أن يسلموا له المواد التى تم إعدادها من الأثاث والرسوم التى بدئ فى تنفيذها (محمد لبيب شنب ص ١٨٧، ١٨٨)

\* \* \*

## عقد التزام المرافق العامة

### النص التشريعي (مادة ٦٦٨) :

التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد

التالية:

مادة ٦٦٧ لبيي و ٦٣٤ سوري و ٨٩١ عراقي و ٥٤٣ سوداني.

### الأعمال التحضيرية :

إستند المشروع في تقريره للأحكام التي أخذ بها إلي بعض الحقائق الثابتة، وعلي الأخص إلي وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد إستغلالها بمقتضى عقود إلتزام تضمنها شروطاً لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه، وإلي أن من المجمع عليه الآن في القضاء المصري والفرنسي وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التي يعقد إليها بإستغلال المرفق العام كما هي ملزمة للعملاء. وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية في أول الأمر عن طريق الإلتجاء إلي فكرة الإشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٣٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦...). ولكن من المتفق عليه الآن أن الإحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلي ما لها من طبيعة اللائحة الإدارية.

والأحكام التي أوردتها المشرع في هذا الفرع إنما تبني علي هذه الحقائق الثابتة والنتائج القانونية المترتبة عليها وهي تكسب المبادئ العامة في التقنين المدني شيئاً من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق. وعلي هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإداري الناشئ والأسس العامة في التقنين المدني، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل، فهو يصل بين التشريع الصناعي الذي لا يزال في بداية عهده في مصر والأساس القانوني العام في التقنين المدني.

ولما عرض موضوع إلترام المرافق العامة علي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترح حذف المواد من ٦٦٨ إلي ٦٧٣ وهي الخاصة بإلترام المرافق العامة لأن محله الطبيعي القانون الإداري ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من إختصاص القضاء الإداري ولأن تعيين هذا الإلترام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإداري المصري- ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم، وهذا الجانب مدني الصيغة. وقد إستقر قضاء المحاكم المصرية علي خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدني.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٥- ص ٦٨ و ٦٩ و ٧٠)

### رأي الفقه :

- ١- يتبين من نص المادة ٦٦٨ مدني أن عقد إلترام المرفق العام له عناصر تميزه عن سائر العقود- ويمكن حصرها في ثلاثة:
- (١) أن يكون عقد إلترام المرفق مبرما بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها بإستغلال المرفق. فالتعاقد الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التي أنشأت المرفق العام

وقامت بتنظيمه. وتكون هذه الجهة هي الدولة، أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية: المحافظة أو المدينة أو القرية. والمتعاقد الآخر يكون في الغالب شركة، وقد يكون فرداً، والمهم أنه لا يعتبر بتعاقده علي إدارة المرفق من أشخاص القانون العام أي موظفاً عاماً، بل يعتبر من أشخاص القانون الخاص.

(٢) أن يكون محل العقد إدارة مرفق العام وإستغلاله - ويجب أن يكون هذا المرفق، كما يقول النص فيما رأينا: "ذا صفة إقتصادية"، فيكون من المرافق الإقتصادية الصناعية أو التجارية، لا من المرافق الإدارية البحتة. وأكثر ما يمنح الإلتزام في مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها. أما المرافق الإدارية البحتة، كال دفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم فلا تدار بطريق الإلتزام وإنما تدار إدارة مباشرة.

(٣) أن يكون لعقد إلتزام المرفق العام مدة معينة، أو كما تقول المادة ٦٦٨ مدني "فترة من الزمن"، فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً، أو لمدة غير معينة، أو لمدة معينة بالغة في الطول، بل يجب أن تكون المدة بحيث تسمح للسلطة الإدارية بتغيير طريقة إدارة المرفق مع تطور الظروف، وفي الوقت ذاته تسمح للملتزم أن يقتضي من إستغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذي استثمره. وقد حدد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المدة بثلاثين يوماً (م ١ و ٨).

### **والحقوق التي ينشأها عقد الإلتزام الملتزم، ويمكن حصرها في أربعة:**

(١) الإنفرد بإستغلال المرفق العام عن طريق الإحتكار أو عن طريق الإمتياز، ويغلب أن يمنح عقد الإلتزام الملتزم حق الإنفرد بإستغلال

المرفق العام، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذا المرفق، وهذا هو الإحتكار القانوني، ويكون ذلك في المرافق العامة التي لا تحتل المنافسة إذ يكون فيها ضياع للأموال والجهود (السكك الحديدية في بعض المناطق - النور والغاز والكهرباء - الترام - الأتوبيس).

(٢) تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق وإستغلاله، فتمنحه السلطة الإدارية الترخيصات اللازمة، وتسمح له بإستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التي يلزم إستعمالها لإدارة المرفق، وتخوله سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق (حق نزع الملكية - حق تحرير محاضر المخالفات - تقرير نفقات أو قروض بأجل بعيدة).

(٣) تقاضي رسوم من المنتفعين بالمرفق، أي العملاء المستهلكين مقابل إنتفاعهم، وهذا المقابل لا يعتبر أجره تسري عليها أحكام القانون المدني، ولكنه يعتبر رسماً تسري عليه أحكام القانون الإداري، ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الإنتفاع بالمرافق العامة.

(٤) الحق في التوازن المالي للمرفق، والأصل أن الملتزم المرفق العام لا يخلو من المخاطرة، فالملتزم يسعى للربح ويتحمل الخسارة - إلا أن التوازن المالي للمرفق يختل في حالتين:

(أ) أن يواجه الملتزم في إدارته للمرفق عملاً السلطة الإدارية تقلب به الميزان المالي للمرفق (كإنخفاض الأسعار الذي يسبب خسارة فادحة تصيب الملتزم)، فللملتزم أن يرجع علي السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن، لأن هذه السلطة هي التي بفعلها أخلت به.

(ب) ظروف طارئة لم تكن في الحسبان، لا تنسب لا إلي مانح الإلتزام ولا إلي الملتزم، وتجعل إستغلال المرفق بالشروط المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقا للملتزم بحيث يتهدهد بخسارة فادحة. وبموجب نظرية الظروف الطارئة هذه يحق للملتزم أن يعيد التوازن للمرفق، بتعديل شروط إستغلاله أو برفع الأسعار حتى لا يتحمل وحده كل الخسارة التي نجمت عن هذه الظروف الطارئة.

فعند الإلتزام يوجب علي الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها المرفق إلي العملاء وفي بعض الحالات يوجب عقد الإلتزام علي الملتزم أيضا أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق وإدارته وإستغلاله. **فيترتب إذن في ذمة الملتزم بموجب عقد الإلتزام، إلتزامان:**

**الأول-** القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق، إذ كثيرا ما يحتاج المرفق إلي إنشاءات لازمة لتسييره، وهي منشآت يجعلها عقد الإلتزام عادة علي الملتزم لما يتكلفه من نفقات باهظة في المنشآت اللازمة لتسييره.

**الثاني-** القيام بإدارة المرفق، وهو الإلتزام الجوهري الذي يترتب في ذمة الملتزم ومن أجله منح الإلتزام، ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الإستمرار والإنتظام ومسايرة التطور وأن علي الملتزم أن يتقيد بالأسعار التي وضعتها السلطة العامة بما يلحقها من تعديلات تقتضيها المصلحة العامة، وأن يكفل المساواة بين العملاء فلا يميز أحدا منهم علي الآخر.

ويخضع الملتزم لرقابة مانح الإلتزام وإشرافه، سواء نص عقد الإلتزام علي ذلك أم لم ينص.

والرأي الراجح أن عقد الإلتزام عقد إداري برغم أنه يتكون من توافق إرادتين (إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم)، وأنه لا يخضع في جميع مشتملاته لقواعد القانون المدني، بل يخضع القانون الإداري في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة.

ويترتب علي أن عقد الإلتزام عقد إداري (أو تصرف مركب كما يقول ريجيه) فلا تسري القواعد المدنية في جميع نواحيه، أنه يجب التمييز في هذا العقد بين طائفتين من النصوص: نصوص قانونية، ونصوص تنظيمية: (١) فالنصوص التعاقدية تخضع لقواعد القانون المدني، فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين، وهي النصوص التي ينشئها عقد الإلتزام من حقوق والتزامات شخصية (مدة الإلتزام - إسترداد - الإلتزامات المالية المتقابلة المترتبة في ذمة كل من الملتزم ومانح الإلتزام).

(٢) أما النصوص التنظيمية - فهي التي تتعلق بتنظيم المرفق في ذاته، ووضع طرق مرسومة لإدارته بما يكفل له الإستمرار والإنتظام ومسايرة التطور وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء بحيث لا يمتاز عميل علي آخر، وتقرير حق السلطة الإدارية في إستمرار المرفق قبل إنقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. هذه النصوص التنظيمية لها حكم القانون، تملك السلطة الإدارية بمحض سلطانها ومن غير موافقة الملتزم نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة. وهذه الولاية في النقض والتعديل تخلص للسلطة الإدارية بإعتبارها المهيمنة علي المصلحة العامة التي يحققها المرفق، ومصدر هذه الولاية هي المبادئ المقررة في القانون الإداري.

(الوسيط - ١٠٧ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٢٧٩ وما بعدها)

٢- إلترام المرافق العامة، أو إمتياز المرافق العامة، هو عقد إداري، فالجهة الإدارية هي دائماً أحد طرفيه، وموضوعه هو إدارة مرفق عام ذي صفة إقتصادية أي القيام بأداء خدمة عامة للجمهور بطريقة منتظمة ومستمرة كالنقل بالترام أو توريد الماء أو الكهرباء.

وبذلك يفترق الإلترام عن عقد التوريد الذي بمقتضاه يتعهد شخص بتوريد أشياء منقولة لإحدى المصالح العامة مقابل ثمن متفق عليه، كما يفترق عن عقد مقاوله الأشغال العامة الذي بمقتضاه يتعهد شخص بالقيام ببناء منشآت ثابتة (كخزان- أو نفق- أو طريق عام- أو أبنية- أو ترميمها- أو صيانتها) لحساب إحدى جهات الإدارة مقابل أجر متفق عليه. ويتحمل الملتزم بنفقات العمل الذي منح إمتيازاه وكذلك بمخاطرة وتتعهد الجهة الإدارية في بعض عقود الإلترام بدفع إعانة سنوية أو بضمان حد أدنى للأرباح.

وقد تشترط الجهة الإدارية أن يدفع لها الملتزم إنارة سنوية، ولا يجوز النزول عن الإلترام بغير إذن الجهة الإدارية، لأنها إنما تعاقدت مع الملتزم لتقنتها به.

وللملتزم أن يحصل من الجمهور مقابل ما يقدمه من الخدمات، ولكن تحدد تعريفه ما يحصله تشرف عليه الجهة الإدارية، ويحدد القانون عادة أرباح الملتزم.

ويكون منح الإلترام عادة لمدة طويلة، وعند إنتهاء الأجل يعود الإلترام إلى الجهة الإدارية التي منحتة.

ويجوز النص في عقد الإلترام علي أن الجهة الإدارية حق شرائه قبل إنتهاء الأجل.

(العقود المسماة ٤- للدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٧٨ و ٥٧٩)



٣- لم يتعرض التقنين القديم لتنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة، لكون هذا التنظيم أوثق صلة بالتقنين الإداري منه بالتقنين المدني. ومن المقرر أن العقود التي تعقدها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة، تختلف حتماً في كثير من النواحي عن العقود التي يعقدها الأفراد فيما بينهم، فمن الواجب إذن إصدار تشريع خاص لتنظيم العلاقات بين ملتزمي المرافق العامة والمنتفعين بها، وتحديد موقف السلطة العامة قبل المفاوض الذي تمنحه إمتياز إستغلال مرفق عام، ولن تجدي المحاولة التي أقدم عليها المشروع في هذا التقنين في سد الفراغ الموجود في هذا الصدد.

(التقنين المدني- للدكتور عرفه- المرجع السابق- ص ٤٧٨، وقرن المرفق العام وضوابط تحديد- بحث المستشار حلمي بطرس- مجلة إدارة قضايا الحكومة- السنة ١- العدد ١- ص ١٠١)

• **المقصود بالمرفق العام:** البعض يعرف المرفق العام بأنه منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لإدارة هذه السلطة بقصد تحقيق حاجات عامة. وهذا التعريف يستند إلى أساس عضوي فيجد المرفق في فكرة المنظمة أو الهيئة التي تتولى النشاط. والبعض يعرفه بأنه نشاط تتولاه هيئة عامة بقصد تحقيق النفع العام أو أنه كل نشاط تقوم به الإدارة لصالح الأفراد. ويستند هذا التعريف إلى أساس موضوعي يوجد في طبيعة النشاط ذاته الذي يتولاه المرفق (الدكتور محمد فؤاد مهنا مبادئ وأحكام القانون الإداري ١٩٧٣ ص ٥٨٣ - د سليمان محمد الطماوي الوجيز في القانون الإداري ١٩٨١ ص ٥٨٦) على أن المسلم به من 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، حتى أن البعض من هذا الفقه قد استعمل في 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. وقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة 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 العام والمرجع فى توفر صفة المرفق العام فى المشروع أو عدم توافرها فيه إلى الظروف المحيطة به، والقواعد التى تضعها السلطة العامة لتنفيذ والقيام به والإشراف عليه، مع الاستهداف بقصد الدولة القوامه أصلاً على المرفق العامة" (فتوى رقم ١٧٨ - الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة - بتاريخ ١٦/٥/١٩٥٤)

#### • خصائص المرفق العام: للمرفق العام ثلاث خصائص هى: أولاً:

يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا فاع عام، كتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة، فإن لم يكن ذا نفع عام، وإنما كان لمصلحة خاصة، فإنه لا ي كون مرفقاً عاماً بل يكون مرفقاً مدينياً، حتى لو أدارته الدولة، فإدارة الدولة لأملكها الخاصة لا تعتبر إدارة لمرفق عام، لأن أملك الدولة الخاصة ليس ذات نفع عام. ثانياً: يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح، وإذا كانت إدارة المرفق العام تدر فى بعض الأحوال ربحاً، فإن ذلك إنما يأتى عرضاً وكغرض ثانوى، أما

الغرض الأساسى فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة، فالمرافق الاقتصادية لا تكون مجانية، بل هى بمقابل يدفعه المستهلكون فى صورة رسوم، ولكن الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم، لا حتى ربح تجارى، بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه بالذات، ولو جعلته مجانياً لتحميل نفقاته دافعو الضرائب، وليس من العدل فى المرافق الاقتصادية أن يتحمل نفقاتها دافعو الضرائب ولو كانوا من غير المستهلكين، فإذا قصدت الدولة من إدارة مشروع أن تجنى منه ربحاً كاحتكار الحكومة الفرنسية للدخان - لما كان المشروع مرفقاً عاماً. ثالثاً: يجب أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف على إدارته جهة إدارية، فالمشروع الذى تديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقاً عاماً ولو كان ذا نفع عام، كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة، وكذلك العكس صحيح، كما قدمنا فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقاً عاماً إذا لم يكن ذا نفع عام والجهات الإدارية التى تدير المرافق العامة أو تنظمها وتشرف على إدارتها إما أن تكون الدولة وما يتفرغ عنها من مؤسسات عامة، وإما أن تكون أشخاصاً إدارية محلية وهى مجالس المحافظات والمدن والقرى (السنهورى ص ٢١٨ وما بعدها)

#### • أقسام المرافق العامة: يمكن تقسيم المرافق العامة أقساماً متعددة

بحسب الزاوية التى تنظر منها إليها وذلك على النحو التالى :

##### ١- المرافق الإدارية البحتة: والمرافق الإدارية البحتة هى المرافق التى

تؤدى خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية وهذه هى المرافق التى كانت الدولة تقتصر عليها فى الماضى، قبل أن تنشط حركة تدخلها فى النواحي الاقتصادية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية، وأهم هذه المرافق الإدارية البحتة هى مرفق الدفاع ومرفق الأمن ومرفق العدالة ومرفق الصحة

ومرفق التعليم. وتتميز هذه المرافق بأنها تؤدي نشاطا مما يدخل في صميم وظيفة الدولة، ويعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن القيام به، أو لا يجدون مصلحة في مباشرته وتستخدم الدولة في مباشرة هذا النشاط وسائل القانون العام، وقد تستخدم في 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 عليه لقاء تحمل الهيئة بنفقات تعليمها وإيوائها أن تلحق بخدمة مستشفاهما لمدة الخمس السنوات التالية لإتمام دراستها. وهذا الشرط في حد ذاته يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في 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 في دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري".

**٢- المرافق الاقتصادية:** والمرافق الاقتصادية به هي مرافق تسد حاجات ذات صفة اقتصادية، فهي مرافق صناعية وتجارية ومرافق للتوجيه المهني والاقتصادي وبعض هذه المرافق مرافق إقليمية ومحلية، كتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز ووسائل النقل المحلية وبعضها مرافق قومية كالسكك الحديدية والطيران والملاحة والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية، والمرافق الاقتصادية في تزايد مضطرد وتطور سريع، وبخاصة في أعقاب الحرب العالمية الأولى، وقد ازدادت كثيراً بعد الحرب العالمية الثانية، وأصبحت الدولة تتوغل في النشاط الاقتصادي على وجه

غير معهود وعزز ذلك فى مصر حركة التأميم، منذ أصبح النشاط الفردى فى الأيام الأخيرة عرضة فى كثير من الأحوال للتأميم والانتقال من القطاع الخاص على القطاع العام، فقد أمم كثير من الشركات الصناعية والتجارية وجميع البنوك وشركات التأمين، والأدوية الطبية، والمخابر والصحف (السنهورى ص ٢٢٠).

**٣- المرافق القومية:** والمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين، فمرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية كل هذه مرافق قومية تمت إلى جميع أنحاء البلاد، ولا يختص بها إقليم دون إقليم.

**٤- المرافق الإقليمية البلدية:** تنقسم المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية ومرافق بلدية فالمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين، كمرافق الدفاع والأمن والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية، كل هذه المرافق قومية تمت 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 المطافى، والنظافة والمياه والغاز والكهرباء.

**٥- المرافق النقابية أو المهنية:** وهذا النوع من المرافق يرمى إلى تنظيم المهن الرئيسية فى الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم فهذه المرافق يتعلق نشاطها برقابة وتوجيه النشاط المهني مثل نقابة المحامين ونقابة

الأطباء ونقابة الصيادلة ونقابة المهندسين... إلخ. وهذه المرافق تديرها نقابات من أبناء المهنة ويخولها القانون بعض السلطات الامتيازات تتعلق بمزاولة المهنة والمحافظة على حقوق المشتغلين بها.

### وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢/٤/١٩٥٨ في الطعن رقم ٦٠٨

**لسنة ٢٠٣ ق بأن** "إن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة (وهي مرافق عامة) ماي دخل أصلاً في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامه على المصالح والمرافق العامة، فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لنهم أقدر عليه مع تخويلهم نصيباً من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقاً للمصالح العام، فإن ذلك لا يغير من التكليف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة".

• **وهذه المرافق النقابية أو المهنية تقوم على عناصر ثلاثة:** أ- أن هذه المرافق تتخذ شكلاً نقابياً 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 التي يكون الانضمام إليها اختيارياً، باعتبارها من اشخاص 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 في جداول العضوية. وعن هذا الطريق القيد في جداول العضوية. وعن هذا الطريق تتحقق النقابة من توافر شروط الصلاحية المهنية والخلقية في 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 في صميم وظيفة الدولة أن تملك هذه الأخيرة، الحق في ممارسة سلطة وصائية على أعمالها ضمانا للصالح العام (ابراهيم شيحا وحسن عصمان ص ٣٣٢ وما بعدها)

#### ٦- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية: تنقسم المرافق من حيث

وجوب إنشائها إلى مرافق إلزامية واختيارية وتتمثل الأولى في تلك التى يكون إنشاؤها بالنسبة للدولة أمرا إلزاميا، ويتعين عليها القيام بها كالمرافق التقليدية (المن - الدفاع - الصحة... إلخ) أما المرافق الاختيارية فهى التى أشار إليها الدستور فى عبارات عامة تحمل معنى السياسة العامة والتوجيه، فهى اختيارية تقوم الدولة بإنشائها وفقا لتقديرها وفى الوقت الذى تراه ملائما لذلك كحماية الطفولة والأمومة ورعاية النشئ والشباب (عزمى البكرى ص ٤١٠)

#### • المبادئ التى تحكم سير المرافق العامة: هناك مجموعة من المبادئ

التي تحكم سير المرافق العامة وهى: أولا: يجب أن يكفل للمرافق العام الدوام والاستقرار، ويكون ذلك بأن يتوافر فيه (١) الاستمرار Continuité (٢) والانتظام régularité (٣) ومسيرة التطور adaptation a revoution وسيأتى بيان ذلك تفصيلا. ثانيا: يجب أن تكفل المساواة التامة أمام المرافق العامة، فتكون فرص الانتفاع بالمرافق العام أمام جميع المستهلكين متكافئة، ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر، ثالثا: يجب أن تكون المرافق العامة قابلة للتغيرات والتعديلات فى أى وقت، حتى يكون بذلك مساهما للحاجات المتجددة للجمهور فلا يتخلف عنها ويفقد مبررات وجوده، رابعا: يجب ان يكون المرفق العام فى متناول من

يحتاج إليه، فلا يحرم منه لعلو سعره والمرافق الإدارية البحتة، تكون عادة مجانية فهي في متناول الجميع، كمرافق الدفاع والأمن، وإذا اقتضى أجر عليها فهو أجر يلاحظ ألا يكون فيه عنت كالرسوم القضائية والمصروفات المدرسية ونفقات العلاج والأدوية في المستشفيات، أما المرافق الاقتصادية، فهذه تكون بمقابل يدفعه المنتفع في صورة رسوم كما سبق القول، وسنرى أن الجهة الإدارية تبسط رقابة شديدة على أسعار المرافق الاقتصادية، وتراعى في ذلك ألا تكون مرهقة للمستهلكين، **خامساً:** تسرى على المرافق العامة قواعد خاصة بها، ليست هي قواعد القانون المدني بل قواعد القانون الإداري فتتظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق، وهذا المركز ليس مركزاً تعاقدياً بل هو مركز تنظيمي، وتنظم أيضاً الأموال المخصصة لسير المرافق، فلا تكون أموالاً خاصة بل أموالاً عامة، وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرافق فتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقوداً إدارية ولهذا وتلك قواعد إدارية تختلف من قواعد القانون المدني، وتنظم أخيراً علاقة المرافق بالمنفعين بالجمهور بوجه عام، فتعين حقوق المنفعين وواجباتهم، وترسم شروط مسؤولية المرافق عن أعمالها الضار بالغير، وتخضع المرافق العامة عادة لولاية القضاء الإداري دون ولاية القضاء العادي. والمبادئ الثلاثة الأولى تسرى حتماً على جميع المرافق، إدارية كانت أو اقتصادية، وذلك دون حاجة إلى نص تشريعي، بل هذا تطبيق للمبادئ العامة في القانون الإداري حتى لو لم يوجد هذا النص، أما المبدأ فيسرى بصفة حتمية على المرافق الإدارية، أما المرافق الاقتصادية فقد اتسع نطاقها كما سبق القول، ودخل في نطاق القطاع العام كثير من أوجه النشاط التي كانت قبلاً محصورة في نطاق القطاع الخاص، فوجب في بعض الحالات استبقاء قواعد القانون المدني



وقواعد القانون التجارى لأنه أكثر ملاءمة لطبيعة النشاط فى بعض هذه المرافق (السنهورى ص ٢٢٠).

#### • طرق إدارة المرفق العام: هناك طرق خمسة لإدارة المرافق العامة

وهى:

##### الطريقة الأولى: الإدارة المباشرة أو الريجى (regie) وفى هذه الطريقة

تقوم الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بإدارة المرفق العام مستعينة فى ذلك بأموالها وموظفيها، ومستخدمة 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 ومثل ذلك مرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة وبعض هذه المرافق خدمتها للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب والبعض الآخر يؤدي خدماته للمنتفعين بالمرفق من أفراد الجمهور، وذلك كمرافق العدالة ومرفق التعليم، وقد يكون ذلك مجاناً أو يكون فى مقابل رسم معين يؤديه منتفع حتى لا يتحمل دافعوا الضرائب جميع نفقات المرفق، وتتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية مما تقضى طبيعته أن يدار بهذه الطريقة، وذلك كمرافق البريد والبرق والتليفون والراديو والتليفزيون وقد تتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وهى مع ذلك مرافق ضرورية للجمهور، وذلك كالسكك الحديدية والنقل البحرى والنقل الجوى، أو لغرض التيسير على الجمهور والعمل على راحته وذلك كبعض المواصلات المحلية وتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز وعمل المرفق

العام الذى يدار إدارة مباشرة حكمه هو حكم عميل ملتزم بالمرفق العام عندما يدار المرفق العام بطريق الإلتزام.

### **وقد قضت محكمة النقض بأن: " الأصل فى التزام المرافق العامة أن**

الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسؤوليته وجميع الإلتزامات التى تترتب فى ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاماً عليه وحده، ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الإلتزام بها ما لم ينص فى عقد الإلتزام - أو فى غيره - على تحملها بها وإسقاط الإلتزام أو انتهاءه من شأنه أن يضع حداً فاصلاً بين إدارة الملتزم أو الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرفق، ومن ثم فإن الدولة لا تعتبر خلفاً خاصاً عاماً للشركة التى أسقط عنها الإلتزام أو انتهى التزامها " (جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٣ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ١٥٤٠، جلسة ٢/١٢/١٩٨١ الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٢٠٧، جلسة ٦/١/١٩٧١ الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٨ ق س ٢٣ ص ٣٣) (جلسة ١/١١/١٩٦٢ الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٩٧٣) وبأنه " الملتزم بإدارة المرفق العام - على ما يفيد نص المادة ٦٦٨ من القانون المدنى - هو ممن يربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مرفق ذى صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن، ومن ثم فلا يعد المجلس "البلدى" ملتزماً إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع من فروع السلطة العامة عهد إليه القانون ببعض اختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة (جلسة ٨/١١/١٩٦٢ الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ١٠٠٠، جلسة ٣٠/٥/١٩٥٧ الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٥٤٦)

### **الطريقة الثانية: الإدارة عن طريق المؤسسات والهيئات العامة: وفى هذه**

الطريقة تقوم أشخاص إدارية مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية بغدارة

المرفق العام، وهى فى مباشرة نشاطها فى إدارة المرفق يكون لها شخصية معنوية مستقلة وذمة مالية مستقلة ولا تختلط إيراداتها ومصروفاتها بإيرادات الشخص الإدارى الذى تتبعه ومصروفاته وإذا زادت إيراداتها على مصروفاتها كان الزائد احتياطياً لها دون أن يختلط بأموال الشخص الإدارى ويكون لها الحق فى قبول الهبات والوصايا والتبرعات وتخاصم باسمها فى القضاء ويعتبر موظفوها مستقلين عن موظفى الشخص الإدارى الذى تتبعه المؤسسة، وتلجأ السلطة الإدارية إلى إنشاء المؤسسات لإدارة المرافق العامة لتخفيف العبء عن كاهلها وترك المرفق العامة تديره هيئة متخصصة لإدارته، مستقلة فى شخصيتها فتحمل مسؤولية أكبر، وتتمكن من السير فى أعمالها إذا كانت تدير مرفقاً اقتصادياً وفقاً للنظم المتبعة فى إدارة المشروعات الحرة والمؤسسة العامة تقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله، وتحمل جميع خسائره كما تستأثر كل أرباحه.

### **وقد قضت محكمة النقض بأن: " لإدارة النقل المشترك بمنطقة**

الإسكندرية الشخصية المعنوية وهى مؤسسة عامة ولذلك تكون علاقتها بموظفيها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح - وإذا ان الحكم المطعون فيه قد استند فى 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 (جلسة ١٩٦٢/٤/٤ الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٧ "أحوال شخصية" س ١٣ ص ٤٠٣)

ومن أمثلة المؤسسات العامة الجماعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات العامة القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين والشركات المؤممة، وتبسط عادة للسلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة، فى روابطه التعاقدية

مع المؤسسة فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام (السنهورى ص ٢٢٤).

### **الطريقة الثالثة: الإدارة بطريقة الريجى غير المباشر: وفى هذه الطريقة**

الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرفق العام واستغلاله، على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر أما يدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من صافى الأرباح أو من رأس المال، أو مقابلاً على أى نحو يتفق عليه مع السلطة لإدارية فهو إذن مربوط بهذه السلطة برابطة تعاقدية والعد من عقود القانون الإدارى، ولكنه لا يعتبر موظفاً عاماً لا هو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق.

### **الطريقة الرابعة: الإدارة بطريقة الالتزام: وفى هذه الطريقة 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 مسؤوليته، فى مقابل تقاضى رسوم من المنفعين بهذا المرفق العام. وبالتالي فإن المشرفين على إدارة المشروع ليسوا موظفين عموميين بل عمال وأجراء يخضعون فى علاقاتهم مع الملتزم لقواعد القانون المدنى. والملتزم وإن كان يدير مرفقاً عاماً، إلا أنه يستهدف أساس 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.

### **الطريقة الخامسة: الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط économie mixte**

فى هذه الطريقة تعد السلطة الإدارية إلى شركة، تساهم فيها بنسبة معينة من رأس المال، فى إدارة المرفق واستغلاله وبذلك لا تستقل السلطة

الإدارية بتبعات المرفق المالية ولكنها تساهم في هذه التبعات في الخسائر وفي الأرباح بنسبة مساهمتها في رأس مال الشركة كذلك تشترك السلطة الإدارية في إدارة المرفق واستغلاله عن طريق مساهمتها في الشركة، وتستطيع إذا كان لها من المال ما يزيد على النصف أن تسيطر على الإدارة وهذه الطريقة تفضل في إدارة المرافق الاقتصادية، طريقة الريجي وطريقة المؤسسات العامة في أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية في إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة، وهى فى الوقت ذاته من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيراً وتفضل أخيراً طريقة الريجي غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها كل الخسائر، بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح، واتبعت هذه الطريقة فى فرنسا فى مرافق النقل البرية والبحرية والجوية وفى مرفق الصناعات الحربية، وفى إنجلترا فى الصناعات البحرية وفى مشروعات إنتاج الكهرباء وفى مصر فى بنك التعاون والتسليف الزراعى وفى البنك الصناعى وفى الشركات المؤممة نصف تأمين والشركات التى أمتت أسهمها بالنسبة على حامل ما تزيد قيمته على عشرة آلاف جنيه من هذه الأسهم. والشركة المختلطة تخضع لأحكام القانون التجارى فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والنظم والأساليب التى تتبعها فى إدارة المرفق واستغلاله. ولما كانت السلطة الإدارية تساهم فى رأس مالها فإنه يكون لها فى مجلس إدارة الشركة ممثلون بنسبة حصتها فى رأس مالها، ومن ثم تستطيع أن تراقب الإدارة رقابة داخلية بخلاف طريقة الالتزام فالسلطة الإدارية لا تراقب الملتزم إلا رقابة خارجية لا تتناول الأعمال اليومية بل تقتصر على الإشراف على نظام المرفق وحساباته (السنهورى ص ٢٢٧)

● **عقد التزام المرافق العامة:** لقد رأينا أن المادة ٦٦٨ مدنى قد نصت على أن " التزام المرافق العامة عقد الفرض منه إدارة مرفق ذى صفة اقتصادية، وتكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " ويتبين من نص هذه المادة أن عقد التزام المرافق العامة له عناصر تميزه عن سائر العقود وهذه العناصر هى: العنصر الأول: أن يكون عقد التزام المرفق مبرماً بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق كما تقول المادة ٦٦٨ فيما رأينا، فالمتعاقداً الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التى أنشأت المرافق العامة وقامت بتنظيمه وتكون هذه الجهة هى الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية: المحافظة أو المدنية أو القرية والمتعاقد الآخر يكون فى الغالب شركة وقد يكون فرداً لهم أن يكون من اشخاص القانون الخاص.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** 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 باستغلاله فترة معينة من الزمن وهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام - الحكومة أو الهيئات المحلية - والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى لأن ما يرد من شروط عن طريقه إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له طبيعته اللائحة الإدارية أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنفععين فهى تخضع لأحكام القانون الخاص وتعتبر على خلاف عقد التزام المرافق العامة من مقاولات القانون الخاص لا من مقاولات القانون الإدارى ويكون المنتفع فيه عميلاً لملتزم المرفق العام (جلسة ١٦/١١/١٩٨٧ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ق) وبأنه " الملتزم بإدارة المرفق العام - على ما يفيد نص المادة

٦٦٨ 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 "ملتزماً" إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع من فروع السلطة العامة عهد إليه القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٥ ببعض اختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة "(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٦٢/١١/٨).

ولكن إذا كان المتعاقد الآخر مع الجهة الإدارية من أشخاص القانون العام فلا يعتبر العقد إلزاماً ونظراً لأن الملتزم هيئة خاصة وليس موظفاً عاماً، فإنه يرتبط بالعاملين لديه بعقود عمل تخضع لأحكام القانون الخاص، ونقوم هذه الهيئة الخاصة بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على مسئوليتها وليس على مسئولية الإدارة، وعلى نفقتها تماماً. كما أنها مسئولة عن الأضرار التى تصيب الأفراد نتيجة سير المرفق وهكذا لا تتحمل الإدارة مانحة الإلتزام شيئاً من النفقات أو المسئوليات المادية، بل على العكس فإنه عادة يتضمن عقد الإلتزام عودة المرفق بجميع إنشاءاته ومهامه إلى الإدارة مانحة الإلتزام بإنهاء العقد مما يعود على الدولة بفوائد مادية كبيرة (الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب القانون الإدارى الطبعة الأولى ١٩٨١ ص ١٠٧)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته وتبعاً لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاماً عليه وحده، ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الإلتزام بها، فإذا

هى أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون ما لم 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 ١٢٥ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٩٦٢/١١/١) وبأنه " إسقاط الالتزام من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يضع حدا فاصلاً بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق، وتكون جميع الالتزامات المترتبة على 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، وإذا اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة - هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفاً لشركة الترام، وإلزامها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث - على الشركة المذكورة - فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون وبالقصور فى التسبيب (طعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧١/١١/٣٠).

**العنصر الثانى:** أن يكون محل العقد إدارة المرفق العام استغلاله، ويجب أن يكون هذا المرفق، كما يقول النص فيما رأينا، ذا صفة اقتصادية (م ٦٦٨ مدنى) فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية، لا من المرافق الإدارية البحتة، وأكثر ما يمنح الإلتزام فى مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها أما المرافق الإدارية البحتة، كال دفاع والمن والعدالة والصحة والتعليم، فقد قدمنا أنها لا تدار بطريقة الإلتزام وإنما تدار إدارة مباشرة بطريقة الريجى، وإذا أفسح مجال النشاط الفردى الحر فى بعض هذه المرافق، كما فى التعليم للمدارس الحرة وكما فى الصحة للمستشفيات الخاصة فليس هذا معناه أن المرفق العام للتعليم أو للصحة يدار بطريقة الإلتزام، فإن الدولة هى التى تديره فى



الأصل، وتدع للجمعيات وللأفراد أن يسدوا ما قد تتركه من فراغ لا عن طريق الإلتزام بل عن طريق النشاط الفردى قد تنظم الدولة هذا النشاط الفردى تنظيمًا محكمًا تتصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم، كما هو الحال فى تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القانون به الآن أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعلانات ونحو ذلك (السنهورى ص ٢٢٨).

**العنصر الثالث:** أن يكون لعقد التزام المرفق العام مدة معينة. فتنص المادة ٦٦٨ مدنى على أن يكون الإلتزام المرافق العامة فترة معينة من الزمان " 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 صنعت المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة حداً أقصى لمدة ثلاثين سنة إذ نصت المادة على أن " لا يجوز منح التزامات المرفق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة "

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وتبعاً لذلك فإن جميع الديون التى ترتب فى ذمته قيامه بإدارة المرفق تعتبر التزاماً عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا انتهى عقد الالتزام وعاد المرفق لجهة الإدارية فأنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون إلا إذا وجد نص فى عقد الإلتزام بها، ذلك أن الملتزم فى إدارته المرفق لا يعتبر وكيلًا

عن جهة الإدارة، كما أن هذه الجهة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له (جلسة ١٩٦٤/١/٣٠ الطعن رقم ٢ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ع ١ ص ١٦١) (جلسة ١٩٦٦/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٩٧٤) (جلسة ١٩٧١/١١/٣٠ الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق س ٢٢ ص ٩٥٥) (جلسة ١٩٨٣/١٠/٢٧ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ١٥٤٠) وكان الدستور المصى الصادر فى سنة ١٩٢٣ ينص فى المادة ١٣٧ منه على أن الالتزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محددة، ومع ذلك جرى العمل فى الماضى مع منح التزام المرفق العام لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة، مما يتعارض مع روح الدستور فأتى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ يعين الحد الأقصى لمدة التزام المرفق العام، وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى هذا الصدد " لاشك فى أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهد من التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية، أن تمنح التزامات لم يقرب من قرن والحق أنه إذا حدد الالتزام مدة ثلاثين عاماً، كفل ذلك للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء، قلم يكن إذن حاجة إلى أن يعدل عن هذه القاعدة وأن يسمح بتجاوز هذه المدة إلا فى حالات استثنائية تكون فيها النفقات بالغة فى الزيادة "، وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه " لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة "، ونصت المادة ٨ من نفس القانون على أن تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة، مع احترام المدة 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 وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الثامنة " الأحكام الواردة فى

المواد ٥ و ٦ و ٧ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الإلتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الإلتزام بل لو 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 بين تاريخ منحه وقد وضعت المادة الثامنة لتعين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام "، وهذا يعنى بالنسبة للإلتزامات السابقة على صدور القانون أن تنقصر المدة الباقية لها إلى ٣٠ سنة إذا كان ما تبقى من المدد الأصلية أزيد 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:** " يبين من مراجعة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالالتزام المرافق العامة أنه وضع لتنظيم العلاقة بين السلطة مانحة الإلتزام والملتزم فى شأن إدارة المرفق العام الذى يعهد إلى الملتزم بالمشاركة فى تسييره على أساس أن عقد الإلتزام يمنح لمدد طويلة نسبياً وليس قصيرة، وآية ذلك أن المادة الثالثة من القانون تنص على ما يأتى " لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزمة السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص له من مانح الإلتزام، وذلك بعد خصم مقابل استغلال رأس المال، وما زاد على ذلك من صافى الأرباح عن ١٠% وتقف زيادة هذا الاحتياطي حتى يبلغ ما يوازى ١٠% من رأس المال، ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الإلتزام " فهذا النص يفترض أن الإلتزام لا يمنح إلا المدد 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 مازاد على الأرباح عن تلك النسبة يستخدم فى تكوين احتياطي للسنوات التى تقل فيها نسبة الأرباح عن ١٠% ويضاف إلى ذلك أيضا 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 أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التى قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة لأنها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لأجل قصيرة، وغير قابلة للتحديد ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤها فى أى وقت طبقا لصريح نصوصها، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه لأنها مقصورة التطبيق على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها " (طعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٧٠/١/١٧) وبأنه " 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 ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بينما أخضع التراخيص المؤقتة التى قد تمنحها جهة الإدارة إذا ما تعذر منح الإستغلال عن طريق الالتزام للشروط التى يحددها وزير المواصلات، وإذا كان القانون المشار إليهما لا ينطبقان على خطوط اتوبيس مدينة القاهرة وإنما يسريان على خطوط اتوبيس الأقاليم وحدها، عير 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 ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالالتزام المرافق

العامة لا يسرى على التراخيص المؤقتة إذا خلت من نصوص صريحة  
توجب تطبيق أحكامه عليها " (طعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ ق - جلسة  
١٩٧٠/١/١٧)

• **التكييف القانوني لعقد الإلتزام:** كان الرأي السائد طوال القرن  
التاسع عشر في فرنسا وفي مصر أن عقد الإلتزام و عقد مدنى  
**contract civil** يخضع للقواعد المدينة المقررة فى العقود، وأهم هذه  
القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق  
الطرفين (م ١٤٧ مدنى) والشروط التى لا يجوز نقضها ولا تعديلها هى  
الشروط الواردة فى عقد الإلتزام وفى دفتر الشروط **cahier de**  
**charges** الملحق به. ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم  
المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التى يتقاضاها الملتزم  
من عملاء المرفق والضمانات التى تكفل مصالح هؤلاء العملاء، فإن أكثر  
هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء كانوا هم العملاء أو كانوا  
الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم فى إدارة المرفق واستغلاله. لذلك  
حاولت هذه النظرية التقليدية أن تعلق كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم  
يكونوا طرفا فيه ويكسبون منه حقوقاً على الوجه المتقدم الذكر، وقد فسرت  
ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير، فتكون السلطة الإدارية هى المشترط  
والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون، وقد كسبوا من  
عقد الإلتزام هذا حقا مباشراً يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم،  
وبقبولهم التعاقد معه على أساس عقد الإلتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق  
فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة فى الاشتراط لمصلحة الغير  
وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة كما قدمنا طوال القرن التاسع عشر،  
وكانت نظرية المرافق العامة لا تزال ناشئة وما لبثت عيوب هذه النظرية

أن تبدت، وأهم هذه العيوب أنها تجعل عقد الإلتزام جامداً لا يتطور ولا يستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم فهي تولى الملتزم حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تساير بالمرفق ما يقتضيه التطور فتعدل بمحض سلطاتها دون حاجة إلى رضا الملتزم، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذى يقتضيه المصلحة العامة ومن ثم نشأت نظرية أخرى، انتشرت بوجه خاص فى ألمانيا وإيطاليا، تذهب على أن عقد الإلتزام إنما هو تصرف قانونى من جانب أحد هو جانب السلطة الإدارية، فهي التى وضعت شروط الإلتزام ونظم المرفق وقررت الأسعار، ولم يفعل الملتزم إلا أن يقبل الخضوع لإرادة السلطة الإدارية وترتب النظرية على ذلك أن السلطة الإدارية تستطيع بمحض سلطاتها أن تعدل من شروط الإلتزام ونظام المرفق والأسعار المقررة، إذا أن هذا كله هى التى وضعت بإرادتها المنفردة، فتستطيع أن تعدله بإرادتها المنفردة كذلك دون حاجة إلى رضا الملتزم وعيب هذه النظرية أنها تغفل بتاتا إدارة الملتزم، مع أن هذه الإدارة تلعب دوراً أساسياً فى تكوين عقد الإلتزام ولولاها لما تكون هذا العقد، ثم أنها تطلق يد الإدارة فى عقد الإلتزام بجميع مشتملاته حتى فيما يتعلق منه بالحقوق الشخصية التى يكسبها الملتزم من هذا العقد فتستطيع الإدارة بسلطاتها المطلق أن تعدل فى هذه الحقوق وأن تنتقص منها كما تشاء دون أن يكون للملتزم رأى فى ذلك، وبالقدر الذى قيدت به النظرية التقليدية يد الإدارة وغلتها عن أن تعدل شروط عقد الإلتزام حتى ما كان منها متعلقاً بنظم تسيير المرفق، أطلقت نظرية التصرف القانونى من جانب واحد يد الإدارة وبسطت سلطاتها فى تعديل شروط عقد الإلتزام حتى ما كان منها

متعلقاً بالحقوق الشخصية للملتزم. وقد نبذ في الوقت الحاضر كل من النظريتين وقامت نظرية حديثة - قال بها ديجيه وجز وفالين من كبار رجال الفقه الإدارى فى فرنسا - تذهب إلى أن عقد الالتزام ليس من جهة عقد مدنياً، 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 واردة الملتزم، إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة، وهذه النظرية الحديثة هى النظرية التى أراد التقنين المدنى المصرى أن يأخذ بها، ونرى أثر ذلك واضحاً فى المشروع التمهيدي لهذا التقنين فقد كانت المادة ٩٠٦ من هذا المشروع تنص على أن "١- التزام المرافق العامة عقد إدارى. ٢٠- ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المفاوض 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 تقررها جهة الإدارة " وفى لجنة المراجعة أغفل وصف العد بأنه " إدارى " دون أن يذكر سبب ذلك. (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٧١ - ٧٢).

**وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن:** "العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقداً مدنياً، بل هو عقد من نوع خاص (الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٠)

وعلى هذا الحكم سار القضاء فيما بعد حتى فتبين بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن التزامات المرافق العامة والمعدل بالقوانين ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ و ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ فأصبح للالتزام طابع مزدوج فهو من

أساليب دارة المرافق العامة وفي نفس الوقت مشروع فردى خاص. وينشئ الالتزام نوعين من الأحكام: ١- أحكام تنظيمية وبحكمها القانون الإدارى وبموجبها يكون للإدارة رقابة الملتزم فى إدارته للمرفق وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء والحق فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته ويجب على الإدارة وهى تستعمل هذا الحق أن تتوخى المصلحة العامة فلا تتعسف فى استعماله أو تخرج بالمرفق عن الغرض الذى أنشئ من أجله وأنه إذا ترتب على ذلك أن احتل التوازن المالى للمرفق التزمت بإعادة التوازن بتعويض الملتزم عما لحقه من خسارة. ٢- أحكام تعاقدية تخضع لأحكام القانون المدنى فلا يجوز تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين كالأحكام المتعلقة بالحقوق والالتزامات الشخصية للملتزم والمتعلقة بمدة الالتزام وبشروط استرداد المرفق ومقدار ما تدفعه الإدارة من تعويض بسبب الاسترداد - دون الحق فى الاسترداد - وكذلك بالالتزامات المالية المتقابلة كالاتزام بمنح اعانة للملتزم أو بضمان مقدار معين من الربح وكالاتزام الملتزم بدفع مبلغ لمانح الاتزام (أنور طلبه ص ٥١١)

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " ومن حيث إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الاتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الإلتزام المنفردة غير أنه وأن 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 أضراراً 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 ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالالتزامات المرفق العامة على أن " لمانح الالتزام دائماً - متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظم المرفق موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك بمراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل " (طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣٠٠ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣).

• **حقوق الملتزم:** يتولد عن عقد الالتزام بداهة حقوق للملتزم يمكن حصولها فى أربعة:

**أولاً:** الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز ويغلب أن يمنح عقد الالتزام حق الانفراد باستغلال المرفق العام، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذه المرفق، وهذا هو الاحتكار القانونى، ويمكن ذلك عادة فى المرافق العامة التى لا تحتل المنافسة، إذ يكون فيها ضياع للأموال والجهود، مثل ذلك، مرفق السكة 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 وكذلك الأمر فى مرافق توريد النور والغاز والكهرباء والماء وما إلى ذلك، وقد لا يمنح الملتزم حق الاحتكار القانونى، بل يمنح حق امتياز ومعنى ذلك أن غيره من الأفراد أو

الشركات لا يمنع قانوناً من استغلال المرفق، ولكن السلطة الإدارية تتعهد للملتزم بالألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه، كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك، فيصبح الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً، بحكم ألا أحد يقوى على منافسته، ويندر أن تمنح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً على الوجه الذى قدمناه، ولكن يقع فى بعض الأحيان أن تفعل ذلك، كما فى مرفق المواصلات حين تمنح السلطة الإدارية التزام تسيير خطوط التزام كهربائية لملتزم والتزم تسيير خطوط الأتوبيس لملتزم آخر، ولكن المواصلات هنا كما نرى مختلفة (السنهورى ص ٢٣١).

**ثانياً:** تمكين الملتزم من القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله: من حق الملتزم تمكينه من القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله ويكون ذلك بمنحه 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 قروضاً ترد على آجال طويلة ليستعين بها فى تسيير المرفق.

**ثالثاً:** تقاضى رسوم من المنتفعين بالمرفق، أى العملاء المستهلكين مقابل انتفاعهم، وهذا المقابل لا يعتبر أجرة تسرى عليها أحكام القانون المدنى، بل هو رسم تسرى عليه أحكام القانون الإدارية، ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة، ويكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا على ما يخالفها (م ٦٧١/مدنى) وللسلطة العامة كذلك الحق فى تعديل قوائم الأسعار بالترفع أو بالخفض تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة، وتقول الفقرة

الثانية من المادة ٦٧١ مدنى فى هذا الصدد " وتجاوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها. .." وتقول المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة " لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه. . قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض أن كان له محل " والرسوم التى يتقاضاها الملتزم من عملائه يستهلك بها رؤوس الأموال التى يستثمرها فى المرفق وكذلك المصروفات التى ينفقها فى إدارته، مع ضمان ربح معقول يجنيه، وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حداً أقصى لهذا الربح المعقول، فنصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه " 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 تقل فيها الأرباح من عشرة فى المائة من رأس المال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام (السنهوري ص ٢٣٣).

#### **وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد " هذه المادة تنص على**

أنه لا يجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المرفق عشرة فى المائة من رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام ويحب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعى لجزاء الملتزم، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أباح غير محددة، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها

الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبيراً وقدرأً والحق أنى الملتزم يتمتع بمركز ممتاز، فإن له غالباً احتكاراً بحكم القانون أو الواقع بقية المنافسة، ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التى تقررها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطيع توقعها، والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة. وأخيراً فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقة الفرنسى على أن فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحاً باهظة ويقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها " .

**رابعاً: الحق فى التوازن المالى للمرفق:** والمقصود بالتوازن المالى هو التوازن بين الحقوق والالتزامات فالملتزم عندما قبل إدارة المرفق العام كانت لديه فكرة عن مدى حقوقه ومدة التزاماته، وكانت نسبة تلك الحقوق إلى تلك الإلتزامات تكون التوازن المالى للعقد، إذ أن ماله من حقوق تعادل أو ترجح - فى نظره - ما عليه من التزامات وعلى هذه فقد قبل المخاطر المالية للمشروع بما تحمله تلك المخاطر من احتمال الربح والخسارة. ولكن التوازن المالى للمرفق فى إحدى حالتين (الحالة الأولى) أن يواجه الملتزم فى إدارته للمرفق عملاً للسلطة الإدارية تقلب به الميزانح المالى للمرفق، كأن تحدث تعديلات جوهرية فى نظام المرفق أو تخفض الأسعار تخفيضاً كبيراً، وينجم عن ذلك خسارة فادحة تصيب الملتزم فهنا يختل التوازن التالى للمرفق، وللملتزم أن يرجع على السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن لأن هذه السلطة هى التى يفعلها أخلت به. (الحالة الثانية) حدوث ظروف لم تكن فى الحسبان تجعل استغلال المرفق بالشروط

المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقاً للملتزم بحيث يتهدده بخسارة فادحة وهذه هي نظرية الظروف الطارئة قررها القانون الإداري كما هو معروف قبل أن تنتقل إلى القانون المدني، وبموجب هذه النظرية يكون للملتزم الحق في إعادة التوازن المالي للمرفق، بتعديل شروط استغلاله أو برفع الأسعار حتى لا يتحمل وحده كل الخسارة التي نجمت عن هذه الظروف الطارئة وعلى العكس من ذلك إذا كانت الظروف الطارئة جعلت الملتزم يجني أرباحاً فاحشة، جاز للسلطة الإدارية أن تخفض الأسعار أو أن تعدل تنظيم المرفق وقواعد استغلاله، حتى تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول، وقد أقر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نظرية الظروف الطارئة بشروطها، فنصت المادة من هذا القانون على أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله، ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول.

وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد " عدا التعديلات التي تفرضها إدارة الالتزام وتكون ما يمكن أن يسمى "الخطر الإداري" توجد تعديلات أخرى خارجة عن إدارة منح الالتزام أو الملتزم ولم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وهو ما يمكن أن يسمى "بالخطر الاقتصادي" وهو إذا أصبح غير عادي بحيث يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، فإنه يجب في هذه الحالة إعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة بوثيقة

الالتزام لتيسير استمرار المنظم للمرفق العام موضوع الالتزام، فالمادة السادسة تقرر نظرية الظروف غير المتوقعة التي تثبت من الصعوبات التي لقيها ملتزموا المرافق العامة إبان الحرب العظمى الماضية وعقبها بسبب ارتفاع الأسعار ولم تطبق حتى الآن إلا لمصلحة الملتزم، بنى الواجب الذى فرض على مانح الالتزام بأن يوفر للملتزم فى الحالات التى يصح وصفها بأنها ظروف غير متوقعة مزايا لا شأن لها بعقد الالتزام، كرفع الأسعار وخفض تكاليف الملتزم أو منحه إعانة، فمن المعقول إذن، إذا أخل التوازن التالى لمصلحة الملتزم أى إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق له بسببها أرباح غير عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام، كان هذا الإخلال مبرراً لإعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة فى الالتزام للنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول، وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جداً تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقق الضرورات العامة التى اقتضت إنشاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٢)

**وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:** " إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارة كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائدة الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة نجازها كما أن هدف التعاقد 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

طُرأت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقبلت اقتصادياته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً 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 لآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإدارى هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تنتقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضاً جزئياً عن الخسارة المحققة التى لحقت المدين، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءاً من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض. بدعوى أن أرباحه قد نقصت و 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 مجموعة لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً 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 " (ة طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤٠٤ ق جلسة ١٧/٦/١٩٧٢) وبأنه " تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في 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 بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاققت به طول فترة الظروف الطارئ وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الإلتزامات العقدية " (طعن رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠٠٠ ق، ٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١١/٥/١٩٦٨)

فالمتعاقد في العقد الإداري يستحق تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحويره بما يتلائم والصالح العام. أما إذا كان تعديل العقد بإرادة مشتركة سوية لطرفية فلا ترتب لأى منهما مثل هذا الحق في التعويض إلا بفترة ما يثمره تفاقهما المشترك

**وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا:** " ومن حيث أن حق المتعاقد في

العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطاتها في تعديل وتحويره بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة



تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام - أما تعديل العقد بعد إبرامه برادة مشتركة سوية لطرفيه معا شأن ما يترتب فى علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يترتب لأن منهما مثل هذا الحق فى التعويض غلا 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 وتقااعسه عن النهوض بمقتضياته، لا يستوى مسوغا لتعويضه عن هذا الإعفاء وإنما وعلى نقيض ذلك قد يستقيم وجهها لمساءلته عن إخلاله بالتزامه وترتب مسؤوليته قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ العقدى. .. إلخ" (طعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٥/٤/١٩٧٨)

• **واجبات الملتزم:** يترتب فى ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام عدة واجبات تخلص فيما يلى: أولاً: القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق، إذا كثيراً ما يحتاج المرفق على إنشاءات لازمة لتسييره، فمرافق النور والماء والغاز تحتاج إلى مد مواسير فى جوف الأرض، وإعداد أجهزة لتوليد الكهرباء وتقطير الماء، وما إلى ذلك، ومرفق السكك الحديدية يحتاج مد قضبان حديدية، وإنشاء محطات، ونحو ذلك، وقد احتاجت الشركة التى منحت التزام صاحبة مصر الجديدة إلى تشييد مساكن عديدة وتزويدها بالنزr والماء، ومد ترام المتر ولتوصيل الضاحية بوسطة مدينة القاهرة، وكذلك احتاجت الشركة التى منحت التزام قناة السويس إلى إنفاق مصروفات باهظة فى حفر قناة وما تحتاج إليه حركة مرور السفن من منشآت وغيرها، فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم، وقل أن تعتمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرافق للملتزم. وعندما يقيم الملتزم المنشآت اللازمة، ويحضر الأدوات

والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق، يكون كل هذا ملكاً خاصاً عاماً ككل ملك خاص يكون قابلاً للحجز عليه ولغير الحجز من إجراءات التنفيذ ولكن صدر القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ يضيف مادة جديدة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة، وهى المادة ٨ مكررة وتنص على ما يأتى " لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات 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 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 ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ الذى أضاف المادة ٨ مكرر لقانون المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لتقضى بأنه " لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخر على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة (جلسة ١٩٦٢/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٩٧٣، جلسة ١٩٧٤/١٢/٢ الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٣٣١)

والذى يدفع السلطة الإدارية إلى الإلتجاء لطريقة الإلتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة فى المنشآت اللازمة لتسييره، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الإلتزام، فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويستردها فى المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق، ومتابعة التطور التاريخى

لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام بدا ولا يكون التزاماً بأشغال عامة هي هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها لا أصلاً، وذلك أن استغلال المرفق - ويستتبع ذلك إدارته - كان يعتبر هو المقابل الذي يأخذه الملتزم في نظير تنفيذ الأشغال العامة التي يتطلبها إنشاء المرفق، ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلاً عنه، وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية، بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة، كما رأينا، تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام، بعد أن كان متبوعاً (السنهوري ص ٢٣٥) ثانياً: القيام بإدارة المرفق، وهذا هو الالتزام الجوهري الذي يترتب في ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام. ويلتزم الملتزم في إدارة المرفق بتنفيذ كافة الشروط الواردة بالعقد، وعادة توجد هذه الشروط بملحق يسمى دفتر الشروط. وهذه الإدارة وتقتضى من الملتزم وجوب مراعاة القواعد الأساسية في سير المرفق العامة: مراعاة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتسوية في المعاملة بين جميع المنتفعين الذين يوجدون في نفس الظروف، ومبدأ سير المرافق العامة بالسهر المتواصل على المرفق ليقدم خدماته للمنتفعين بالنظام واطراد. ويخضع الملتزم، في القيام بإدارة واستغلاله، لرقابة مانح الالتزام وإشرافه، وهذه الرقابة تتحتّم، سواء نص عليها عقد الالتزام أو لم ينص ذلك أن يدار طبقاً للشروط المبينة في عقد الالتزام وفي دفتر الشروط وفي الوقت ذاته طبقاً للشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين (م ٦٦٩ مدني وسيأتي ذكرها) وهذه خاصية جوهريّة من خواص المرفق العام، فلا بد أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها كامليّن على

إدارة المرفق، وكثيراً ما يبين عقد الالتزام طرق هذه الرقابة وسبل هذا الإشراف والإجراءات التي تتبع لتحقيق كل ذلك، ولكن حتى لو كان عقد الالتزام ساكناً عن هذا، أو حتى لو تضمن شروطاً مخالفة، فإنه يتحتم كما قدمنا أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها على إدارة المرفق العام، حتى تحمي مصالح الجمهور، وحتى تحمي مصالحها بالذات فهي قد تكون مسئولة عن إعانة الملتزم بمقدار ما يسد العجز الناجم عن استغلال المرفق، فلا بد من الرقابة حتى تطمئن السلطة الإدارية إلى أن مصالح الجمهور مكفولة وإلى أن تبعاتها المالية لا تجاوز الحدود الواجبة، وتتنوع الرقابة التي تبسطها السلطة الإدارية على الملتزم في إدارته، فهي رقابة فنية ورقابة إدارية ورقابة مالية، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة من الرقابة وسائل وإجراءات بينها عقد الالتزام، فإن سكت العقد عن ذلك بينها التشريع والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري. فلما منح الالتزام أي عين مدنيين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما يطلبونه من معلومات وبيانات وإحصاءات. كذلك يكون لمانح الالتزام الحق في أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة نشاء المرفق وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. وقد جاء القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالالتزامات المرافق العامة موضحاً مدى الرقابة التي يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم، فنصت المادة ٧ من هذا القانون (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) على ما يأتي:

(١) - لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. ٢- وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين

عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق. ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمناح الالتزام ٣- ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية، بناء على اقتراح الوزير منح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، أن يعهد إلى الجهاز المركزى للمحاسبات بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة ٤- 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 ٥- وفى هذه الحالة يتولى الجهاز المركزى للمحاسبات أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نبط بها رقابتها، وتقديم تقرير بذلك إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقاب وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق منح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت 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 لا غيا أو باطلاً، كذلك لو تعاقد من الباطن فإن هذا التعاقد يصبح كأن لم يكن فى مواجهة الإدارة ويبقى التعاقد الأصلى وحده مسئولاً أمامها. كذلك لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عنه بحجة أن الإدارة قد أخلت بالتزاماته 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 ولاتصالها بالمرفق العام الذى يجب أن يسير بالنظام واضطراب، طالما أن هذا التنفيذ ممكناً، ثم يطلب فيما بعد جهة الإدارة بالتعويضات عن إخلالها بالتزاماتها (محمد فؤاد عبد الوهاب ص ١٦٩)

**وقد قضت محكمة المحكمة الإدارية العليا بأن:** 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 يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماته 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 تبعه فعله السلبى " (طعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٦٩/٧/٥) وبأنه " ومن حيث إن فسخ العقد الإدارى كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضماناً 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 أيضاً 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 الإدارية أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير

من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية. .. إلخ " (طعن ١٠٢٧ لسنة ١٥ق - جلسة ١٩٧٨/١/٢٨).

• **كيفية منح التزام المرافق العامة:** كان القانون رقم ١٢٩ لسنة

١٩٤٧ ينظم التزامات المرافق العامة لكنه لم ينص على طريقة منح الالتزام بالمرافق العامة. ومصدر القانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٦ في شأن تعديل شروط التزام واستغلال المرافق العامة في دوائر اختصاص وزارة الشؤون البلدية والفردية والمجالس البلدية ونص في مادته الأولى على أن: "لوزير الشؤون البلدية والقروية والمجالس البلدية كل في حدود اختصاصه تعديل شروط عقود التزام استغلال المرافق العامة - عدا ما كان من تلك الشروط خاصاً بتحديد شخص الملتزم ومدة الالتزام ونطاقه وإلتاوة فإنه يتعين صدور قانون بافذن في تعديلها " ثم صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠) في 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 في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإلتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة، ويكون تعديل ما عدا ذلك قرار من الوزير 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 ١٩٧١ نص في المادة ١٢٣ منه على أن " يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة

الطبيعية والمرافق العامة. .. إلخ " كما نصت المادة ١٤٦ 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. فإ إنشاء 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 (مصطفى أبو زيد ص ١٥٨ - إبراهيم شيما وحسن عصمان ص ٣١) غير انه يلاحظ أن المشرع الدستورى لم يخول رئيس الجمهورية الحق فى تفويض هذا الاختصاص إلى غيره. وإذا 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. غذ لمي كن 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 (عزمى البكرى ص ٤٤٥)

#### • استرداد الإلتزام قبل نهاية مدته: يجوز لجهة الإدارة بإرادتها

المنفردة استرداد الإلتزام قبل نهاية مدته، فذلك مما يدخل فى نطاق



تقديرها، ولا يكون سببه حدوث تقصير أو أخطأ من جانب الملتزم وإنما رغبة الإدارة في تحسين سير المرفق العام وإدارته بالطريق المباشر. وهو بهذا الشكل يتميز تميزاً واضحاً عن السقوط أولاً: لأنه ليس هناك تقصير جدى من جانب الملتزم في قيامه بأعباء المرفق وثانياً: لأن الاسترداد يقتضى أن تدفع الإدارة للملتزم تعويضاً يغطى ما فاتته من ربح وما حل به من خسارة. وقد نصت المادة الرابعة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته، وهذه المادة تكفل تقدير التعويض للملتزم، غير أن حق جهة الإدارة فى سحب الالتزام أو إسقاطه قبل نهاية مدته، ثابت لها بإعتباره نوعاً من الإلغاء الذى يجوز للإدارة أن تقوم به بمفردها بغير حاجة على نص فى العقد، وذلك إذا توافر شرطان: أولهما، أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو بتكرار إهماله أو يعجز عن تسيير المرفق بانتظام. وثانيهما، وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع الجزاء (محمد فؤاد عبد الباسط ص ٤٦١ - مصطفى أبو زيد فهمى ص ٢٧١).

**وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:** " العبرة دائماً بالمعنى لا بالألفاظ، فحسب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد وهو 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 جبراً عن الملتزم، وليس صحيحاً 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 كفيلاً لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الالتزام دائماً - بجانب هذه الجزاءات - إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه يشترط في 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 في النزاع المائل " (طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣٠٣ - جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠) وإذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالاسترداد أو بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من الديون ما لم ينص في عقد الالتزام على التزامها بذلك، ذلك أن الملتزم لا يعتبر في قيامه بإدارة المرفق وكيلاً عن جهة الإدارة، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " القاعدة في عقود التزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته، وتبعاً لذلك فإن جميع الدون التي تترتب في ذمته أثناء قيامه بإدارة المرفق تعتبر التزاماً 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 في عقد الالتزام يلزمها بها، ذلك أن الملتزم في إدارته المرفق لا يعتبر وكيلاً عن جهة الإدارة، كما أن هذه الجهة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " (طعن رقم ٢ لسنة ٢٩٠٣ - جلسة ١٩٦٤/١/٣٠) وبأنه " القاعدة في عقود التزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وتبعاً لذلك فإن جميع الديون التي تترتب في ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاماً عليه وحده

ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا هي أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها به، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق - لحسابه - وكيلاً عن جهة الإدارة كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " (طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٦٢/١١/١) وبأنه " إسقاط الالتزام من شنه - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - أن يضع حداً فاصلاً بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق، وتكون جميع الالتزامات المترتبة فى ذمته أثناء هذه الإدارة عليه وحده، ولاشأن 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 - خلفاً لشركة الترام، وإلزامها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث - على الشركة المذكورة - فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون وبالقصور فى التسبيب " (طعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧١/١١/٣٠) وبأنه " متى كان يبين من الأوراق أن الإدارة قد تولت بنفسها تسير المرفق مؤقتاً بموجوداته وعماله وموظفيه نفاذاً للأمر العسكرى رقم ٨٩ سنة ١٩٥٤ الصادر بالإستيلاء المؤقت على المرفق ثم عادت وأسقطت الالتزام عن الملتزم السابق وظلت تدبر المرفق حتى وضعت قائمة شروط جديدة لتسييره كان من بينها التزام الجديد بتشغيل عمال الملتزم السابق بحيث تكون له الخبرة فى الاستغناء عن يرى الاستغناء عنه 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 هذه المدة من وقت الاستيلاء على المرفق - وبعد إسقاط الالتزام - حتى تاريخ إنهاؤها للعقد، فحققت بذلك مساءلتها عن هذا الإنهاء وما يترتب عليه من نتائج، وذلك بصرف النظر عن البحث في 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 أنتهاء مدته، لا يكون قد خالف القانون "(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٦٢/٥/٢٣) وبأنه " إسقاط الالتزام من شأنه " - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يضع حداً فاصلاً بين غدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق، فلا تكون هي أو من تعهد إليه بإدارة المرفق من بعد خلفاً - عاماً أو خاصاً - للملتزم السابق، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة - وزارة الكهرباء - هي الجهة التي آلت إليها إدارة مرفق توريد الكهرباء بمدينة الإسكندرية الذي كانت تتولاه شركة ليبون قبل إسقاط التزامها بمقتضى القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦١ فإنها لا تكون خلفاً لهذه الشركة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة بالالتزامات الواردة بالعقد المبرم بين المطعون ضدها وبين شركة ليبون بتاريخ ١٩٤٨/١٠/٢٣ عن المدة التالية لإسقاط الالتزام على سند من أنها خلف لتلك الشركة، يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (نقض ١٩٨٣/١٠/٢٧ طعن ٧٠ س ٤٢ ق) وبأنه " والأصل في التزام المرافق العامة أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسؤوليته، وجميع الالتزامات تترتب في ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاماً عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها، ما لم ينص في عقد الالتزام أو في غيره على تحملها بها، وإسقاط الالتزام أو انتهاءه من شأنه أن يضع حداً فاصلاً بين إدارة الملتزم أو

الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرفق، ومن ثم فإن الدولة لا تعتبر خلفاً خاصاً أو عاماً للشركة التي أسقط عنها الالتزام أو انتهى التزامها (نقض ١٩٨١/١٢/٢ طعن ٧٦٦ س ٤٨ ق ونقض ١٩٧١/١/٦ س ٢٢ ص ٣٣ ونقض ١٩٦٦/١٢/٢١ س ١٧ ص ١٧٤ و ١٩٦٦/٦/١٨ س ١٧ ص ١١٦٦ و ١٩٦٦/٥/٤ س ١٧ ص ١٠١١ و ١٩٦١/٦/٢٢ س ١٢ ص ٦٩).

### من أحكام القضاء:

١- القاعدة في عقود الالتزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلي نفقته وتحت مسؤوليته، وتبعا لذلك فإن جميع الديون التي تترتب علي ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق يعد التزاما عليه وحده، ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها، فإذا هي أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها، فإنها لا تلتزم بشيء من هذه الديون ما لم ينص في عقد الالتزام علي التزامها بها، ذلك أن الملتزم لا يعتبر في قيامه بإدارة المرفق لحسابه وكلا عن جهة الإدارة، كما أنها لا تعتبر خلفاً خاصاً أو عاماً له.

(جلسة ١٩٦٢/١١/١ - مجموعة المكتب الفني- السنة ١٢ مدني- ص ٩٥٢)

٢- الأصل أن الالتزام المرافق العامة أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسؤوليته، وجميع الالتزامات تترتب في ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق، وتعتبر التزاما عليه وحده، ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها، ما لم ينص في عقد الالتزام أو في غيره علي تحملها بها، وإسقاط الالتزام أو انتهاءه من شأنه أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم أو الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرفق، ومن ثم فإنه لا يعتبر خلفاً خاصاً أو عاماً للشركة التي أسقط عنها الالتزام أو إنتهى التزامها.

(نقض- جلسة ١٩٧١/١/٦- المرجع السابق- السنة ٢٢- ص ٢٢)

٣- إسقاط الإلتزام من شأنه- وعلي ما جري به قضاء النقض- أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق، وإذ كانت مؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة هي التي آلت إليها إدارة مرفق النقل العام للركاب بالإلتزام والترلى باس لمدينة القاهرة الذى كانت تتولاه شركة ترام القاهرة قبل إسقاط إلتزامها بمقتضى القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١، فإنها بهذا الإعتبار لا يكون لها وضع في الخصومة القائمة بشأن إستحقاقات مورث المطعون عليهم وفصله الذي تم أثناء إدارة الشركة للمرهق ومن قبل إسقاط الإلتزام عنها، ولا يغير من ذلك النص في المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ في شأن إسقاط الإلتزام الممنوح للشركة علي أن تشكل بقرار من وزير الشؤون البلدية والقروية التنفيذى لجنة تختص بتحديد وتقييم جميع إلتزامات الشركة الناشئة عن إستغلال المرفق والحقوق التي لا تؤول دون مقابل طبقا للمادة الأولى من هذا القانون، وتخصم هذه الإلتزامات من الحقوق، إذ أن هذه التصفية المجردة لا تجعل المؤسسة ضامنة أو مسئولة عن إلتزامات الشركة، إذ قضى الحكم المطعون فيه بإلزام المؤسسة بالمبلغ المحكوم بها لأنها إستولت علي جميع أموال تلك الشركة وموجوداتها ومنشأتها ومركباتها، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(نقض- جلسة ١٩٦٦/١٢/٣١- المرجع السابق- السنة ١٧- ص ١٩٧٤)

٤- مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة- الذي رفعت الدعوى في ظلّه- أن المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد، كما

يخص بنظرها القضاء العادي والقضاء الإداري علي السواء، وأن إقامتها أمام إحدى هاتين الجهتين يترتب عليه عدم جواز رفعها أمام الجهة الأخرى، ولما صدر قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ٩٥٥ نص في المادة العاشرة منه علي أن: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر"، وفي المادة ٧٣ من الباب الخامس الخاص بالأحكام الوقتية علي أن جميع الدعاوى المنظورة الآن أمام جهات مجلس الدولة، تظل أمام تلك الجهات حتى يتم الفصل فيها نهائياً، كما أن القرار بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة إستبقي في المادة العاشرة منه الإختصاص السابق، ونص في المادة الثانية من قانون الإصدار علي نفس الحكم الذي كان وارداً في المادة ٧٣ آنفة الذكر وإذ كانت الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه فقد رفعت بطلب التعويض عن إخلال المطعون عليه بالتزاماته المترتبة علي عقد المقاول المبرم بينه وبين الوزارة الطاعنة، وكان هذا الحكم قد قضي بعدم الإختصاص بنظرها، فإنه يكون قد خالف القانون.

(نقض- جلسة ١٩٧٤/٢/٢١- المرجع السابق- السنة ٢٥- مدني- ص ٤١٠)

٥- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة ٦٧٢ من القانون المدني تنص علي أن "كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار علي العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح، فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة علي الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة وكانت المادة ٦٦٨ مدني قد عرفت

التزام المرافق العامة بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صبغة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق لفترة معينة من الزمن. وكانت الشركة المطعون ضدها لا يربطها بالدولة ثمة عقد وإنما هي منشأة بموجب قانون عهدت إليها الدولة حسب هذا القانون الاختصاص بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية للغير فإنها بهذه المثابة لا تعد ملتزمة بمرفق عام ولا يسري من ثم على العلاقة بينها وبين المنتفعين التقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٦٧٢ من القانون سالف الذكر.

(الطعن رقم ١٧٨٢ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٢ / ٢٠١٠)

\* \* \*



## التزامات ملتزم المرافق العامة

### النص التشريعي (مادة ٦٦٩) :

ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، والشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين.

### النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد

التالية:

مادة ٦٦٨ لبيي و ٦٣٥ سوري و ٨٩٢ عراقي و ٥٤ سوداني.

### الأعمال التحضيرية :

وقد ورد هذا النص في المادة ٩١٠ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما أستقر عليه في التقنين المدني الجديد وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٦٩٨ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٥ - ص ٧٦)

**وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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

للعلالة بين الملتزم والمنفعين كما هو الحال مثلا فى علاقة شركة المياه بالمستهلكين، فهذه العلالة تخضع لحكام القانون المبنى - ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى (القديم)، فرأى المشروع أن ينظمها.

### رأى الفقه :

١- إختلف فى تكيف العقد بين الملتزم والعميل، فأكثر فقهاء القانون الإدارى يذهبون إلى أنه ليس بعقد، بل هو إرادة منفردة من جانب العمل بموجبها يخضع لمركز منظم هو المركز الذى ينظمه عقد الإلتزام وملحقاته بما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وإدارته، وتنظمه الشروط التى تقتضيها طبيعة المرفق، ويقضيها ما ينظم هذا المرفق من القوانين ولكن بعض فقهاء القانون الإدارى وفقهاء القانون المبنى يذهبون إلى العقد الذى يبرمه العميل مع الملتزم هو عقد لا إرادة منفردة، إذ لابد فيه من إيجاب وقبول، وهو عقد مبنى يخضع لقواعد القانون فى تكوينه وفى آثاره، ولكنه يتميز عن العقد المبنى المؤلف بأنه يخضع لنظام مقرر وضعه العقد الإدارى الذى أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم أى عقد الإلتزام. ويترتب على ذلك أن العقد المبنى بين العميل والملتزم يخضع لعقد الإلتزام التنظيمى.

وهذا الرأى الأخير هو الذى ذهب إليه التقنين المبنى المصرى الجديد، كما يظهر ذلك من نص المادة ٦٦٩ منه وعن أعماله التحضيرية.

فالعقد المبرم بين العميل والملتزم ينشئ حقوقا شخصية لكل من الطرفين كما هو الأمر فى سائر العقود المدنية، فىكون للعميل الحق فى أن تؤدى له خدمات المرفق على الوجه المؤلف، وفىكون للملتزم الحق فى تقاضى أجر هذه الخدمات من العميل، ويخضع هذا العقد، كما يقول نص

المادة ٦٦٩ مدني، للشروط المنصوص عليها في عقد الإلتزام وملحقاته، والشروط التي تقتضيها طبيعة العمل، ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين.

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الإلتزام، فإنه يخضع تبعاً لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الإلتزام نفسه. وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدني وأوجبت العمل بها، سواء تضمنها عقد الإلتزام أو لم يتضمنها، بل حتى لو نص عقد الإلتزام علي خلافها، فهي مبادئ تعتبر من النظام العام، وتفرض نفسها علي كل من عقد الإلتزام والعقد بين العميل والملتزم، وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التي يتقاضاها الملتزم، من العملاء، وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور، وبكفالة المساواة بين العملاء.

(الوسيط- ١٠٧- للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٢٩٨ وما بعدها)

● **علاقة الملتزم بالعميل :** اختلف الفقهاء في تحديد العلاقة ما بين المنتفع بالمرفق العام وبين الملتزم فذهب فريق إلى أن هذه علاقة تعاقدية يحكمها عقد مدني يخضع للنظام المقرر في عقد الإلتزام الإداري المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ومن ثم يخضع لمبادئ يقوم عليها عقد الإلتزام نفسه وهي تعتبر مبادئ من النظام العام وتتعلق بالأسعار التي يتقاضاها الملتزم من العملاء وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور وبكفالة المساواة بين العملاء، ويذهب فريق آخر إلى أن الرابطة تعاقدية ولكن العقد هنا إداري أي من عقود القانون العام، بينما يقرر البعض أنه يبين من نص المادتين ٦٦٩، ٦٧١ مدني ومن الأحكام المنظمة لعقود الإلتزام ان علاقة المنتفع بالمرفق المدار بأسلوب الإلتزام لا يمكن أن تكون علاقة تعاقدية وإنما المنتفع في مركز تنظيمي تحدده القوانين واللوائح

المتعلقة بالمرفق العام. ولما كانت العلاقة بين الملتزم والمنافع، تخضع للعقد الذى يبرمه الطرفان وهما من أشخاص القانون الخاص، فإن العقد يخضع لأحكام القانون الخاص، وبالتالي لا يعتبر عقد إداريا، وللقضاء إبطال ما قد يتضمنه من شروط الإذعان.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " التزام المرافق العامة عقد منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويقوم هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلاله فترة معينة من الزمن، وهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام - الحكومة أو الهيئة المحلية - والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى لأن ما يرد من شروط عن طريق إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له طبيعة اللائحة الإدارية أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنفعين فهى تخضع لأحكام القانون الخاص، وتعتبر على خلاف عقد التزام المرافق العامة من مقاولات القانون الخاص لا من مقاولات القانون الإدارى، ويكون المنفع فيه عميلاً لملتزم المرفق العام (جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ق)

**كما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى**

**الفتوى رقم ٤٠٣ فى ١١/٤/١٩٩٠ (جلسة ١٩٩٠/٣/٢١) بأن:** " العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنفعين 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 مألوفه فى القانون الخاص وهذه المقومات والخصائص لا تتوافر فى العقود التى تحكم العلاقة بين المرافق

الاقتصادية وبين المنتفعين بها وترتياً على ما تقدم ولما كان الثابت من الاطلاع على العقد المبرم بين هيئة البريد ووزارة السياحة أن الهيئة المذكورة استأجرت بموجب هذا العقد محلاً 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 .

● **مركز العميل قبل التعاقد على الملزم:** قد ينشأ للفرد حق قبل التعاقد مع الملزم، يستطيع أن يرفع به الدعوى أمام القضاء ذلك أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً فى المرفق فإذا منحت السلطة الإدارية مثلاً التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن طريق خطوط للترام أو للأتوبيس، وأخل الملزم بشروط الإلتزام فلم ينشئ مثلاً كل الخطوط التى فرضها عليه دفتر الشروط أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها، وأصاب أحد الأفراد ضرر من ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه، أو امتنعت شركة النور أو الماء أو الغاز من التعاقد معه بغير حق عندما طلب إليها ذلك فإن لها أن يتجه إلى مانح الإلتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملزم يكف عن هذا الإخلال، فإذا امتنع مانح الإلتزام عن إجابته إلى طلبه، كان له أن يطعن فى هذا الامتناع - وهو أمر إدارى سلبى - بالإلغاء أمام القضاء الإدارى وإذا أصاب الفرد ضرر من هذا الإخلال، كأن تعطلت له مصلحة جدية من انعدام المواصلات أو من عدم توريد النور أو الماء أو الغاز له، جاز له أن يرفع دعوى التعويض على الملزم (السنهورى ص ٢٤٣)

**مركز العميل بعد التعاقد مع الملزم:** رأينا أن المادة ٦٦٩ مدنى قد نصت على أن: ملزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد اذلى ببرمه مع

عميلة بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للاجر الذى يقبضه، وفقا للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين " ومن ثم ينشأ للمنتفع الذى يتعامل مع المرفق حق شخصى قبل الملتزم طالما أدى رسم الخدمة المطلوب، وذلك وفقا للشروط عقد الالتزام الذى أبرمه الملتزم مع جهة الإدارة، أو وفقا للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويضعها الملتزم، ويقتضيها ما ينظم العمل من قوانين أخرى، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدي على أن: " يكون هذا العقد الإدارى (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه مع عملائه من عقود فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التى يكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة " وجرت المادة ٩٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى: فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعملائه من إذعان العميل الذى يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدته تقرر هذه الحقوق والالتزامات، وتكن 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 (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١، ٧٢) ويبدو أن الحذف يرجع إلى الرغبة فى تجنب إيراد المذاهب الفقهية فى التشريع، 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، فهي مبادئ تعتبر من النظام العام، وتفرض نفسها على كل من عقد الالتزام والعقد بين العميل والملتزم، وهذه المبادئ الأساسية - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعي للمرافق العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٩) وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التي يتقاضاها الملتزم من العملاء، فنبحث هذه المبادئ الثلاثة، ثم نبحث ما وضعه القانون تحت تصرف عميل المرفق العام من جزاء يستطيع به أن يفرض على الملتزم احترام هذه المبادئ.

### من أحكام القضاء:

١- إن المادة ١٦٧ من قانون العقوبات قد وردت في الباب الثالث عشر من الكتاب الثاني تحت عنوان تعطيل المواصلات وحلت محل المادة ١٤٥ من قانون العقوبات الصادر في سنة ١٩٠٤ التي كانت تنص على عقاب من يعطل عمداً سير قطار على السكة الحديد دون تفريق بين القطارات المملوكة للحكومة وبين القطارات لشركة من الشركات التي التزمت القيام بمرفق النقل العام عن طريق قطارات تسير على سكك حديدية لها في مناطق محددة من الجمهورية المصرية بمقتضى عقود التزام بينها وبين الحكومة، وقد رأى المشرع في النص الجديد أن تكون الحماية شاملة لكل وسائل النقل العامة من مائية أو برية أو جوية، فنص على عقوبة من يعرض سلامتها للخطر أو يعطل سيرها عمداً، وكشف في نص المادة ١٦٦ السابقة على هذه المادة بأن ما يعنيه من وصف وسائل النقل العامة هو إبراز ما يجب أن يحققه الملتزم بتلك الوسائل المشمولة

بالحماية من خدمات للجمهور بلا تفريق وعلى أساس المساواة التامة بين الأفراد بغض النظر عن يملك تلك الوسائل سواء أكانت الحكومة أم شركة أم فرد من الأفراد، ومما يوضح قصد الشارع ما جاء في المادة ١٦٦ من قانون العقوبات في شأن الخطوط التليفونية "تسري أحكام المواد الثلاثة السابقة على الخطوط التليفونية التي تنشئها الحكومة أو ترخص بإنشائها لمنفعة عامة"، وهذا المعنى ذاته هو الذي أشار إليه المشرع المصري في المادتين ٦٦٨ و ٦٦٩ من القانون المدني في باب التزام المرافق العامة، وإذن فالقول بأنه يشترط لتطبيق المادة ١٦٧ من قانون العقوبات أن تكون وسائل النقل المعرضة للخطر مملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة يكون على غير أساس.

(الطعن رقم ٢٣٩٢ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٠٢ / ١٩٥٤)

\* \* \*



## الالتزام بتوفير المساواة بين عملاء المرفق

### النص التشريعي (مادة ٦٧٠) :

- (١) إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له إحتكارا قانونيا أو فعليا، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور.
- (٢) ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي علي تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، علي أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام. ولكن المساواة تحرم علي الملتزم أن يمنح أحد عملائه مميزات يرفض منحها للآخرين.
- (٣) وكل تمييز يمنح علي خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة، يوجب علي الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب علي هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.
- النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد

التالية:

مادة ٦٦٩ لبيي و ٦٣٦ سوري و ٨٩٣ عراقي و ٥٤٥ سوداني.

### الأعمال التحضيرية:

يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء، وهو مبدأ يسبق القضاء المصري أن قرره بصفة قاطعة، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه في بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٨٩ ب ١١ ص ٢٤٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩). فقد حكمت مثلاً بأنه "لا يجوز للشركة التي تتولى مرفقا عاما أن ترفض طلبات الإشتراك المقدمة من الجمهور أو أن تنتهي إشتراكات قائمة إلا بناء علي أسباب جدية". كذلك قررت أنه "علي الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء...". علي أن المبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية الهامة، وربما كان من

أولي مظاهر تدخل السلطات في تنظيم المرافق العامة، وانتقال هذه المرافق من طور التنظيم الحر إلي تنظيم تشرف عليه السلطة التامة بين العملاء، سواء في الخدمات أوفي تقاضي الأجور.

وقد طبق هذا المبدأ أولاً في شركات السكك الجديدة. فقد كانت هذه الشركات في الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها مما أدى إلي إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ الذي أنشأ مجلساً كان من أولي واجباته القضاء هلي هذه المعارقات. وفي سنة ١٩٠٦ منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أي تمييز في المعاملة، علي أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء. وعلي هذا النمط أنشئت في ولايات الاتحاد الأمريكي مجالس تتولى الإشراف علي المرافق العامة وتحديد الأسعار تحت إشراف السلطة القضائية وكذلك أنشأ قانون ٢١ يونيه سنة ١٨٧٣ في إنجلترا مجلساً للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التي تمنحها الشركات لبعض العملاء. كما أنه في فرنسا يعتبر القضاء الفرنسي، هذا المبدأ من المبادئ الأساسية، فلا يجيز الملتزم المرفق العام أن تسن إحتكاره ليميز بعض العملاء علي الآخرين ويخل بذلك المنافسة الحرة. وكثيراً ما قررت عقود الإلتزام ذلك صراحة في فرنسا، وحكم القضاء بالتعويض في حالة الإخلال بالمبدأ (جوسران jossorand، عقد النقل، الطبعة الثانية ١٩٢٦، ن ١٨٠ و ٢٢٥)، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء في كثير من أحكامها (١٩ يونيه سنة ١٨٥٠ دالوز ١٨٥٠ - ١ = ١٩٧ و ٧ يوليه سنة ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢ - ١ - ٢٠٤ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٧ - ١ - ١٥٦ و ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٢٢٢ و ١٨ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٠ - ١ - ٢٦٧ و ٣ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧١ - ١ - ٢٦٩).

ولم تعدد الأحكام المختلفة بالصعوبة القائمة من حيث تقدير الضرر الواقع في هذه الحالة، بل إن بعضها قرر وجوب لهذا الإشكال علي حساب الشركة لأنها تسببت في الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل سنة ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٩ - ١ - ٣٧١).

علي أن المبدأ لم يقتصر علي مرفق السكة الحديدية، بل إمتد إلي كل إلتزامات المرافق العامة، وأصبح مقرراً أن من واجب الملتزم، كما من واجب السلطة التي تمنح الإمتياز، أن تتحقق المساواة التامة بين العملاء. (مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني- جزء ٥- ص ٧٨ و ٧٩ و ٨٠ و ٨١)

#### رأي الفقه:

١- يغلب أن يكون ملتزم المرفق العام محتكراً للمرفق، إما إحتكاراً قانونياً بأن يكون هو وحده الذي يدير المرفق ويستغله بموجب عقد الإلتزام. وإما إحتكاراً فعلياً بأن تتعهد السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه، كالتراخيص اللازمة والإعلانات وما إلي ذلك.

وأي تمييز فردي يؤثر به الملتزم أحد العملاء هو تمييز غير مشروع يمنح علي خلاف ما تقضي به المادة ٦٧٠ / ٢ مدني، يوجب علي الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب علي هذا التمييز من خلال التوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.

ومبدأ المساواة بين العملاء من المبادئ المقررة في القانون الإداري، وهو مبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية بوجه خاص.

إلا أنه لا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوي علي تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، علي أن ينتفع بهذه المعاملة من

يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام، ولكن المساواة تحرم علي الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.

إن ما بين العميل والملتزم عقد مدني يرتب للعميل حقوقا ذاتية تجاه الملتزم هي ألا يدفع أكثر من الأجر الذي قرره السلطة الإدارية في حدود القانون ونظام المرفق العام، وأن يكفل له الملتزم إستمرار خدمات المرفق وإنتظامها ومسايرتها للتطور، وأن يحقق له المساواة التامة بينه وبين سائر عملاء المرفق، بل إن هذه الحقوق الذاتية يستمدها العميل، ليس فحسب من العقد المبرم بينه وبين الملتزم، بل أيضا من عقد الإلتزام المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية، ثم من القوانين التي تنظم إلتزام المرافق العامة، ومن المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري. وعلي ذلك يمكن القول إن العميل المرفق حقوقا ذاتية مصدرها العقد، وعند سكوت العقد يكون مصدرها القانون. وعلي أساس هذا الحق الذاتي يجوز لعميل المرفق أن يرفع دعوى أمام القضاء المدني يطالب فيها الملتزم بحقه وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني. فيجوز له:

(١) أن يطلب التنفيذ العيني، فإذا كان يدفع أجرا لخدمات المرفق يزيد علي الأجر القانوني، جاز له أن يطلب إنقاص الأجر إلي الحد المسموح به قانونا وإسترداد ما دفعه زائداً علي ذلك مع الفوائد بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية بها، ويجوز الالتجاء للوصول إلي التنفيذ العيني إلي طريقة التهديد المدني.

(٢) أن يطلب التعويض، عن كل ضرر أصاب العميل من جراء الإخلال بحقوقه (م ٦٧٠ / ٣ مدني).

(٣) أن يطلب فسخ العقد بينه وبين الملتزم وفقا للقواعد العامة المقررة في فسخ العقود، وتقدر المحكمة وجاهة هذا الطلب. ولكن يندر أن يلجأ العميل إلي طلب الفسخ، لأن الخدمات التي يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية له، والملتزم هو المحتكر لها إما إحتكارا قانونيا وإما إحتكارا فعليا، ومن ثم يكون الغالب هو أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذا عينيا مع التعويض عن الضرر. وإلي جانب هذا الجزاء المدني، يوجد جزاء إداري تقرره القواعد العامة في قضاء الإلغاء في القانون الإداري أمام القضاء يطلب الحكم بإعتبار القرار الإداري باطلا وبإلغائه، وسواء أكان قرارا إداريا إيجابيا أم سلبيا. فطلب التنفيذ العيني أمام المحاكم المدنية أو التعويض أو الفسخ يجب أن يكون للعميل حق ذاتي، أما في تقاضي أمام القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء القرار الإداري الباطل لا يلزم أن له حق ذاتي، بل يكفي أن تكون له مصلحة جدية ولو كانت هذه المصلحة أدبية.

(الوسيط-١٧- للدكتور السنهوري المرجع السابق- ص ٣١٥ وما بعدها)

٢- يقرر نص المادة ٦٧٠ مدني ثابتاً منذ أمد طويل في البلاد الصناعية الهامة، كالولايات المتحدة وإنجلترا وفرنسا، وهو يقضي علي ملتزم المرفق بوجوب مراعاة المساواة التامة بين العملاء، سواء من حيث الخدمات أن من حيث الخدمات أن من حيث الأجور، فلا يجوز لملتزم المرفق العام أن يستغل ليمنح بعض العملاء. ميزات من شأنها أن تخل بالمنافسة الحرة، ويعتبر القضاء الفرنسي هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يترتب علي الإخلال بها الحكم بالتعويض علي الشركة التي تسببت في الضرر. ويمتد هذا المبدأ إلي كل التزامات المرافق العامة كالسكك الحديدية والمياه والغاز والكهرباء، فلا يجوز للملتزم مثلاً أن يرفض

طلبات الإشتراك المقسمة من الجمهور، أو أن ينهي إشتراكات قائمة إلا بناء على أسباب جدية بل عليه أن يؤدي خدماته لكل من يطلبها، وعليه أيضاً أن يحقق المساواة العامة بين العملاء بأن يمتنع عن أي تمييز في المعاملة بينهم، إلا في الحالات التي يكون التمييز فيها عاماً فلا يوجب التعويض.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفه- المرجع السابق- ص ٤٧٩ و ٤٨٠)

● **المساواة بين العملاء:** يغلب أن يكون ملتزم المرفق العام محتكراً للمرفق، إما احتكار قانونياً (monopole) بأن يكون هو وحدة الذي يدير المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام، وإما احتكاراً فعلياً (privilege) بأن تتعهد السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه كالترخيصات اللازمة، والإعانات وما إلى ذلك. فإذا كان الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، فإن الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقوا مع غيره للحصول على دماء المرفق، وينجم عن ذلك موقف يجب أن يحمى فيه المنتفعون بالمرفق من تحكم الملتزم وإيثاره بعضهم على بعض، أما عن طريق أداء خدمات المرفق وأما عن طريق تخفيض الأجور المقررة، ومن ثم كان من المبادئ الأساسية المقررة في القانون الإداري أن الملتزم يجب عليه " أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، سواء في الخدمات العامة أو في تقاضى الأمور (م ١/٦٧٠ مدني)

● **ما يستثنى من مبدأ المساواة:** ويستثنى من مبدأ المساواة المتقدم الذكر أن يمنح الملتزم طائفة من الأشخاص معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني على أن: "ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي 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 مميزات يرفض منحها للآخرين. فلا يخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض في الأجور أو إعفاء منها، بشرط ألا تمنح هذه المميزات 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 التي يعينها الملتزم بوجه عام، أي من بين المنتفعين بالمرافق، كأن تمنح هيئة السكك الحديدية أو إحدى شركات الأومينيوس اشتراكات مخفضة للعاملين بالدولة أو للطلبة، أو تجرى تخفيضاً للعاملين بها إذا توافرت فيهم شروط معينة. وأوضح إن الاستثناء على هذا الوجه استثناء ظاهري، فتخفيض الأجر أو الإعفاء منه لا يمنح لشخص أو لأشخاص بالذات مما يخل بالمساواة بين العملاء، وإنما يمنح لمجموعة من الأشخاص لا تتعين بذواتها بل بشروط معينة تتوافر فيها، وهذا ليس من شأنه أن يخل بالمساواة بين عميل بالذات و عميل آخر، وكان الملتزم يتقاضى أجرين، أجراً منخفضاً من مجموعة من الأشخاص لا يميز فيهم بين شخص وآخر، وأجراً عادياً من بقية الناس لا يميز أيضاً فيهم شخص وآخر، وهذا كله دون أن يجاوز الحد الأقصى للأسعار التي قررتها السلطة الإدارية (السنهوري ص ٢٥٨)

● **جزاء الإخلال بمبدأ المساواة:** يترتب على الإخلال بمبدأ المساواة مسئولية مدنية وأخرى إدارية فبالنسبة للمسئولية المدنية، فيجوز لعميل المرفق أن يرفع دعوى أمام القضاء المدني يطالب فيها الملتزم بحقه وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني. فيجوز له أولاً أن يطلب التنفيذ العيني، فإذا كان يدفع أجراً لخدمات المرفق يزيد على الأجر القانوني، جاز

له أن يطلب إنقاص الجر إلى الحد المسموح به قانوناً واسترداد ما دفعة زائداً على ذلك مع الفوائد بالسعر القانونية من وقت المطالبة القضائية بها، وإذا كان عملاً لمرفق من مرافق النور أو الغاز أو المياه، وانقطعت عنه خدمات المرفق، جاز له أن يطالب الملتزم أن يعيد له توريد النور أو الغاز أو المياه باستمرار وفي انتظام وفقاً لما يقضى به نظام المرفق، وإذا عطل ملتزم مرفق المواصلات خطأ من الخطوط أو غير مواعيده مما لا يتفق مع نظام المرفق وكان العميل مشتركاً في هذا الخط، جاز له أن يطالب الملتزم بإعادة الخط أو بإرجاع المواعيد إلى أصلها حتى تتفق مع ما يقضى به نظام المرفق، وإذا أخل الملتزم بواجب المساواة بين العميل وسائر العملاء، وجاز للعميل لن يطالب الملتزم بالكف عن هذا الإخلال. وبإعادة المساواة على الوجه الذي يقضى به القانون، ويجوز الالتجاء للوصول إلى التنفيذ العيني، إلى طريقة التهديد المالي. ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره، وإنما يكون له هو الحق في مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذي يراه (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) ويجوز للعميل ثانياً أن يطالب بالتعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بحقوقه المتقدم ذكرها، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه تعطيل خط المواصلات وتعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء الإخلال بالمساواة بينه وبين عملاء المرفق الآخرين، وهناك نص صريح في هذا المعنى في صدد التعويض من جراء الإخلال بالمساواة فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني تنص على ما يأتي " وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في



المنافسة المشروعة " ويجوز للعميل أخيراً أن يطلب فسخ العقد بينه وبين الملتزم، وفقاً للقواعد العامة المقررة في فسخ العقود وتقدر المحكمة وجاهة هذا الطلب، ولكن ينذر أن يلجأ العميل إلى طلب الفسخ، ل، الخدمات التي يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية له، والملتزم هو المحتكر لها إما احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً. من ثم يكون الغالب هو أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً، مع التعويض عن الضرر. (السنهوري ص ٢٦٠) أما بالنسبة للمسئولية الثانية، فإذا صدر من السلطة مانحة الامتياز قرار إداري متعلق بتنظيم المرفق مخالفاً للقانون، جاز لكل ذي مصلحة - ولو لم يكن له حق ذاتي - أن يطعن في هذا القرار بالإلغاء أمام القضاء الإداري. ويجب أن تتوفر الصفة للعميل لقبول دعواه، فإن أقام دعواه المدينة وجب أن يكون له حق ذاتي ينشأ من العقد المبرم بينه وبين الملتزم، أما أن أقام دعواه أمام القضاء الإداري فيكفي أن تكون له مصلحة جدية ولو لم يكن له حق ذاتي، وفي الحالتين لا يجوز التقاضي إلا دفاعاً عن مصلحة شخصية فلا تقبل الدعوى إذا رفعت للمطالبة بحقوق الجمهور (أنور طلبه ص ٥١٨) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن كنصاً في هذا المعنى، فكانت المادة ٩١٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي: "١- ليس للعميل الذي تعاقد مع ملتزم المرفق، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت، أن يقاضى الملتزم إلا الدفاع عن مصلحته الشخصية ٢- ولا يجوز له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة".

**وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: " يقرر هذا النص المبدأ الذي أخلت به محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٥ ن ٣١٨) وأيدتها فيه محكمة**

الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٩٥ ن ٣٣٢)، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية واحد عملائها، وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أى صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة، فليس له أن يطالبها إلا بما يمس حقوقه هو شخصاً بمقتضى العقد المبرم بينهما " وقد حذف النص فى لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة " ومع ملاحظة أنه لا يراد بالحذف عكس هذا الحكم (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨١) ولكن يجوز أن تألف 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 (السنهورى ص ٢٦٢).

#### من أحكام القضاء:

١- الملزم بأداء المرفق العام هو بربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة إقتصادية لفترة معينة من الزمن، ومن ثم فلا يعد المجلس البلدى "ملتزماً" إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع السلطة العامة عهد إليه القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٥ ببعض إختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة.

(جلسة ١٩٦٢/١١/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٣ مدني - ص ١٠٠)

\* \* \*

## الالتزام بتعريف الأسعار

### النص التشريعي (مادة ٦٧١) :

(١) يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا على ما يخالفها.

(٢) ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراكات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة.

### النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد

التالية:

مادة ٦٧٠ و ٦٧١ لبيي و ٦٣٧ و ٦٣٨ سوري و ٨٩٥ و ٨٩٦ عراقي و ٥٤٦ سوداني.

### الأعمال التحضيرية:

وقد ورد هذا النص في المادة ٩٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدي لم ترد فيه عبارة " التي قررتها السلطة العامة " في صدر الفقرة الأولى، وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص، وصار رقمه ٧٠١ في المشروع النهائي، وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيف عبارة " التي قررتها السلطة العامة " الواردة في صدر الفقرة الأولى، وذلك تأكيداً للسلطة التي تستمد منها الأسعار قوتها " فأصبح النص مطابقاً لما أُنقِص عليه في التقنين المدني الجديد، ووافق عليه مجلس

النواب على الوجه الذى عدلته إليه لجنته تحت رقم ٧٠٠ ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٤ - ص ٨٦).

**رأي الفقه:**

١- إن مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ليس هو العقد بين الملتزم والعميل، بل ليس هو العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية أي عقد الإلتزام وإنما هو السلطة الإدارية وحدها ويترتب على ذلك أن الأسعار لا تكون لها قوة ملزمة، ولا يتقيد بها العميل إذا لم تقررها السلطة الإدارية أو تصادق عليها، أخذاً بمبدأ أساسي هو مبدأ أن الإحترام واجب للأسعار التي يؤديها عملاء المرفق العام، ومهما كان تدخل الملتزم في تحديدها أو مناقشتها، إنما يرجع إلي إقرار السلطة العامة لها، وهو مبدأ مقرر في فرنسا وفي إنجلترا وأمريكا. فإذا قررت السلطة العامة الأسعار أو صدقت عليها، تكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها، أي تكون لها قوة القانون في جميع العقود التي يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق الحاليين منهم واللاحقين. وإذا عدلت السلطة العامة الأسعار بالزيادة أو بالنقص سري ذلك التعديل بأثر فوري.

(الوسيط- ١٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص ٣٠٢ وما بعدها)

● **أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام:** القوة الإلزامية التي

يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ليس مصدرها العقد بين الملتزم والعميل، بل ليس مصدرها العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية أي عقد الإلتزام وإنما مصدرها هو السلطة الإدارية وحدها. ويستوى في ذلك أن تكون السلطة الإدارية وضعت هذه الأسعار مبتدئاً، اقترحها فصادقت

عليهما، أو ناقشها مع الملتزم ثم انتهت إلى إقرارها ففي هذه الأحوال تعتبر السلطة الإدارية هي مصدر القوة الإلزامية لهذه الأسعار. ومن ثم تعتبر قوائم الأسعار من عمل السلطة الإدارية، وتكون لها قوة اللائحة الإدارية وآثارها. ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة فيما بينها وبين الملتزم، بل تجاوز ذلك على العلاقة فيما بين الملتزم وكل عميل ينتفع فعلاً بالمرفق أو يستجد بعد ذلك.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين يشمل على نص هو المادة ٩٠٧ من هذا المشروع، وكان مجرى على الوجه الآتى: "١- مهما يكن نصيب الملتزم فى تحديد الأسعار التى يجب ان يؤديها عملاء المرفق العام، أو مناقشتها، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صدقت عليها ٢- وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ " اكتفاء بالقواعد العامة " والنص تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٧)

#### • الأسعار التى قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق

**على ما يخالفها:** رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ مدنى تنص على أن " يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مع ما يخالفها " وهذا المبدأ مستفاد مما قدمناه من أنه إذا قررت السلطة العامة الأسعار أو صدقت عليها " تكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها "

### جواز إعادة النظر في الأسعار المقررة: فقد أجاز المشرع للسلطة الإدارية

إعادة النظر في الأسعار المقررة وتعديلها بالزيادة أو بالنقص إذا وجد من الأسباب ما يستدعي ذلك وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ الخاص بالتزامات المرافق العامة صراحة على ذلك إذ تقول " يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم السعار عقب كل فترة زمنية، مبينة على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام " فإذا جدت ظروف تجعل الأسعار التي سبق أن قررتها السلطة الإدارية لا تكفى لمواجهة نفقات المرفق العام وما يكون للملتزم من حق مشروع في جنى ربح معقول يتوقعة من استغلاله لرأس ماله في إدارة المرفق، وأخص هذه الظروف وأبرزها هي الظروف الطارئة التي تجعل إدارة المرفق بأسعار الأصلية مرجحة للملتزم، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر في هذه الأسعار وتزيدها زيادة عادلة، وإذا جدت ظروف، على العكس من ذلك، تجعل الأسعار الأصلية من شأنها أن تحقق للملتزم أرباحاً تفوق الأرباح المعقولة التي كان يتوقعها، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر في الأسعار وتنقصها إلى الحد المعقول بحيث يستبقى الملتزم ربحاً عادلاً لرأس المال الذي يستغله في المرفق. وسواء كان تعديل الأسعار بالزيادة أو بالنقص، فإن هذا التعديل لا يسرى إلا من وقت إقرار السلطة الإدارية، لأن هذه السلطة هي كما قدمنا مصدر القوة الملزمة للأسعار، ومن وقت هذا الإقرار تسرى الزيادة أو النقص في الأسعار على كل عميل يبرم عقداً جديداً مع الملتزم بل، وتسرى بأثر فوري على كل عميل أبرم عقداً مع الملتزم قبل ذلك مادام هذا العقد لا يزال سارياً (السنهوري ص ٢٥٠) مفاد ذلك أنه " إذا جدت ظروف أدت إلى جعل الأسعار لا تكفى لإدارة المرفق أو أصبحت دون تحقيق ربح معقول للملتزم، جاز للإدارة إعادة النظر في الأسعار

فتزيدها، أما أن ادت الظروف إلى تحقيق أرباح كبيرة كان للإدارة إعادة النظر كذلك فتنقص الأسعار، ويسرى هذا التعديل من وقت صدوره بالنسبة للعقود الجديدة وللعقود السارية.

### من أحكام القضاء:

١- متي كان يبين من الأوراق أن شركة مياه الإسكندرية منحت بإتفاق سنة ١٨٧٩ إلترام مرفق توصيل المياه المكررة والعكرة ذات الضغط المعتاد ولم يتضمن هذا العقد إلتراما بتوريد مياه ذات ضغط عال ثم إتفقت الشركة مع بعض الشركات الأخرى علي إمدادها بمياه ذات ضغط عال لإستخدامها في عمليات معينة وتعاقدت معها مصلحة السكك الحديدية علي الإنتفاع من هذه الخدمة بالحصول علي المياه ذات الضغط العالي، فإن هذه الخدمة المغايرة لما نص عليه في عقد الإلتزام والتي لم تنشأ إلا بعد انعقاده تعتبر خارجة عما ورد في عقد الإلتزام، ويكون للشركة المذكورة أن تحدد المقابل الذي تتقاضاه ويعتبر إتفاقها إتفاقاً خاصاً فردياً يخضع للقانون المدني ولا يحتاج إلي سابق موافقة من السلطة العامة مانحة بالإلتزام.

\* \* \*

## تصحيح الأخطاء عند تطبيق تعريف الأسعار

### النص التشريعي (مادة ٦٧٢) :

(١) كل إنحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار علي العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح.

(٢) فإذا وقع الإنحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل، كان له الحق في إسترداد ما دفعه زيادة علي الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة، ويكون باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك، ويسقط الحق في الحاليتين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة.

### النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: المادة ٦٣٧ من التقنين المدني السوري ، المادة ٦٧٠ من التقنين المدني الليبي ، المادة ٨٩٥ من التقنين المدني العراقي.

### الأعمال التحضيرية:

وقد ورد هذا النص في المادة ٩٠٩ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض التعديلات اللفظية، فأصبح النص مطابقاً ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨٦ - ص ٨٨).

### رأي الفقه:

١- يترتب علي أنه لا يجوز الإتفاق علي ما يخالف الأسعار التي قررتها السلطة العامة، أنه إذا إنحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار أنفياً علي ما يخالفها زيادة أو نقصاً، كان الإتفاق باطلاً ووجب النقيذ بالأسعار المقررة. ومن باب أولي إذا وقع غلط في تطبيق الأسعار المقررة، فزاد



السعر أو نقص نتيجة لهذا الغلط عما هو مقرر، لم يعتد بذلك ووجب بتصحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر (م ٦٧٢ / ١ مدني).  
 فإذا وقع الإنحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل، بأن دفع هذا سعر أزيد من السعر المقرر، كان له أن يسترد الزيادة، حتى لو كان هناك إتفاق علي خلاف ذلك. أما إذا وقع الإنحراف أو الغلط ضد مصلحة الملتزم بأن دفع العميل سعر أقل من السعر المقرر، كان الملتزم أن يستكمل من العميل ما نقص عن السعر المقرر، ولو كان هناك إتفاق علي خلاف ذلك. ويتقدم حق العميل في إسترداد الزيادة، وحق الملتزم في استكمال النقص بمضي سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التي وقع فيها إنحراف أو غلط (م ٦٧٢ / ٢ مدني).

(الوسيط - ١٧-١. للدكتور السنهاوي- المرجع السابق- ص ٢٠٧ ما بعدها)

٢- تقرر المادة ٦٧٢ مدني ما جري عليه القضاء والفقهاء في فرنسا من أن السلطة العامة هي المصدر الذي تستمد منه تعريفات الأسعار قوتها مهما كان تدخل الملتزم في تحديدها أو مناقشتها. وهذا المبدأ مقرر أيضا في التقنين الإنجليزي والأمريكي (أنظر: جسران، عقد النقل، وجيز النظرية العامة للعقود الإدارية ج ٢).

ويتفرع عن هذا المبدأ حرمان ملتزم المرفق العام من أن يعدل بإرادته وحدها قائمة الأسعار. بل ينبغي لذلك الحصول علي تصديق جهة الإدارة علي أي تعديل تجريه الشركة حتى ولو كان داخل الحدود المقررة بعقد الإلتزام، إذ لا بد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتتبين مدي تمشيهِ مع الحدود المقررة بعقد الإلتزام قبل أن تصدق عليه، وهذه حماية واجبة للجمهور الذي ليس لديه من المستندات والوسائل ما يمكنه من

التحقق من مشروعية التعديل. علي أن يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الإمتياز إلي القضاء إذا ما رفضت السلطة العامة أن تصدق علي تعديل مشروع.

وعلي هذا النحو قطع المشرع برأي في مسألة أثارت أمام القضاء المختلط وإختلفت فيها وجهات (انظر: إسكندرية المختلطة ١٦ يونيه ١٩٧٣ جازيت ٣٣٣/١٩٦/١٣، واستئناف مختلط ١٩٢٤/٣/٣١ جازيت ٣٣٩/٢١٧/١٤).

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص ٤٨١ و ٤٨٢)

#### • تصحيح أى انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار: رأينا

الفقرة الأولى من المادة ٦٧٢ مدنى قد نصت على أن " كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح " مؤداه أنه إذا وقع غلط أو انحراف بصدر تعريفه الأسعار فزاد أو نقص نتيجة لهذا الغلط مما هو مقرر لم يعتد بذلك ووجب صحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر. وإنما وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل، بأن دفع هذا سعر أزيد من السعر المقرر، كان له أن يسترد الزيادة، حتى لو كان هناك فرق على خلاف ذلك، أما إذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة الملتزم، بأن دفع العميل سعراً أقل من السعر المقرر، كان للملتزم أن يستكمل من العميل ما نقص عن السعر المقرر، ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك ويتقادم حق العميل فى استرداد الزيادة، وكذلك حق الملتزم فى استكمال النقص، بمضى سنة من وقت الملتزم للأجرة التى وقع فيها انحراف أو غلط، وهذه الأحكام تقررها فى وضوح الفقرة الثانية من المادة ٦٧٢ مدنى إذا تقول كما رأينا " 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 في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. ويسقط الحق في الحاليين بإنقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة."

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " تنص المادة ٦٧٢ من القانون المدني على أن " كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق في استرداد ما دفعة زيادة على الأسعار المقررة، وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، ويسقط الحق في الحاليين بإنقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة " ومفاد هذا النص أنه لا يطبق إلا على العلاقة بين الملتزم والمنفعة وأن حكم التقادم المنصوص عنه في المادة المذكورة استثناء من القواعد العامة في التقادم لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا طبق حكم المادة ٦٧٢ من القانون المدني على العلاقة بين المنتفع بالتيار الكهربائي والمجلس البلدي - وهو لا يعد ملتزما - يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض ١٩٦٢/١١/٨ طعن ٢٩٣ س ٢٧٧ق).

### من أحكام القضاء:

١- تنص المادة ٦٧٢ من القانون المدني علي أن: "....."، ومفاد هذا النص أنه لا ينطبق علي العلاقة بين الملتزم والمنفعة، وأن حكم التقادم المنصوص عنه في المادة المذكورة استثناء عن القواعد العامة في التقادم لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه

إذ طبق حكم المادة ٦٧٢ من القانون المدني علي العلاقة بين المنتفع بالتيار الكهربائي والمجلس البلدي- وهو لا يعد ملتزما- يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٢/١١/٨- مجموعة الكتب الفني- السنة ١٢- مدني- ص ١٠٠١)

٢- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة ٦٧٢ من القانون المدني تنص على أن "كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح، فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة وكانت المادة ٦٦٨ مدني قد عرفت التزام المرافق العامة بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صبغة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن. وكانت الشركة المطعون ضدها لا يربطها بالدولة ثمة عقد وإنما هي منشأة بموجب قانون عهدت إليها الدولة حسب هذا القانون الاختصاص بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية للغير فإنها بهذه المثابة لا تعد ملتزما بمرفق عام ولا يسري من ثم على العلاقة بينها وبين المنتفعين التقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٦٧٢ من القانون سالف الذكر.

(الطعن رقم ١٧٨٢ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٢ / ٢٠١٠)

\* \* \*

## تحمل عميل المرفق للأعطال المألوفة

### النص التشريعي (مادة ٦٧٣) :

(١) علي عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوي المحركة وما شابه ذلك، أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق.

(٢) ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد علي المألوف في مدته أو في جلساته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلي قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلي حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقترن أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجها ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل علي أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه، وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلاقى نتيجة أضرابهم بأية وسيلة أخرى.

### النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد

التالية:

مادة ٦٧٢ لبيي و ٦٣٩ و ٨٩٩ عراقي و ٥٤٨ سوداني.

### الأعمال التحضيرية:

ليس هذا النص سوي تطبيق للمبادئ العامة في المسئولية علي

المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة.

قارن فيما يتعلق بالفقرة الثالثة، محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة

١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ ن ٧٠ ص ٤٨.

أما الفقرة الرابعة فالمحكمة في وضعها ظاهرة وهي تبدو من قراءة

أسباب حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٦ يونيه سنة

١٩٢٣ (جازيت ١٣ ن ٣٣٣ ص ١٩٦) في النزاع الذي كان قائماً بين بلدية

الإسكندرية وشركة مياه الإسكندرية، فقد جاء في أسباب هذا الحكم أن

الجمهور لا يستطيع مناقشة الشروط المجحفة الواردة في العقود المطبوعة التي تفرضها شركات الإحتكار وليس له خيار في القبول أو الرفض، إذ الأمر يتعلق بمرق حيوي تحتكره الشركة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- جزء ٥- ص ٩٣، ٩١، ٩٤)

**رأي الفقه:**

١- يتبين من نص المادة ٦٧٣ مدني أن الملتزم مسئول عن استمرار المرفق العام وإنتظامه لا بموجب العقد بينه وبين العميل فحسب، ولا بموجب عقد الإلتزام فحسب، بل أيضا بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري، وتعتبر هذه المسؤولية من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق علي تخفيضها أو علي الإعفاء منها أخذا بالقواعد العامة التي تقرر بأنه لا يجوز الإتفاق علي مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام. وإذا وقع عطل أو خلل في تأدية المرفق لخدماته، وكان مألّوفا ولمدة قصيرة، فإن ذلك لا يعتبر إخلالا من الملتزم بواجباته، ولا محل لمسئوليته عنه (م ٦٧٣ / ١ مدني).

أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد علي المألّوف في مدته أو في جسامته، فإن هذا يعد إخلالا من الملتزم بواجباته، ويكون مسئولا عنه، لا تجاه السلطة الإدارية فحسب، بل أيضا تجاه عملاء المرفق. ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه بإثبات أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ولم يرتكب خطأ أو تقصيرا، فإن العطل أو الخلل الذي يزيد علي المألّوف هو ذاته الخطأ، وإنما يستطيع دفع المسؤولية بإثباته القوة أو الحادث المفاجئ.

(الوسيط-١٧- للدكتور السنهوري- المرجع السابق-ص ٣١١ وما بعدها، والعقود المسماة-

للدكتور كامل مرسى- المرجع السابق- ص ٥٩٩ وما بعدها)

● **مسئولية الملتزم عن استمرار المرفق وانتظامه :** وفقا لنص المادة

٦٧٣ مدنى سالفه الذكر ووفقاً لأحكام القانون الإدارى يكون الملتزم مسئولاً عن استمرار المرفق العام وانتظامه، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك لتعلق هذه المسؤولية بالنظام العام ويعتبر خلل يوجب المسؤولية تعطل المرفق على نحو غير مألوف فى مدته أو جسامته فيكون للجهة مانحة الالتزام والعمل مساءلة الملتزم عن ذلك إلا إذا أثبت أن ذلك يرجع لقوة قاهرة خارجية كغارة جوية أو حادث داخلى كأضرار العمال أو تحطم الآلات أو تعطلها بشرط عدم توقع ذلك وألا يكون بمكنة الملتزم دفعه وألا يكون بخطا منهيب أن لم يمنح العمال حقوقهم أو تعسف فى فصل بعضهم (أنور طلبه ص ٥٢٣) أما إذا كان العطل أو الخلل مألوفاً ولمدة قصيرة كأعمال الصيانة لا يعتبر هذا إخلالاً من الملتزم بواجباته ولا محل لمسئوليته عن ذلك وفى هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ مدنى سالفه الذكر كما رأينا : " على عملاء " المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى تدار بها المرفق "

● **عدم مسؤولية الإدارة عن التزامات الملتزم :** الأصل فى التزام المرافق

العام أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسؤوليته، وجميع الالتزامات التى تترتب فى ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاماً عليه وحده، ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها ما لم ينص فى عقد الالتزام أو فى غيره على تحملها بها، واسقاط الالتزام أو انتهاءه من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يضع حداً فاصلاً بين إدارة الملتزم أو الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرفق ومن ثم فإن الدولة

لا تعتبر خلفاً خاصاً أو عاماً للشركة التي أسقط منها الالتزام أو انتهى التزامها (نقض ١٩٨١/١٢/٢ طعن ٧٦٦ س ٤٨ ق).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " لأصل في التزام المرافق العامة أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسؤوليته، وجميع الالتزامات التي تترتب في ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاماً عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها، ما لم ينص في عقد الالتزام - أو في غيره - على تحملها بها، وساقط الالتزام أو انتهاءه من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يضع حداً فاصلاً بين إدارة الملتزم أو الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرفق، ومن ثم فإن الدولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تعتبر خلفاً خاصاً أو عاماً للشركة التي أسقط عنها الالتزام أو انتهى التزامها " (نقض ١٩٧١/١/٦ طعن ١٩٨ س ٣٦) وبأنه " اسقاط الالتزام من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يضع حداً فاصلاً 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، وإذا اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفاً لشركة الترام، والزامها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث - على الشركة المذكورة - فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون وبالقصور في التسبب (نقض ١٩٧١/١١/٣٠ طعن ٥١ س ٣٧ ق، نقض ١٩٦٦/٥/٤ طعن ١٩٩ س ٣٢ ق، نقض ١٩٦٦/١٢/٢١ طعن ٣٧٧ س ٣٢ ق، نقض ١٩٦١/١٢/٢٢ طعن ٣٦٥ س ٢٦ ق).



## أنواع أخرى من المقاولات

(١) **عقد الإعلان:** فعقد الإعلان من عقود المقاولات، وفيه يتعهد الناشر بنشر الإعلان لصاحب الإعلان مقابل أجر يدفعه له الأخير. ولا يوجد شكل خاص للعقد فهو عقد رضائي يتم بتوافق الإيجاب والقبول، ويثبت طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات وقد يتعاقد صاحب الإعلان عن طريق وسيط بينه وبين الجريدة التي يتم فيها الإعلان والوسيط قد يكون شخصاً تعاقد مع صاحب الجريدة في مقابل أجر معين على تخصيص مكان معين من جريدته للإعلانات التي يحصل عليها هذا الوسيط (**fermier de la pblicite**)، وفي هذه الحالة لا يعتبر الوسيط مستأجراً لهذا المكان من الجريدة كما ذهب بعض الفقهاء بل هو ناشر وصاحب الجريدة ناشر من الباطن، فهناك عقدان عقد مقاولات مع صاحب الإعلان وعقد مقاولات من الباطن مع صاحب الجريدة، وقد يكون الوسيط شخصاً مهمته أن يبحث عن إعلانات يقدمها لصاحب الجريدة (**procureur de la publicite**)، ويغلب أن يكون الوسيط في هذه الحالة وكيلاً بالعمولة عن صاحب الإعلان وقد يكون الوسيط في هذه الحالة وكيل إعلانات (**agent de publicite**) يتفق مع صاحب الإعلان على تنظيم حملة قوية من النشر حتى يصل الإعلان إلى علم الجم الغفير من الناس، وفي هذه الحالة يكون العقد بينه وبين صاحب الإعلان عقد مقاولات.

• **طرق نشر الإعلان:** إذا أراد شخص أن يعلن عن شيء فعليه أن يضع العبارات التي يختارها للإعلان ويتعاقد مع ناشر آخر على نشر هذه العبارات على الجمهور حتى يصل إلى علم الناس الإعلان الذي يريده، وطرق نشر الإعلان مختلفة متنوعة وأكثر هذه الطرق شيوعاً هي الإعلان

عن طريق المطبوعات، والإعلان عن طريق اللصق على الحيطان أو التعليق على قوائم تثبت في الأرض أو فوق الأسطح، والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة كالسينما والراديو والتلفزيون. ويكون الإعلان أيضاً بطريق النداء على السلعة في الطرق العامة، وبطريق مخاطبة الجماهير في صورة توجه الأنظار إلى الأمر المعلن عنه، كحفلة تمثيلية أو مزاد في بعض المتاجر. فالإعلان عن طريق المطبوعات يتم بنشر الإعلان في مطبوعات دورية كالجرائد والمجلات أو في مطبوعات غير دورية كالكتب والنشرات، وقد تكون النشرة كلها مخصصة للإعلان وحده ويكون عقد الإعلان في هذه الحالة عقد مقاول، والمقاول هو ناشر الإعلان - صاحب الجريدة أو المجلة أو الكتاب أو المطبعة - ويتعهد بطبع الإعلان في مطبوعاته وبتوزيعه على الجمهور مع توزيع هذه المطبوعات، ورب العمل هو صاحب الإعلان يتعهد بدفع الاجر لناشر الإعلان. (بلانيول وريبيرو ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ Worms ص ٤٠ - وذهب رأى إلى أن العقد إيجار ويقع على المكان الذي نشر فيه الإعلان (Dreyfus) حوليات الإعلان سنة ١٨٩٥ ص ١٨٩٥ ص ١١٣. ولكن هذا الرأى لا يعتد بأن ناشر الإعلان يتعهد، لا فحسب بتخصيص مكان للإعلان بل أيضاً بالقيام بأعمال نشر الإعلان من طبع وتوزيع وما إلى ذلك). أما الإعلان عن طريق اللصق أو التعليق يتم بلصق الإعلان على حائط مطبوعاً طبعاً عادياً أو بحروف مضيئة، أو معلقاً على قوائم متينة في الأرض أو فوق أسطح العمارات العالية حيث يكون الإعلان عادة بحروف مضيئة حتى يتمكن الجمهور من قرائته. وإذا إقتصر صاحب العقار الذي يلصق فيه الإعلان أو يعلق على أن يخصص للإعلان مكاناً في الأرض أو في الحائط أو فوق السطح على أن يقوم صاتحب الإعلان

بالأعمال اللازمة للصق إعلانه أو تعليقه مع تعهده بالصيانة، فالعقد الذى يتم بين صاحب العقار وصاحب الإعلان يكون عقد إيجار للمكان الذى يلصق فيه الإعلان أو يعلق لأن صاحب العقار لا يلتزم إلا بتمكين صاحب الإعلان من الإنتفاع بمكان معين لأغراض الإعلان، وتسرى على العقد قواعد الإيجار، أما إذا تعهد صاحب العقار بالأعمال اللازمة للصق الإعلان أو تعليقه ويتعهد الإعلان بالصيانة فقد يلتزم بالقيام بعمل فى نظير أجر معين، ويكون العقد فى هذه الحالة مقولة أو الإعلان عن طريق وسائل الإذاعة يكون فى كثير من الأحيان عن طريق السينما، فيظهر الإعلان على الشاشة أو فى صورة مشهد سنيماى، وقد يكون مكتوباً على ستار مسرح السينما فيكون بمثابة الإعلان الملصق بالحائط أو المعلق على قائمة. وقد يكون بطريق الراديو بالسماع الصوتى، أو بطريق التلفزيون بالسماع الصوتى والمشاهدة البصرية. ويكون عقد الإعلان فى جميع هذه الفروض عقد مقولة، والمقاول هو صاحب دار السينما، أو إدارة الراديو أو التلفزيون، ويتعهد بنشر الإعلان فى مقابل أجر معين يدفعه رب العمل وهو صاحب الإعلان.

● **إلتزامات ناشر الإعلان:** إذا تم الإعلان بطريق اللصق والتعليق، وكان العقد إيجار للمكان، تكون إلتزامات صاحب المكان هى إلتزامات المؤجر أما إذا كان الإعلان عن طريق المطبوعات، فإن ناشر الإعلان لا يلتزم فحسب بأن يقوم بطبع الإعلان، بل يلتزم كذلك بأن يوفر له الأسباب التى توجه إليه نظر الجمهور طبقاً للشروط المتفق عليها بينه وبين صاحب الإعلان فيجب أن ينشر الإعلان فى المكان المتفق عليه من الجريدة، فإذا لم يكن هناك إتفاق ففى المكان المخصص عادة لمثل هذا الإعلان، وبوجه عام فى مكان ظاهر لا يخفى على من يبحث عادة عن الإعلانات المماثلة.

ويجب ان ينشر الإعلان فى التاريخ المتفق عليه، فإن لم يكن هناك إتفاق فى التاريخ الذى يتمكن فيه ناشر الإعلان من نشره ولا يكون مسئولاً إذا لم يتمكن من النشر فوراً، وينشر الإعلان العدد من المرات المتفق عليه، فإن لم يتفق على عدد معين كان النشر مرة واحدة. وتتوقف قيمة الإعلان بداهة على عدد النسخ الذى يوزع من الجريدة، فإذا ضمن ناشر الإعلان لصاحبه توزيع عدد معين من هذه النسخ، كان لصاحب الإعلان التحقق من ذلك، وكان له أن يرجع بتعويض إذا ظهر أن الذى يوزع من الجريدة عدد أقل. ولا يجوز للناشر أن يكلف ناشرًا غيره بنشر الإعلان فى جريدة أخرى بغير موافقة صاحب الإعلان، فإن هذا الأخير قد قصد نشر إعلانه فى جريدة بالذات تختلف عن الجرائد الأخرى فى السمعة وسعة الإنتشار وإذا نزل صاحب الجريدة عن جريدته للغير، فإن عقد النشر ينتقل منه إلى صاحب الجريدة الجديدة، حقوقاً وإلتزامات، طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق وفى حوالة الدين، ومن ثم يجب إقرار صاحب الإعلان لحوالة الدين حتى تكون سارية فى حقه.

● **إلتزامات صاحب الإعلان:** ويلتزم صاحب الإعلان بدفع الأجر المتفق عليه، فإن لم يتفق على أجر معين وجب الرجوع إلى تعريفه الإعلانات التى وضعها الناشر ويفترض أن صاحب الإعلان قد قبل أن يدفع الأجر بحسب هذه التعريفه. والذى يقع عادة أن الناشر يضع تعريفه خاصة بالإعلانات، تجعل الأجر يتفاوت بتفاوت عدد سطور الإعلان ويتفاوت المكان الذى ينشر فيه، ويدفع الاجرة عادة مقدماً عند الإعلان وقد يتفق على أن يدفع الأجر بعد إنتهاء عدد مرات نشر الإعلان. (راجع فيما تقدم السنهورى ص ٢٩٤ وما بعدها).

(٢) **عقد النشر:** قد يقوم المؤلف بنشر مؤلفه بين أفراد الجمهور بنفسه، فيقوم بطبعه على نفقته، ثم يقوم بعرضه للبيع على الجمهور، ولكن الغالب أن يلجأ المؤلف إلى التعاقد مع ناشر يقوم بهذه المهمة، فيطبع الناشر الكتاب ويعرضه للبيع، والعقد الذى يبرمه المؤلف مع الناشر لهذا الغرض يسمى بعقد النشر. وليس لعقد النشر صورة واحدة، بل تتعدد صورته بتعدد الطرق التى يلجأ إليها المؤلف فى النزول عن حقه فى مؤلفه للنشر. وقد يقتصر المؤلف على أن يبيع للناشر طبعة معينة من الكتاب ويعين بالإتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته وتصبح النسخ ملكاً له ويبيعها لحسابه ويدفع فى مقابل ذلك للمؤلف مبلغاً معيناً على دفعة واحدة أو على عدة دفعات. وأبعد هذه الصور مدى هذه الصورة التى ينزل فيها المؤلف عن حقه فى إستغلال مؤلفه للناشر نزولاً غير محدد فيكون للناشر الحق فى طبع الكتاب فى طبعات متعددة دون تحديد هذه الطبعات. ويملك الناشر جميع النسخ فى كل طبعة من طبعات الكتاب، ويبيعها لحسابه. وفى نظر ذلك يدفع للمؤلف مبلغاً معيناً دفعة واحدة أو على عدة دفعات. وهذه الصورة لا تخرج عن أن تكون بيعاً لحق الإستغلال أبرمه المؤلف مع الناشر فى مقابل ثمن معين، وقد نزل للناشر بهذا البيع عن حقه المادى فى إستغلال مؤلفه، وإستبقى حقه الأدبى (**le droit moral de l'auteur**) فإنه حق لا يجوز النزول عنه. ويمكن التمييز بين هذه الصورة وبين نقل المؤلف لجميع حقوقه فى التأليف لشخص آخر وفى حالة إنتقال حقوق المؤلف لغيره عن طريق البيع أو الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية، يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين فى شأن الكتاب الذى إنتقل إليه. أما فى حالة التعاقد مع ناشر، فإن الناشر لا ينتقل إليه ملكية الكتاب بصفة دائمة، بل ينتقل إليه حق

إستغلال الكتاب لعدد من الطبقات غير معين ولمدة غير معينة فإذا لم يقوم الناشر بإعداد طبع الكتاب فى مدة معقولة بعد نفاذ نسخ الطبعة السابقة، إستعاد المؤلف حقه فى إستغلال الكتاب، وله أن ينشر بنفسه أو عن طريق ناشر آخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٨- انظر عكس ذلك وأنه لا فرق بين الصورتين **Rault** فى عقد النشر فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها). وقد يشتري الناشر حقوق المؤلف فتنتقل إليه هذه الحقوق بصفة دائمة بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر وتبقى الحقوق المدة التى يحددها القانون حقوق المؤلف، وعند ذلك ينشر الناشر العمل الذى إشتراه بإعتباره ناشرًا بل بإعتبار أنه هو صاحب حقوق التأليف، كالمؤلف عن ما ينشر مؤلفه بنفسه. ويجوز للناشر فى هذه الحالة أن يتعهد إلى ناشر آخر، بموجب عقد نشر أن ينشر المؤلف الذى إشتري حقوق التأليف فيه، وقد يحتفظ المؤلف بحقه فى إستغلال مؤلفه ويقوم بطبع الكتاب على نفقته، فتكون النسخ بعد طبعها ملكاً له، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع. وفى هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقالة، والمقال هو الناشر والمؤلف هو رب العمل. ذلك لأن الناشر يقوم بعمل معين لحساب المؤلف، هو عرض الكتاب على الجمهور بالبيع وقبض ثمنه ويتقاضى فى مقابل ذلك أجراً من المؤلف ويغلب أن يكون الأجر نسبة معينة من ثمن كل نسخة يتولى الناشر بيعها، يخصمها من الثمن ويرد الباقي إلى المؤلف. ولا يجوز إعتبار العقد شركة لأن نسخ الكتاب كما قدمنا ملك للمؤلف، والناشر لا يساهم فى الخسارة بحيث لو كسد الكتاب ولم يسترد المؤلف نفقات طبعه فإن الناشر لا شأن له بهذه الخسارة. وإنما يتقاضى الناشر جعلاً معيناً فى نظير عمله. هو نسبة مئوية معينة من ثمن النسخ المباعة. فالعقد يكون مقالة من حيث عرض الكتاب

للبيع، مقترنه بوكالة حين يبيع الناشر نسخ الكتاب لحساب المؤلف. وإذا أراد المؤلف أن يشارك الناشر فيساهم هذا الأخير في الربح والخسارة، فإن ذلك يجوز، ويكون العقد في هذه الحالة شركة على الصورة الآتية: - يساهم المؤلف بنشره، ويساهم الناشر بنفقات طبعه مثلاً وتكون النسخ ملكاً للشركة، ويكون لكل شريك نسبة يتفق عليها في الربح وفي الخسارة (قارن بوردي وفال ٢ فقرة ٤١٨٠). وقد ينقلب الموقف، فيصبح المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل ويتحقق ذلك عادة إذا قام ناشر بطبع المؤلف يضم طائفة من البحوث أو المقاولات، فمن يساهم ببحث أو مقال من المؤلفين يتقاضى أجراً معيناً على عمله من الناشر، وبذلك يصبح المؤلف هو المقاول كما سبق. وإذا دفع المؤلف المقال أو البحث تاماً إلى صاحب الجريدة أو المجلة ثم إتفق معه على الأجر، فالعقد هنا لا يقع على عمل ليكون مقاوله بل يقع على ملكية المقال أو البحث فيكون بيعاً. وإذا كان المؤلف يكتب بانتظام مقالات تنشر في المجلة أو الجريدة مقابل أجر، فالعقد لا يكون بيعاً وإنما يكون عقد عمل إذا كان المؤلف خاضعاً لتوجيه صاحب المجلة أو الجريدة، وعقد مقاوله إذا لم يكن خاضعاً لهذا التوجيه (بوردي وفال ٢ فقرة ٤١٨٧). وسواء كان العقد بيعاً أو مقاوله، وسواء كان المقاول هو الناشر أو المؤلف، فإن العقد يبقى مع ذلك محتفظاً بذاتيته ويسمى بعقد النشر.

### • أركان عقد النشر: أركان ثلاثة: لعقد النشر أركان ثلاثة: التراضي،

والعمل الأدبي أو الفني أى المؤلف والأجر.

#### ١- الركن الأول التراضي: - فعقد النشر عقد رضائي يتم بتوافق الإيجاب

والقبول دون حاجة إلى شكل خاص، ويخضع في إثباته للقواعد العامة، ولما كان الناشر تاجراً يقوم بعمل من أعمال التجارة وكان المؤلف غير

تاجر يقوم بعمل مدنى، فعقد النشر إذن عقد مختلط، تجارى من جانب الناشر ومدنى من جانب المؤلف. ومن ثم يجوز للمؤلف أن يثبتته على الناشر بجميع طرق الإثبات وفيها البينة والقرائن ولو زادت قيمة العقد على خمسمائة جنيه، كما يجوز أن يقاضيه أمام القضاء التجارى. أما الناشر فلا يثبت العقد على المؤلف إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه، ولا يقاضيه إلا أمام القضاء المدنى. ويبقى المؤلف ليقوم بعمل مدنى حتى ولو تولى نشر مؤلفه بنفسه، فعرضه للبيع. فهو لا يشتري لبيع كما يفعل التاجر، وإنما يقوم أصلاً بعمل آدمى أو فنى، وقيامه ببيعه للجمهور ليس إلا عملاً تابعاً للعمل الأصلى. (السنهورى ص ٢٦٦).

والتراضى فى عقد النشر لا يقوم فى الأصل على إعتبارات فى شخص الناشر، ما لم تدل الظروف فى وضوح على أن المؤلف قد قصد التعاقد مع ناشر معين لصفات خاصة فيه. (محمد كامل مرسى). وينبنى على ذلك أن موت الناشر أو بيعه لمتجره لا ينهى عقد النشر، بل ينتقل العقد مع جملة العقود الأخرى إلى الورثة أو إلى الناشر الجديد الذى يشتري للمتجر، ومع ذلك لا يجوز للناشر أن يتفق مع ناشر آخر على النشر من الباطن إلا بموافقة المؤلف. ذلك أنه إذا سلم بإنتقال عقد النشر مع جملة عقود النشر الأخرى لورثة الناشر أو المشتري لمتجره، فإن جواز إنتقال عقد نشر بمفرده إلى ناشر يتوقف على إعتبارات ترجع إلى المقدرة المالية لهذا الناشر الآخر وسمعته التجارية، ومن ثم وجب الحصول على موافقة المؤلف لجواز النشر من الباطن.

## ٢- الركن الثانى فى عقد النشر هو العمل الأدبى أو الفنى الذى قام به المؤلف

وجعله محلاً للنشر:- فتأليف كتاب فى أى فرع من فروع العلوم والآداب والفنون يصح أن يكون محلاً للنشر، كذلك ترجمة كتاب إلى لغة أخرى



غير لغته الأصلية يعتبر عملاً أدبياً يصح نشره. قد يكون العمل محل النشر عملاً فنياً لا أدبياً كالرسم والنقش والتصوير والنحت وما إلى ذلك، فيخرج الناشر من هذا العمل الفني نسخاً متعددة ويعرضها للبيع كذلك الغناء والتلحين والقطع الموسيقية يمكن نشرها عن طريق صنع إسطوانات تعرض للبيع، وأفلام السينما تنشر عن طريق نقل نسخ منها وعرضها على الجمهور وهذا العرض المسرحي، وبوجه عام كل ما يمكن إعتبره ملكية أدبية أو فنية يصح أن يكون محلاً للنشر.

**٣- الركن الثالث الأجر:-** ويختلف الأجر باختلاف الصور المتعددة لعقد النشر، وهى الصور التى إستعرضناها فيما تقدم. فإذا نزل المؤلف للناشر عن طبعه من الكتاب، فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة وعلى المدة التى لا يستطيع ف خلالها المؤلف ان يعيد طبع الكتاب وهى المدة المعقولة التى يتوقع فيها نفاذ نسخ الطبعة المبيعة. ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمناً قد يكون مبلغاً محدداً جزافاً يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة، وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ أو نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخ فعلاً. وإذا كان عقد النشر مقاولة يقتصر فيها الناشر على طبع الكتاب وعرضه للبيع الذى يستحق الأجر فى هذه الحالة هو الناشر وهو المقاول، لا المؤلف وهو رب العمل. ويبدأ الناشر عادة بإسترداد ما قد يكون أنفقه من مصروفات فى طبع الكتاب من ثمن النسخ المبيعة فإذا ما إسترد هذه المصروفات، فما يبيعه بعد ذلك من نسخ يتقاضى عليها أجراً أو عمولة، وقد تكون مبلغاً معيناً عن كل نسخة مبيعة، وقد تكون كما هو الغالب نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخة. وإذا نزل المؤلف لناشر عن حقوقه فى التأليف نزولاً غير محدد، بحيث يكون للناشر الحق فى طبع المؤلف عدداً غير معين من الطباعات

ويكون ملكاً للجميع النسخ من كل طبعة، فإن العقد يكون بيعاً كما قدمنا، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف. ويجوز أن يكون الثمن مبلغاً يحدد جزافاً، ويدفع دفعه واحدة، أو على أقساط في مواعيد معينة، أو في ميعاد كل طبعة من طبعات الكتاب، كما يجوز أن يكون الثمن محدداً بنسبة عدد نسخ الكتاب وثمان كل نسخة أو نسبة ما يباع من نسخ الكتاب، ويستتزل الناشر عادة من نسخ الكتاب عدداً معيناً يحدده الإتفاق أو العرف للهدايا وللإعلان. ولا يستبقى المؤلف إلا حقه الأدبي في مؤلفه كما قدمنا، فيلتزم بنشر المؤلف في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة، ولا يجوز له إدخال أى تعديل فيه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف أو تغيير عنوانه إلا بموافقة المؤلف. وقد يشترط المؤلف على الناشر ألا يزيد ثمن النسخة التى تباع به للجمهور على مبلغ معين، حتى لا يرهق الناشر الجمهور بثمن مبالغ فيه، ويعتبر هذا إشتراطاً لمصلحة الغير. وإذا كان المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل، كما هو الأمر فيما إذا قدم المؤلف مقالاً أو بحثاً فى مجلة أو فى مجموعة من البحوث أو المقالات، فإن الأجر فى هذه الحالة يكون مستحقاً للمؤلف يدفعه له الناشر، ويكون غالباً مبلغاً معيناً جزافاً ويدفع للمؤلف عند تسليمه للناشر المقال أو البحث.

#### • آثار عقد النشر: يترتب على عقد النشر التزامات فى ذمة كل من

المؤلف والناشر.

#### • إلتزامات الناشر: يلتزم الناشر نحو المؤلف بطبع المؤلف المعهود

إليه به ونشره، أن يكون الطبع والنشر فى الميعاد المتفق عليه، فإن لم يكن هناك إتفاق على ميعاد معين حددت المحكمة الميعاد، مراعية فى ذلك طبيعة العمل الأدبى أو الفنى المطلوب نشره والظروف المحيطة بالمؤلف وبالناشر وبوجوب ألا يفقد الكتاب أهميته إذا تأخر نشره، فإذا تأخر الناشر

فى طبع الكتاب ونشره عن الميعاد الواجب، كان للمؤلف الحق فى طلب التعويض، بل له الحق فى طلب فسخ العقد إذا كان للفسخ مقتضى مع التعويض. وقد قضى بأنه إذا سلم المؤلف الأصول للناشر مع الرسوم اللازمة، وبقيت الأصول والرسوم عند الناشر مدة تتأخر ثلاث سنوات، جاز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد وأن يسترد الأصول والرسوم، وإن يحصل على تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال الناشر بالتزامه. (السين ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ جازيت دى باليه ١٩٥٢ - ١-٤١٨). كما يلتزم الناشر فى حالة حصوله على الحق فى طبع الكتاب مرات متعددة أن يشرع فى طبع الكتاب إذا تقارب نفاذ النسخ الموجودة، ويجوز للمؤلف إذا تحقق من نفاذ نسخ الكتاب ومن أن الناشر لا يعتزم إعادة طبعه، أن يعتمد إلى العمل على نشره بنفسه أو أن يعهد إلى ناشر آخر بالنشر، دون حاجة إلى دعوى بفسخ العقد وكثيراً ما يعتمد المؤلف إلى وضع شرط فى عقد النشر يقضى بأنه إذا تأخر الناشر عن إعادة طبع الكتاب فى خلال المدة المعقولة، أو إذا نفدت نسخ الكتاب ولم يعد الناشر طبعه فى خلال مدة معينة من وقت إعداره بإعادة الطبع، يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، واسترد المؤلف حقه فى إعادة طبع الكتاب دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك. كما يلتزم الناشر باحترام حقوق المؤلف الأدبية، فلا يجوز له أن يجرى تعديلاً فى العمل الذى ينشره، لا بالحذف ولا بالإضافة بغير إذن المؤلف. كذلك لا يجوز للناشر، بغير إذن المؤلف أن يغير عنوان الكتاب، أو أن يجرى تعديلاً فيه. ويجب على الناشر أن يضع على الكتاب الاسم الذى اختاره المؤلف لنفسه، سواء كان اسمه الحقيقى أو كان اسماً مستعاراً. وللناشر أن يضع إيل جانب اسم المؤلف ما يتميز به هذا من درجات علمية ومن مرتبات الشرف، إلا إذا أراد المؤلف عدم ذكر ذلك. كذلك يلتزم الناشر باحترام حقوق المؤلف المالية،

فالمؤلف له حقوق مالية يستمدّها من عقد النشر، فهو إذا كان قد باع حقوقه للناسر، سواء فى جميع الطبعات أو فى طبعه معينة، كان له الحق فى الثمن يتقاضاه من الناسر وإذا أخل الناسر بالتزامه، جاز للمؤلف أن يطلب التنفيذ عيناً. وله كذلك أن يطلب فسخ وإسترداد نسخ الكتاب من الناسر مع التعويض، وللناسر أن يرجع عليه بنفقات الطبع إن كان هو الذى دفعها، وتقع مقاصه بين هذه النفقات والتعويض المستحق للمؤلف بقدر الأقل منهما طبقاً للقواعد المقررة فى المقاصة. وقد يقتصر الناسر على أن يكون مقالاً يقوم بطبع الكتاب ونشره فى مقابل أجر يتقاضاه من المؤلف. ففى هذه الحالة يخصم الناسر الأجر المستحق له، وكذلك نفقات طبع الكتاب إذا كان هو الذى قام بهذه النفقات، من ثمن ما يباع من النسخ، ويرد الباقى للمؤلف. ولهذا الأخير عند الإقتضاء أن يطلب من الناسر تقديم حساب مفصل عن نفقات الكتاب وما بيع منه من النسخ لإستيفاء حقه، كذلك له أن يطلب تقديم حساب فى مواعيد دورية عن النسخ التى يبعث من الكتاب، وعند الخلاف تعين المحكمة المواعيد الدورية التى يقدم فيها الحساب، وإذا كان المؤلف هو المقاول، وقد أعطى للناسر مقالاً أو بحثاً ينشر فى مجلة أو جريدة أو مجموعة من البحوث، فإن له أن يتقاضى الأجر المتفق عليه. فإذا لم يتفق على أجر وجب تطبيق المادة ٦٥٩ مدنى وتنص على أنه "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول" وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٦٠ مدنى فيما يتعلق بتقدير أجر المهندس المعمارى وتنص على ما يأتى "فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى" فيقاس أجر المؤلف على أجر المهندس المعمارى وكلاهما ذو مهنة حرة ويقدر القاضى أجر المؤلف حسب قيمة العمل، ويرجع فى ذلك إلى العرف الجارى.

• **التزامات المؤلف:** يلتزم المؤلف بأن يسلم للناشر العمل الأدبي أو الفنى محل النشر. فيسلم له أصول مؤلفه، أو نسخه مطابقه للأصل من هذه الأصول دون الأصول ذاتها. ونفقات النسخة المطابقة للأصل تكون على المؤلف. ويجب التسليم فى الميعاد المتفق عليه، فإن لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فإن المحكمة تتولى تحديد هذا الميعاد مستهدية فى ذلك بالعرف وبأهمية العمل، فإذا لم يقم المؤلف بهذا الإلتزام جاز للناشر أن يطلب فسخ عقد النشر وأن يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء هذا الفسخ ولا يجوز إجبار المؤلف على التنفيذ عيناً، بأن يستولى الناشر على الاصول أو على نسخة مطابقة للأصل منها عنوة، فإن هذا يتعارض مع حق المؤلف الأدبى فى العدول على نشر مؤلفه إذا رأى أن سمعته الأدبية أو أن ضميره يقتضى منه ذلك، ويلتزم المؤلف بضمان التعرض فلا يجوز أن يقوم بعمل شخصى يتعارض مع حق الناشر فى إستغلال المؤلف أو جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له محل. ومن ثم لا يجوز للمؤلف، بعد ان يتفق مع الناشر على نشر كتاب له، أن يقوم هو بنشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر، فينافس بذلك الناشر الأول منافسة غير مشروعة. وإذا فعل، جاز للناشر الأول أن يطالب الحكم بمصادرة نسخ الكتاب التى قام بنشرها المؤلف أو الناشر الآخر مع الحكم بالتعويض على كل منهما على المؤلف بموجب المسؤولية العقدية، وعلى الناشر الآخر بموجب المسؤولية التقصيرية إذا كان يعلم أن الكتاب سبق أن إتفق المؤلف مع الناشر الأول على نشره كذلك لا يجوز للمؤلف، بدعوى أنه ينشر الكتاب فى مجلة أو جريدة تباعاً فى أعداد متعاقبة إذا كان مسموحاً له به فى عقد النشر، أو ينشر الكتاب كله فى عدد واحد من المجلة أو الجريدة أو فى عديدين متواليين، فإن هذا يكون بمثابة نشر كامل للكتاب يتعارض مع حقوق الناشر. (السنهورى ص ٢٧٢).

(٣) **العقد مع رجل الأعمال**: فإذا تعاقد شخص مع رجل من رجال الأعمال على أن يؤدي له خدمة معينة في مقابل أجر معين كان العقد في هذه الحالة، عقد مقاوله. وصور التعاقد مع رجال الأعمال مختلفة متنوعة فقد يتعاقد شخص مع مكتب توظيف (**bureau de placement**) ليقدم له من يحتاج إليهم من الخدم، في مقابل أجر يتقاضاه المكتب وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال على أن يحصل الديون التي له في ذمة طائفة معينة من مديونية، في مقابل أجر يتقاضاه رجل الأعمال. ويكون العقد مقاوله إذا إقتصرت رجل الأعمال على العمل المادي، وهو تحصيل الديون وإعطاء مخالصة موقعه من الدائن. أما إذا جاوز ذلك إلى قبض الديون نيابة عن الدائن وإعطاء مخالصة بها موقعة بإمضائه بوصفه وكيلًا كان العقد وكالة (أورليان ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ **Loi 6** مارس سنة ١٨٩١ - دريه ٢٠ إبريل سنة ١٨٩١ **Driot 8** سبتمبر سنة ١٨٩١ - السنين ٤ يناير سنة ١٨٩٣ جاريت دي باليه ٩٣-١-٢٩٢). وقد يتعاقد شخص مع وكالة إستعلامات (**agence de renseignements**) لتقديم معلومات عن ملاءة تاجر معين أو عن سمعته التجارية في السوق أو عن سمعة شخص يريد الدخول معه في شركة أو نحو ذلك من المعلومات، في مقابل أجر تتقاضاه وكالة الإستعلامات وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لإثبات حقوق الأول في تركه والإستيلاء على هذه الحقوق وتسليمها لصاحبها في مقابل مبلغ معين من المال أو في مقابل حصة من نصيب الوارث، وقد يتعاقد شخص مع آخر على أن يكون وسيطاً له في إختيار زوجة صالحة - وهذا ما يسمى بعقد الوساطة في الزواج (**matrimonial courage**) - وذلك في نظير أجر معين، وقد يتعاقد صاحب المسرح مع رجل أعمال على أن يقدم له أشخاصاً يشهدون

تمثيل مسرحية ويشجعون القائمين بالتمثيل بهتافات الإستحسان من وقت لآخر (enterprise de success dramatique)، فى مقابل أجر معين. والسمسرة (cour tage) بمختلف أنواعها - السمسرة فى شراء العقارات وبيعها وفى إيجارها وإستئجارها وفى عقد الصفقات المختلفة والقروض والرهنات وما إلى ذلك - ليست إلا عقد مقاوله مع رجل من رجال الأعمال هو السمسار، تخصصت بكيان ذاتى فأصبحت عقداً مسمى ويدعى بعقد السمسرة، ولا شأن لنا بها هنا لأنها من مباحث القانون التجارى.

• **التزامات رجل الأعمال:** يلتزم رجل الأعمال بأن ينجز العمل المعهود به إليه، وتسرى فى ذلك القواعد المقرره فى عقد المقاوله فإذا أرتكب خطأ مسئولاً عنه مسئولية عقدية، مثل أن يعطى مدير مكتب الترخيم معلومات خاطئة عن الخادم الذى يقدمه، أو عن السيد الذى يقدم له الخادم فيكون مسئولاً إذا نجم ضرر عن هذه المعلومات الخاطئة، ولكن رجل الأعمال الذى توسط فى إيجار عمل لشخص وتم عقد العمل فإنه لا يكون مسئولاً بعد ذلك عن عدم وفاء رب العمل بالتزاماته، أو قدم للمؤجر مستأجراً وتم عقد الإيجار فإنه لا يكون مسئولاً بعد ذلك عن عدم وفاء المستأجر بالأجرة ولا عن أن العين المؤجرة كانت مشغولة من قبل بشخص مريض مرضاً معدياً إذا كان يجهل ذلك. (السنهورى ص ٢٩٠). ويعتبر خطأ موجباً للمسئولية أن تعطى وكالة إستعلامات لشخص تعاقد معها معلومات خاطئة عن ملاءة شخص معين أو عن سمعته. فإذا كانت المعلومات الخاطئة نتيجة خطأ من نفس الذى تعاقد مع وكالة الإستعلامات، كأن أعطى للوكالة اسماً غير صحيح للإستعلام عنه فإن وكالة الإستعلامات لا تكون فى هذه الحالة مسئولة كذلك لا تكون الوكالة مسئولة

إذا لم ينجم عن المعلومات الخاطئة ضرر للعميل أو إذا إشتربت الوكالة عدم مسئوليتها بشرط ألا تكون قد إرتكبت غشاً أو خطأ جسيماً، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٢- وإذا أعطى شخص لأخر معلومات خاطئة، ولم يتقاضى عن ذلك أجراً بل كان متبرعاً فإنه لا يكون مسئولاً إلا عن غشه أو عن خطأه الجسيم، وفقاً للقواعد المقررة فى عقود التبرع. (باريس ٦ اغسطس سنة ١٨٨٩ جازيت دى باليه ٨٩-٢-٣٣٢- مونبلييه ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ جازيت دى باليه ٩٠-١-٣٩٠- بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٦). وترجع الوكالة، إذا تحققت مسئوليتها عن المعلومات الخاطئة، على من أعطاها هذه المعلومات عن سوء نية، وإذا أفشى العميل هذه المعلومات الخاطئة، مخالفاً بذلك إلتزامه بالمحافظة على سرية المعلومات، كان مسئولاً نحو من أعطيت عنه المعلومات الخاطئة، ونحو الوكالة التى أعطيت له المعلومات إذا قضى عليها بالتعويض بسبب إنتهاكه لحرمة السرية، أما إفشاء العميل للمعلومات، إذا كانت صحيحة، فلا تترتب عليه أية مسئولية.

• **التزامات العميل:** يلتزم العميل بدفع الأجر المتفق عليه، فإذا لم يتفق على أجر وجب مع ذلك على العميل أن يدفع لرجل الأعمال أجر إذا الأصل أن هذا الأخير يعمل بأجر كسائر رجال الأعمال. ويرجع فى هذه الحالة، فى تحديد الأجر، إلى قيمة العمل ونفقات رجل الأعمال (م ٦٥٩ مدنى) ويراعى العرف ايضاً، كما هو الأمر فى أجر السمسار. ويكون الأجر مستحقاً نجاح رجل الأعمال فى سعيه أو لم نجاح، إذا كان إلتزامه إلتزاماً ببذل عناية، بشرط أن يبذل العناية الواجبة. أما إذا كان إلتزامه إلتزاماً بتحقيق غاية، فإن لا يستحق الأجر إلا إذا نجاح فى سعيه. وإذا عين إلتفاق أجراً لرجل الأعمال، لم يجز تخفيضه، لأن العقد مقاوله وليس



وكالة والتخفيض لا يرد إلا على أجر الوكيل. ولرجل الأعمال أن يحبس ما يقع تحت يده من مال للعميل بسبب العقد وذلك حتى يستوفى أجره، وفقاً للقواعد المقررة في حق الحبس. ويشترط لترتيب الإلتزامات السابقة في ذمة رجل الأعمال وذمة العميل أن يكون العقد صحيحاً ومستوفياً لشروط الصحة وفقاً للقواعد العامة، وأهم هذه الشروط أن يكون محل التعاقد مشروعاً، فلا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب. وهناك عقود لا شك في بطلانها لمخالفة محلها للنظام العام أو للآداب. مثل ذلك التعاقد مع شخص لإستغلال نفوذه في الدوائر الحكومية للحصول على صفقة أو ترخيص أو وظيفة أو نحو ذلك، فهذا تعاقد باطل لمخالفته للنظام العام. ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع صحفي على أن يقود حملة صحفية لترشيحه لوظيفة معينة أو على أن يروج لشركة حتى تباع أسهمها، وذلك في مقابل أجر معين، فيكون التعاقد باطلاً لمخالفته للنظام العام، ومثل ذلك أن يتعاقد شخص من آخر ليحصل له على رخصة لإدارة منزل للدعارة أو لإدارة ناد للقمار فيكون التعاقد باطلاً لمخالفته للآداب. (مراجع فيما تقدم السنهوري ص ٢٨٨ وما بعدها).

● **العقد الطبي:** العقد الطبي صورة من الصور المتعددة لعقد المقولة وهو الأعمال الطبية. ويعرف البعض العمل الطبي بأنه " ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما استند هذا العمل إلى الأصول الطبية المقررة في علم الطب. فاللجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن أعمال السحر والشعوذة" كما يعرفه البعض الآخر بأنه " ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض". ولكن يعاب على هذين التعريفين أنهما قصرا نطاق العمل الطبي على العلاج ووقاية الناس من

الأمراض، دون الأعمال الأخرى التى تكون غايتها المحافظة على صحة الإنسان وحياته. ولذلك فإننا ننضم إلى الفريق الذى يعرف العمل الطبى بأنه " كل عمل يكون ضروريا أو ملائما لاستعمال الطبيب حقه فى ممارسة المهنة الطبية ". أو هو " العمل الضرورى والملائم لتحقيق الغرض الاجتماعى الذى يستهدفه الطب كعلم وفن " (د / محمود نجيب حسنى) فيدخل فى الأعمال الطبية - من غير شك - كل ما يتعلق بالكشف عن المرض (مثل الفحوص البكتريولوجية والتحاليل الطبية)، وتشخيصه ووصف الأدوية واعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير وإجراء العمليات الجراحية. لعلاج من أجل تحقيق الشفاء منه أو تخفيف آلامه أو الحد منها. كما يدخل فى الأعمال الطبية الوقاية من الأمراض والمحافظة على صحة الإنسان الجسمية والنفسية، أو تحقيق مصلحة اجتماعية يقرها المجتمع. (د/ اسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، ص ٥٥، نقض ١٥/١٠/١٩٥٧، المرجع السابق ص ٨٧٦).

• **شروط إباحة العمل الطبى:** يشترط لإباحة الأعمال الطبية توافر عدة شروط، الهدف منها ضمان حصر العمل الطبى المباح فى المجال الذى يفيد المجتمع، وحتى لا يساء استعماله فيقلب شرا يصيبه، فيشترط أن يكون الطبيب أو الجراح مرخصا له فى مباشرة الأعمال الطبية، وأن تكون هذه الأعمال قد وقعت برضاء المريض أو ممن يعتد برضائه فى ظروف خاصة، ان تكون الغاية من هذه الأعمال هى العلاج. فإذا لم يعمل الجراح أو الطبيب داخل هذه الحدود كان مسئولا عما يتسبب عن فعله مسئولية عمدية أو غير عمدية. (د/ محمود نجيب حسنى - د / محمود مصطفى - المرجعان السابقان).

• **التزامات الطبيب بتوقيع الكشف والتشخيص:** تبدأ جهود الطبيب في علاج المريض بتشخيص المرض. وهذه المرحلة من مراحل العلاقة بين الطبيب والمريض أهم وأدق هذه المراحل جميعا 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 ثم يقرر بناء على ما تجمع لديه من كل ذلك نوع المرض الذى يشكوه المريض ودرجة تقدمه. ويحتاج الأمر من الطبيب على الأخص إذا كان يزور المريض للمرة الأولى، ولم تكن سبقت له به معرفة. أن يعنى بفحصه وأن يتجنب التسرع أو الإهمال فى الفحص وأن يحاول أن يطبق معارفه وقواعد فنه تطبيقا صحيحا، حتى يتفادى كل خطأ فى التشخيص ويجب عليه أن يحيط عمله بجميع الضمانات التى يصفها العلم والفن تحت تصرفه لابداء رأى أقرب ما يكون إلى الصواب، وأبعد ما يكون عن الخطأ فيجب عليه أن يستعين بآراء الاختصاصيين فى كل حالة يدق عليه فيها التشخيص كما يجب عليه أن يستعين بجميع الطرق العلمية للفحص كالتحاليل بأنواعها والفحص البكتريولوجى، والتصوير بالأشعة. كلما كان ذلك لازما للثبوت من الحالة وصحة التقدير، وكان فى متناول يده فإذا أهمل ذلك وتسرع فى تكوين رأيه فإنه يكون مسئولا عن جميع الأضرار التى تترتب على خطئه فى التشخيص. (د/ محمد فايق الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٩٤ وما بعدها) ومن المقرر الآن أن كل خطأ فى التشخيص مهما كان يسيرا يرتب مسؤولية الطبيب مادام أنه لا يمكن أن يصدر من طبيب يقظ يمر بنفس الظروف التى كان يمر بها المتهم. (د/ أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٥٦٧ وما بعدها).

### • وتثور المسؤولية الطبية عند الخطأ فى التشخيص :

١- إذا كان الخطأ يشكل جهلاً واضحاً بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع والتي تعد الحد الأدنى الذى يتفق مع أصول المهنة الطبية.

٢- والغلط فى التشخيص لا يشكل بالضرورة خطأ طبياً، فمثل هذا الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا تم عن جهل جسيم بأوليات الطب أو عن إهمال فى الفحص كأن يتم بطريقة سطحية وسريعة أو غير كاملة.

٣- إذا كان الغلط فى التشخيص غير مغتفر كما إذا كانت علامات وأعراض المرض من الظهور بحيث لا تقوت على طبيب مثل الذى قام بالتشخيص.

٤- إذا كان الخطأ ينطوى على إهمال واضح من قبل الطبيب لا يتفق مع ما جرى عليه العمل فى مثل هذه الحالات. فعادة يقوم الطبيب - لمعرفة المرض - بكثير من التحريات حول الأعراض والحالة العامة والسوابق المرضية والتأثيرات الوراثية وشكوى المريض. وهو يستعمل فى ذلك جميع الوسائل التى يضعها العلم تحت تصرفه حتى يصل إلى معرفة الداء. فيسأل الطبيب إذا كان خطؤه فى التشخيص راجعاً إلى عدم استعمال الوسائل العلمية الحديثة التى اتفق على استخدامها فى مثل هذه الأحوال كالسماعة والأشعة والفحص الميكروسكوبى. ولا يعفى الطبيب من المسؤولية فى هذه الحالة إلا إذا كانت حالة المريض لا تسمح باستعمال الوسيلة المتبعة أو كانت الظروف الموجود بها المريض لا تؤهل لذلك كوجوده فى مكان منعزل. وقد أدان القضاء الطبيب الذى أخطأ فى التشخيص بسبب عدم استعماله الأشعة والفحص الكهربائى إذ جرى العمل على استخدام مثل هذه الوسائل فى الحالة المعروضة.

٥- وإذا كان الخطأ فى التشخيص راجعا إلى استخدام الطبيب لوسائل مهجورة وطرق لم يعد معترفا بها علميا فى هذا المجال وأدانت المحاكم الطبيب بسبب استعماله طرق طبية قديمة مهجورة فى الكشف على سيدة حامل، لاسيما وأن من شأن هذا الطريق الإضرار بالجنين.

٦- ويسأل الطبيب أيضا عن الخطأ فى التشخيص إذا كان راجعا إلى عدم استشارته لزملاء له أكثر تخصصا فى المسائل الأولية اللازمة حتى يتبين طبيعة الحالة المعروضة عليه - وكذلك إذا أصر على رأيه رغم تبينه من خلال آراء زملائه لطبيعة خطئه فى التشخيص وأدانت المحكمة الطبيب الذى سافر بعد إجرائه العملية وترك المريض فى رعاية زملاء له تبين لهم خطأ التشخيص وعند عودته لم يشاطر الزملاء رأيهم وأصر على تشخيصه رغم وضوح العلامات الظاهرة التى تشير إلى غير ذلك.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التشخيص الطبى يعتبر من المسائل الفنية البحتة التى لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء رأى فيها دون الاستعانة بالخبير، على أن رأى الخبير فى هذه الحالة يخضع لتقديرها. وهى إذ تأخذ به أو تطرحه يجب أن تستند إلى أدلة سائغة صحيحة وإلا كان حكمها باطلا. (د/ أحمد فتحى سرور - المرجع السابق).

• **إلتزام المريض بوصف العلاج:** بعد تشخيص المرض كمرحلة أولى يصف الطبيب الدواء ويحدد طريقة العلاج الملائمة ولا يلتزم الطبيب بنتيجة معينة كشفاء المريض، ولكن كل ما عليه هو بذل العناية الواجبة فى اختيار الدواء الملائم للمريض بغية التوصل إلى شفاؤه أو تحسين حالته ما أمكن. ولا يسأل الطبيب عن الطريقة التى يعالج بها مريضه إذا رآها أكثر موافقة للمريض ولمزاجه، ولا يلتزم باتباع آراء الغالبية من الأطباء وله أن

يطبق علاجاً خاصاً به شرط أن يكون العلاج مبنياً على أسس علمية سليمة ومعتزفاً بها لأنه يجب أن تترك للطبيب حرية التصرف حسب مهارته وتجاربه. كما يجب على الطبيب أن يعطى علاجه دون تعريض المريض لخطر لا تدعو إليه الحاجة ولا يتناسب مع الفائدة المرجوة ما لم تكن حالة المريض ميئوساً منها. ويجب عليه أيضاً استشارة الاختصاصيين إذا وجد نفسه إزاء حالة فوق مستوى علمه، وإذا اشترك في استشارة يجب عليه أن يتبع رأى الاختصاصيين الذين شاركوه، وعليه إخطار أهل المريض بالنتيجة وموافقة أو عدم موافقته على العلاج وإذا لم يوافق فله أن ينسحب أما إذا وافق فهو مسئول عن نتيجة العلاج ولا عبرة بالقول بأنه لم يكن موافقاً عليه. وعليه أن يطلب إرسال المريض إلى المستشفى إذا رأى أن حالته لا تسمح بعلاجه في المنزل. كما أن عليه الالتزام بمراعاة الحيلة في وصف العلاج وضبط الجرعة التي تتناسب مع حالة المريض وبنيته وسنه ومقاومته ودرجة احتماله للمواد التي يحتويها الدواء. ويسأل الطبيب عن الخطأ في العلاج إذا كان ذلك يدل على إهمال أو جهل بالمعارف الأولية والقواعد الأساسية للطب، ويقع الجهل عادة من عدم اتباع القواعد المتفق عليها في العلاج، أو إعطاء جرعة أكبر أو أقل من اللازم لذا يجب على الأطباء التدقيق في كتابة التذكيرة الطبية والتأكد من أنها مطابقة للمرض ولحالة المريض مع الدقة في بيان طريقة الاستعمال. كما يسأل إذا أخطأ خطأ ضاراً في وصف الدواء سواء كان ذلك لنقص معارفه أو إهمالاً منه. كذلك يسأل الطبيب إذا أعطى المريض دواء من الأدوية المعروفة بسميتها نتيجة زيادة حساسية المريض لها ولم يصر المريض بذلك وحدث للمريض تسمم نتيجتها، وعلى الطبيب عند استعمالها مراقبة المريض عن كثب لتوجيهه، مع الأمر بوقف العلاج إذا حدثت بوادر مضاعفات ولكنه لا

مسئولية على الطبيب إذا هو زاد الجرعة زيادة فى تأثير الدواء طالما أنه لن تخرج فى ذاتها عن الحد المعقول وكان الضرر ناجما عن حساسية لدى المريض لم يكن للطبيب أن يثبتته لها.

● **مسئولية 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 إرتكب 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 بدلاً من العضو المصاب، أو يترك المريض يقع من فوق منضدة العمليات لأنه وضع فى غير الموضع الصحيح أو إجراء عملية جراحية بيد مرتعشه أو وهو فى حالة سكر أو ترك قطعة من الشاش أو أداة فى بطن المريض، أو إخراج المريض من المستشفى قبل إستكمال مدة علاجه. (السنهورى ص ٩٣٢). وإن كان يراعى أن الأمر يدق أحياناً فى التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى، فمثلاً عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب إعتبره البعض خطأ عادياً فى حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتماً 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 مهنياً. (حسن زكى الابراشى ص ١٣٦).

### وقد قضت محكمة النقض بأن: "مسئولية الطبيب لا تقوم - فى الأصل -

على أنه يلتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شافئه ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطة بما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودارية فى الظروف المحيطة بع أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى إختلف فيها أهل المهنة لينفتح باب الإجتهد فيها، فإن إنحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدى إلى أرتباطه بالضرر إرتباط السبب بالمسبب، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن - طبيب قد أمر بنقل مريضه من مستشفى إلى آخر، وهى على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها وإتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل بوفاتها، وإعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له إدعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحى إذ أن هذا الإدعاء - بفرض صحته - لم يكن ليحول دون إحالة المريض إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية، فإن الحكم يكون قد إلتزم صحيح القانون". (طعن ٣٨١ س ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢). وبأنه "إلتزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس إلتزاماً بنتيجة هى شفاء المريض، وإنما هو إلتزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجسد فى نفس الظروف



الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه لعادى أيا كانت درجة جسامته". (طعن ٤٦٤ س ٣٦٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١).

• **الخطأ الجسيم والخطأ اليسير:** الأصل هو اعتبار الخطأ درجة واحدة لأنه مادام الخطأ هو الإخلال بواجب قانونى فإن التدرج فى درجاته مضمون الواجبات القانونية على نحو يجعل من سلوك المسئول انحرافاً عنه كان هذا الانحراف خطأ موجباً للمسئولية بغض النظر عن درجة جسامته (فى هذا المعنى مرقص بند ٩٩) .. و مع ذلك فإن المشرع يعتد بجسامة الخطأ سواء فى تقدير التعويض بوصفه من الظروف الملازمة أو بموجب نص خاص كما يشترطه القضاء أحياناً كالتشأن فى الأخطاء المهنية وقد تعددت الآراء فى تعريف الخطأ الجسيم تبعاً لموضع أعمال فكرة الخطأ الجسيم فأحياناً يقصد به الخطأ الذى يبلغ حداً يسمح بافتراض سوء نية الفاعل حيث لا يتوافر الدليل عليها، وتارة يقصد بها الإهمال وعدم التبصر الذى يبلغ حداً من الجسامة يجعل له أهمية خاصة، ويقصد به فى معرض القانون إصابات العمل حسبما ذهبى محكمة النقض الخطأ الذى يقع من شخص قليل الذكاء والعناية فلا يتصور وقوعه إلا من شخص غبى عديم الاكتراث كما يقصد به فى شأن خطأ أرباب المهن الخطأ الذى يكون مسلماً لا جدال فيه (يراجع فى تفصيل ذلك مرقص بند ١٠٠ - ويراجع فى استعراض الفقه الإسلامى فى هذا الصدد رسالة محمد صلاح الدين حلمى ص ٢٩٤ وما بعدها).

**وقد قضى بأن:** " الطبيب لا يسأل عن خطئه اليسير بل عن خطئه الجسيم أو غلطة ناجمة مثلاً عن جهل أو إهمال لا ريب فيه " (حكم مختلط ١٩٩١/٢/٣ منشور بالمرجع السابق الدكتور محمد فايق).

**وقضى أيضا بأن:** " الطبيب الذى يعمل عملية جراحية بعرض مريض فينشأ عنها نزيف غزير يستدعى علاج خمسين يوما يكون قد ارتكب خطأ جسيما إذا اتضح أن حدوث النزيف تسبب عن قطع شرايين صغيرة فى محل العملية وعدم ربطها ثانية لأن الأصول الطبية كانت تقضى بذلك ومن ثم يكون مسئولا جنائيا ومدنيا ". (محكمة استئناف مصر ١٩٠٤/٤/١٩). وبأنه " الطبيب لا يسأل عن أخطائه الفنية فى التشخيص والعلاج إلا فى حالة الفن والخطأ الجسيم " (١٩٣٦/١١/١٩ حكم مختلط و ١٩٣٨/٤/٢١). وبأنه " الطبيب لا يسأل عن خطئه فى تشخيص مرض أو عدم مهارته فى مباشرة عملية جراحية، إلا أنه يكون مسئولا عن خطئه الجسيم مدنيا وجنائيا إذا ثبت أنه لم يتخذ الاحتياطات التى يوجبها الفن " (محكمة مصر - منعقدة - بهيئة إستئنافية ١٩٢٧/٥/٣).

● **مسائلة الطبيب عن أى تقصير يصدر منه:** إياحة عمل الطبيب (أو الصيدلى) مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط أحدهما فى إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله.

**وقد قضت محكمة النقض بأن** " توافر خطأ الطبيب من اجرائه عملية كحت غشاء رحم المجنى عليها، يصيب ما حدث من تمزق فى جدار الرحم وتدلى لفة من الأمعاء الدقيقة من هذا التمزيق إلى فراغ الرحم ثم عدم تلبية إستغاثة زوج المجنى عليها عندما اخبره بسوء حالتها. (نقض ١١ يونيو سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام من ١٤ رقم ٩١ ص ٥٠٦).

● **الخطأ الإيجابى والخطأ السلبي:** من المتفق عليه أنه يستوى فى قيام الخطأ التقصيرى أن يبدو انحراف المسئول فى صورة فعل فيكون خطؤه

إيجابيا، أو في صورة امتناع فيكون خطؤه سلبيا. وقد أثار مدى اعتبار مجرد الامتناع خطأ التقصيري في صورة الامتناع بالفعل أى الامتناع المتزن بالفعل كامتناع سائق السيارة عن تهدئة السرعة عند الزحام أو امتناع السكك الحديدية عن اتخاذ ما يلزم لتنبيه المارة أمام المزلقانات عند مرور القطارات، فإن الشك قد ثار حول صورة الامتناع البحث كامتناع الخادم عن أخبار سيدة بما علمه عن محاولات اغتياله، أو امتناع الطبيب عن انقاذ مريض أو مصاب فقد ذهب البعض إلى انتفاء المسؤولية في هذه الصورة لانتفاء رابطة السببية. ولكن يمكن القول بأن لا شبهة في توافر الخطأ التقصيري في صورة الامتناع البحث إذا وقع بقصد الاضرار لأن القاعدة أن العمد يكفي لاقامة المسؤولية عن التعويض. أما عند تتلف قصد الاضرار فقد ذهب البعض إلى عدم توافر الخطأ التقصيري إلا إذا في حالة وجود التزام قانوني بالعمل محل الامتناع وإن كان يلزم لتوافر الالتزام القانوني وجود نص بل يكفي أن يستند هذا الالتزام إلى آداب المجتمع وعادات الأشخاص الأمناء فيه. . وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها صدر عام ١٩٥١ إنه يشترط لشكل الامتناع خطأ تقصيريا أن يكون الفعل محل الامتناع واجبا بموجب نص قانوني أو لائحي أو عقدي أو قواعد المهنة. ولكن الصحيح أن الامتناع كالفعل يجوز اعتباره خطأ تقصيريا حتى كان يعد انحرافا عن المسلك المألوف للرجل العادى فى مثل الظروف الظاهرة. ومن أبرز التطبيقات التى يثار فيها هذا البحث صورة الامتناع عن نجدة أو اغاثة حيث يمكن توافر الخطأ إذا أحاطت بالامتناع ظروف تجعل الرجل العادى لا يتردد فى القيام بالفعل ويكون ذلك بالمقارنة من جسامة الخطر المحدق بالمحتاج إلى النجدة أو الاغاثة وجسامة الخطر الذى قد يتعرض له الممتنع، وصورة امتناع الطبيب عن

العلاج أو الاسعاف يتوافر فيها الخطأ عند عدم وجود طبيب آخر أو من نفس التخصص أو كانت الحالة لا تسمح باللجوء إلى غيره، وصورة الامتناع عن الافضاء بمعلومات تجنب كارثة ويتوافر فيها الخطأ إذا كان الرجل العادي في مثل ظروف المسئول لا يتردد في الافضاء بالمعلومات وقاية لذوى الشأن من أخطار جسيمة تهدد نفسه أو ماله لا يقاس بجانبها ما قد يقتدرن بالافضاء عن مشقة. (يراجع في تفصيل ذلك كله جمال زكى في الوجيز في الالتزامات بند ٢٤٧ - وأنظر مرقص بند ١٠٢ - ومحمد صلاح الدين حلمي في رسالته ص ٢٦٠ وما بعدها). وبأنه " امتناع الموظف عن تنفيذ واجبات وظيفته يعتبر خطأ يترتب عليه مسئولية إذا ما ألحق ذلك ضرراً بالغير " (١٩٦٧/١/٣ - م نقض م - ١٨ - ١١) وبأنه " المسئولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء كان متعمداً أم مقصراً وسواء كان حسن القصد أو سيئاً " (١٩٣٧/١٢/١٦ م ق م - ٤ - ٩٦٦). وعلى ذلك إذا أمتنع الطبيب عن أداء عمله وعرض حياة المريض للخطر وأدى ذلك للمضاعفات كثيرة فإن امتناعه هذا يوجب التعويض للمضرور.

#### **رابعاً: الخطأ الجنائي والخطأ المدني: الخطأ الجنائي هو الاخلال بواجب**

قانوني يكفله القوانين العقابية بنص خاص، أما الخطأ المدني فهو الاخلال بأى واجب قانوني ولو لم تكفله تلك القوانين، ومن ثم فهو أوسع دائرة من الخطأ الجنائي ولذلك فإن الخطأ الجنائي يشكل دائماً خطأ مدنياً، أما الخطأ المدني فقد يتوافر دون أن يشكل خطأ جنائياً وتجد هذه التفرقة أثرها فى حجية الحكم الجنائي امام القضاء المدني فإذا قضى بالإدانة كان الحكم حجة على وقوع الفعل الضار أما إذا قضى بالبراءة على أساس عدم توافر الخطأ الجنائي فإن ذلك لا ينفي إمكان اعتبار الفعل خطأ مدنياً.

(راجع فى استعراض التمييز بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية محمد صلاح الدين حلمى فى رسالته ص ٢١ وما بعدها).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " يمتنع على المحكمة المدنية البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر إهمالا جسيما، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى. (الطعن ٢٧٧ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٣/٦/٢٣ س ٢٤ ص ٩٦٢).

**والخلاصة أن القضاء والفقه استقر على أن:** مسئولية الطبيب عن خطئه مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنيا أو ماديا، جسيما أو يسيرا. ولا يتمتع طبيب بأى استثناء ويجب على القاضى أن يتثبت من وجود هذا الخطأ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه، وعليه ان يستعين برأى الخبراء فلو وصف خطأ الطبيب الذى تجاوز العدد المسموح به فى جلسات الأشعة بأنه يسير فهو مسئول عنه طبقا للقواعد العامة، فيسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته. فعدم نقل المريض الى القسم الطبى المختص فى الوقت المناسب يشكل خطأ فاحشا يستوجب مسئولية الطبيب كما أنه يسأل عن خطئه المتمثل فى حقن المريض بمخدر دون الاطلاع على زجاجته والتأكد مما إذا كان هو المخدر الذى طلبه او شئ آخر. واستقر القضاء على ضرورة أن يكون الخطأ واضحا وثابتا بصورة قاطعة لا احتمالية. فيسأل الطبيب عن خطئه فى العلاج أن كان الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء فإن وجدت مسائل فنية علمية يتجادل فيها العلماء ولو لم يستقر الرأى عليها فاتبعها فلا لوم عليها، والقضاء وان

كان لا يشترط الخطأ الجسيم حتى تقوم مسؤولية الطبيب عن علمه الفنى، الا أنه يشترط ان يكون هذا الخطأ محققا ومتميزا وفى الوقت نفسه فإنه يتجه نحو التشديد فى مسؤولية الأطباء والمستشفيات وذلك عن طريق الالتزام بالسلامة. (إنظر المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى - المسؤولية المدنية).

● **مسؤولية الطبيب عن تابعيه :** لمساءلة الإنسان عن خطأ يجب ان يكون الخطأ واقعا منه ذاته فلا يجوز مساءلة شخص عن فعل شخص اخر فإن القانون الجنائى لا يعرف ذلك إلا فيما ندر من حيث مسؤولية اصحاب المحلات عن الجرائم التى يرتكبها مستخدموه لانه يجب عليه ان يراقب تنفيذ اللوائح الخاصة والعامة وهو يسأل عن هذه المخالفة ولو لم يكن موجودا. كذلك الطبيب لا ينسب إليه اتهام عن فعل يقوم به مساعدوه او تابعوه إلا إذا امكن أن ينسب إليه خطأ فى أى صورة من الصور وقد يقتصر عليه الاتهام اذا ثبت ان اى من هؤلاء كانوا منفذين لاوامره، ولم يقع من احد منهم شخصا اى خطأ اما اذا كان الخطأ قد وقع من التابع وحده دون تدخل الطبيب فلا مسؤولية عليه ويكون التابع مسئولا اذا اخطأ. ومن هنا حكم بأن الممرض الذى ينفذ اوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه بل يسأل عن الضرر الذى يترتب على هذا الخطأ الطبيب الامر به، ولكن التابع الذى يرتكب خطأ فى تنفيذ ما امر به الطبيب مما يدخل فى اختصاص التابع القيام به دون رقابة الطبيب يجعل التابع مسئولا عن نتيجة الخطأ. ولكن يعد مسئولا الطبيب الذى يكلف شخصا غير مؤهل طبيا لاجراء عمل طبي مثل الختان او تخدير مريض (على ان يثبت ان ما اصاب المريض من ضرر راجع الى عدم خبرة التابع. ولم تقر المحاكم ان يترك للتابعين فإن يعملوا ما هو من صميم اختصاص الطبيب بحكم العادة

فهو المسئول أولاً واخيراً عن الأضرار التي تترتب على عدم قيامه بواجبه من ضرورة مراقبة المريض حتى يعود إلى وعيه بعد العملية الجراحية والعلاج بعدها، وكل ما يلزم المريض حتى يصل إلى بر الأمان وإن حدث خطأ فهو المسئول لإهماله في الرقابة والتوجيه. ويسأل الطبيب كذلك إذا كان العلاج يقتضي من الطبيب سلامة اجرائة وليس للطبيب أن يترك للممرضة تحضير دواء به مركبات سامة دون التأكد من سلامة مطابقته، وإذا حدث خطأ فهو المسئول، ولا يسأل الطبيب فقط عن الأخطاء الفنية بل يسأل عن الأخطاء العادية من قبل مدير مستشفى الأمراض العقلية الذي يجب أن يسأل عن عنف العاملين معه في معاملة المرضى لأنه أخطأ شخصياً في اختيارهم وهذا لا يمنع من الحكم أيضاً على المساعد عما يقع منه من خطأ في دائرة اختصاصه. والواقع أن التطور الطبي قد أدى إلى الالتجاء إلى المساعدين والمتخصصين وإذا استدعت حالة المريض ذلك فإن الطبيب يخطئ إذا لم يحقق ذلك. وقيام الطبيب بعملية جراحية طويلة دون تخدير وقيام الطبيب بنفسه بالتخدير دون التحقق من العقار المستعمل يعد خطأ وإجراء طبيب لعملية جراحية دون توفر المساعدة الواجبة اعتبر خطأ. وهذا الالتزام (المساعد الطبية بمساعديه) في حالة وجوده يسقط الطبيب المسؤولية في حالة الاستعجال والضرورة وقد أعفى القضاء من المسؤولية قيام طبيب بحالة ولادة دون استعانة بالزميل المختص، وذلك في ظروف صعبة وبإمكانيات قليلة تترتب عليها بعض الأضرار لأنه لم يكن أمام الطبيب سوى ذلك وكانت حياة الأم متوقفة على هذا. والطبيب يسأل تعاقدياً في مواجهة المريض عن الأخطاء التي يرتكبها إزاء مجموعته من ممرضات ومساعدين. ويتجه القضاء الجنائي إلى قبول الارتباط القائم بين أفراد فريق الجراحة ويدين في الدعوى المدنية الأطباء بصفة تضامنية

عندما لا يكون التدخل الجراحي قد تم بناء على اتفاق بين المريض والجراح فهذا الأخير يعد متبوعاً ومسئولاً عن تابعة الذين يعتبرون تابعين مسئولين بصفة عامة أثناء العملية، ومن ثم لا يسأل الجراح عن الأخطاء التي تصدر عن أفراد طاقمة قبل العملية أو بعدها فهو يمتلك توجيههم وتبعيتهم له أثناء الجراحة، وفيما عدا ذلك فإن المسؤولية تقع على عاتق العيادة أو المستشفى الذي يعملون فيه. وإذا رأى الجراح الانسحاب لمرض مفاجئ فعليه أن ينتخب محله زميلاً له نفس الدرجة والتخصص مع موافقة المريض. وإذا كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية، وهذه السلطة لا يكون في مستشفى عام على الطبيب الذي عينته المستشفى لعمل التخدير ولكن يكون في المستشفيات الخاصة.

• **التعويض عن الخطأ الطبي:** تنص المادة (١٦٣) مدني على أن

"كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

• **المسؤولية المدنية قد تكون تقصيرية وقد تكون عقدية:** المسؤولية

المدنية بوجه عام المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقداً يربطه بالمضروور فتكون مسؤوليته عقدية يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى، وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة كالتزامهم بعدم مجاوزة سرعة معينة عند قيادة السيارات - وعندئذ تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية الذي يستقل بحكمها وتحديد مداها، ومن هنا درج القضاء والفقه على التمييز في داخل المسؤولية المدنية على نوعين منها هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويجد هذا التمييز أثره في بعض



الأحكام التفصيلية. فمن حيث الأهلية تستلزم المسؤولية العقدية توافر أهلية الأداء التي يستلزمها القانون الموضوعي الذي يحكم التصرف لأنها ترتكز على الإرادة في حين أنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية مجرد التمييز، بل أنه يمكن مساءلة عدم التمييز عن التعويض إذا لم يوجد مسئول عنه أن تعذر الحصول من المسئول عن التعويض (المادة ١٦٤)، ومن حيث درجة الخطأ ففي المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام بتحقيق غاية توافرت مسؤوليته عند عدم تحقق النتيجة ولو لم يثبت بجانبه أى خطأ مادام لم يثبت السبب الأجنبي، وإذا كان الالتزام ببذل عناية فإن الخطأ يقاس بمعيار الرجل المعتاد فلا تقوم المسؤولية عن الخطأ اليسير الذي لا يمكن لهذا الرجل تجنبه، أما في المسؤولية التقصيرية فهي تقوم دائماً على الخطأ ومهما كان يسيراً، ومن حيث الأعذار حيث يلزم في المسؤولية العقدية على خلاف المسؤولية التقصيرية، ومن حيث عبء الإثبات حيث يكتفى من المضرور في المسؤولية العقدية بإثبات الرابطة العقدية بما ينطوي على اثبات قيام الالتزام فينتقل على عاتق المسئول اثبات الوفاء أو أن عدم الوفاء يرجع إلى سبب أجنبي، في حين أنه يقع على عاتق المضرور في المسؤولية التقصيرية اثبات الخطأ وإنما وأن كان البعض قد لاحظ بحق أن عبء اثبات الخطأ لا يختلف باختلاف نوع المسؤولية لأنه يخضع لنظام الإثبات الذي يتبع في جوهره من قاعدتين أساسيتين أولهما: افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان بحيث يقع على من يدعى عكسه عبء الإثبات، وثانيهما: إلقاء عبء الإثبات على الأقدر على تقديمه من الخصوم، ومن خلال هاتين القاعدتين ميز الشارع في نطاق المسؤولية العقدية بين الالتزام بتحقيق عناية ومن الالتزام ببذل عناية، كما ميز في نطاق المسؤولية التقصيرية بين المسؤولية القائمة على خطأ مفترض وتلك التي تقوم على أساس خطأ ثابت،

ومن حيث نوع التعويض حيث ذهب البعض إلى أنه في المسؤولية العقدية يقتصر على التعويض النقدي دائماً، بينما هو لا يقتصر على هذه الصورة في المسؤولية التقصيرية، وكذلك من حيث مدى التعويض حيث يقتصر على هذه الصورة في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع فى حين يشمل في المسؤولية التقصيرية الضرر غير المتوقع، ومن حيث اتفاقات الاعفاء أو الحد من المسؤولية فهي جائزة كأصل عام فى نطاق المسؤولية العقدية فى حين أنها ممتنعة فى نطاق المسؤولية التقصيرية، ومن حيث التضامن بين المسؤولين فهو لا يقوم فى نطاق المسؤولية العقدية إلا بالاتفاق أو نص القانون فى حين أن تقوم على الدوام فى نطاق المسؤولية التقصيرية، ومن حيث الاختصاص القضائى حيث يقتصر الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن المسؤولية العقدية على المحاكم المدنية، فى حين أنه يختص فيها بنظر المنازعات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية المحاكم الجنائية. (يراجع فى ذلك الدكتور سليمان مرقص فى كتابه المسؤولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية القسم الأول طبعة ١٩٧١ بند ٥ حتى ١٥ - الدكتور محمود جمال الدين زكى فى كتابه القيم مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الأول طبعة ١٩٧٨ بند ٥ حتى ١٥) ونخلص مما سبق إلى أن مسؤولية الطبيب أما أن تكون عقدية أو تقصيرية وسوف نلقى الضوء عليها على الترتيب التالى:

#### **أولاً: المسؤولية العقدية: لا تتوافر المسؤولية العقدية إلا نتيجة إخلال**

أحد العاقدين بالتزامه على نحو سبب ضرراً للعائد الآخر ومن ثم فإنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر الشروط الآتية: أولاً: أن يوجد عقد يربط بين المضرور والمسئول وفى حالة مباشرة الطبيب العلاج دون أن يكون هناك عقد مبرم فإن المسؤولية هنا تكون تقصيرية. ثانياً: أن يكون

هذا العقد صحيحاً فإذا كان العقد باطلاً فتكون المسؤولية عنه تقصيرية كإجراء الطبيب تجربة على مريضه لا تحتاج حالته الصحية وأصول المهنة إلى اجرائها ويكون بذلك قد خالف قواعد وأصول الآداب العامة. **ثالثاً:** أن يكون المريض هو الذى أصيب بالضرر أى أن يكون مجنى عليه فإذا كان المجنى عليه مساعد الطبيب أو طبيب التخدير أو غيرهم من المساعدين فتكون المسؤولية أيضاً تقصيرية. رابعاً: الخطأ المنسوب للطبيب نتيجة إخلاله بالرابطة العقدية فإذا انتفت صلة الخطأ بهذه الرابطة أصبحت المسؤولية تقصيرية كالطبيب الذى يعتمد على الممرضة بإعطاء الدواء لمريضه فزادت نسبة الجرعة للمريض نتيجة خطأ مady بالروشتة التى أعطاه لها الطبيب. خامساً: أن يكون المدعى صاحب حق فى الاسناد إلى العقد وفى هذا الصدد يتعين التفرقة بين فرضين: **الفرض الأول:** أن يكون المريض أو من ينوب عنه قانوناً هو الذى اختار الطبيب فإذا أقام دعوى المسؤولية فلا جدال فى أنها تستند إلى المسؤولية العقدية، ولكن إذا مات المريض فإن الوضع لا يخلو من أحد أمرين الأول أن ترفع دعوى التعويض من الورثة ولا شك أن قواعد المسؤولية العقدية هى الواجبة الاتباع، ذلك أن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف كذلك إلى الخلف العام والخاص وهى حدود ما نص عليه القانون عملاً بالمادتين ١٤٥، ١٤٦ من القانون المدنى، والأمر الثانى أن ترفع دعوى التعويض من غير ورثة المريض كأن يكونوا أقارب له أو حتى الأجانب فإنه يحق لهم الرجوع على الطبيب المتعاقد الذى أخل بالتزامه العقدى وأدى ذلك إلى وفاة قريبهم لتعويض الأضرار المادية بفقد عائلهم أو الأضرار المعنوية التى حلت بهم شخصياً نتيجة ما ألم بهم من حزن وأسى بسبب اختفائه فإنهم يتحركون فى نطاق المسؤولية التقصيرية ومقيدىن بكل قواعدها.

**والفرض الثانى:** أن يكون الذى ابرم العقد ليس هو المريض ولا بمثله قانونا ولا اتفاقا كالعقد الذى يبرمه زوج لزوجته أو رب العمل لعماله أو قريب للمريض فهنا يجب التفرقة بين حالات ثلاثة الأولى أن يتعاقد مع الطبيب بإسمه مشروطا حقا مباشرا للمريض ففى هذه الصورة تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، والثانية إذا كان قد تعاقد بإسم المريض ولمصلحته طبقت أحكام الفضالة وفى كلا الحالتين تكون العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية، والحالة الثالثة أن يكون من تعاقد مع الطبيب باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية دون أن يقصد ترتيب حقا مباشرا للمريض من العقد، فيكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق فى استعمال الدعوى العقدية أما المريض فإنه يعتبر فى هذه الحالة غيرا بالنسبة للعقد المبرم ولا يكون له إلا استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية. (راجع كل ما سبق المستشار عز الدين الدناصورى، والدكتور الشواربى - المرجع السابق ص ١٤٠٩ وما بعدها).

● **مسئولية الطبيب المعين من قبل مستشفى خاص هى مسؤولية عقدية:**

كثرت فى الفترة الأخيرة تعاقد الأطباء مع المستشفيات الخاصة أو إدارة الشركات أو المصانع إذ يلتزم الطبيب فى هذه الحالة بمقتضى العقد بعلاج المرضى الذين يدخلون المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل، فى هذه الحالات فإن الطبيب ملزم بتقديم خدمات لأشخاص لم يرتبط معهم بأى اتفاق ولم يختاروه ولا يستطيعون رفض خدماته والتكيف الصحيح لهذا العقد هو أنه اشتراط لمصلحة الغير، ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض ما هى إلا نتيجة عقد إيجار أشخاص تم بين الطبيب وصاحب المستشفى الخاص أو صاحب المشروع الخاص، فالطبيب المتعهد يلتزم قبل الجهة المشترطة وهى إدارة المستشفى أو المصنع أو المحل التجارى بأن يعمل

لمصلحة المرضى وهم المستفيدون من الاشتراط، ولا يقدح فى هذا الرأى أن الاشتراط حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد مادام أنهم قابلون للتعيين وقت التنفيذ، وتفريعا على ما تقدم فإن المستفيد دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب فى هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية. (انظر فيما سبق المستشار عز الدين الدناصورى والشواربى، المرجع السابق).

**ثانيا: المسؤولية التقصيرية:** المسؤولية التقصيرية الأصل أنها تقوم فى كل مرة لا تتوافر فيها تلك الشروط السابق ذكرها أو بعضها بحيث يعتبر المسئول أجنبيا عن المضرور. (انظر مؤلفنا فى التعويضات ص ٢٩٠ وما بعدها).

#### • أمثلة لحالات المسؤولية التقصيرية:

**أولا: الطبيب الذى يعمل فى مستشفى عام أى خطأ سببه الطبيب فى المستشفى العام الذى يعمل بها يكون خطأ تقصيرى يسأل عنه.** ويعد الطبيب الذى يعمل بهذه المستشفى موظفا بها وبالتالي يخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين المدنيين بالدولة. ومجرد وجود علاقة تبعية بين طبيب المستشفى كاف بحد ذاته لمسئولية المستشفى وقد قضت محكمة النقض بأن " إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض، ولو كانت علاقة تبعية أدبية، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب ". (الطعن ٢٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٣٦/٦/٢٢).

**ثانيا: الخدمات المجانية:** فى أغلب الأحيان بل معظمها لا يكون بين الطبيب والمريض عقد فى حالة علاجه بالمجان وبالتالي تكون المسؤولية هنا تقصيرية أم إذا كان هناك عقد فتكون المسؤولية عقدية وهذا النظام موجود فى الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وكثير من الدول المتقدمة. (انظر فى ذات المعنى الدكتورورة وفاء حلمى فى الخطأ الطبى ص ٥٦)

**ثالثاً: اسعاف الطبيب للمريض:** ونقصد هنا بإسعاف الطبيب للمريض هو تدخل الطبيب فوراً لعلاج المريض دون إذن أو تصريح من المريض ذاته لأن المريض يكون في حالة لا يرثى لها فتحتم الضرورة تدخل المريض لاسعاف ومثال ذلك أن تصدم سيارة بأخرى ويصادف أن يكون طبيب موجوداً فإن أى خطأ هنا من الطبيب يعد خطأ تقصيرى. كما أنه لا يجوز للمضرور أن يجمع بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية ليحصل على التعويض مرتين لأنه يمتنع تعويض الضرر أكثر من مرة ولا يجوز له الإفادة من النظامين فى وقت واحد، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التى لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية إلا إذا اثبتت المضرور بأن الفعل الذى ارتكبه المتعاقد الآخر انطوى على غش أو خطأ جسيم أو كون جريمة جنائية.

**وقد قضت محكمة النقض أن** " إذا كانت مسؤولية جهة الإدارة (الطاعنة) على أساس المادتين ١٧، ١٨ من القانون رقم ٥٧٧ سنة ١٩٥٤ مصدرها هذا القانون فإن الحكم المطعون فيه لا يكون بحاجة إلى الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية للقضاء بالتعويض. (١٨/٤/١٩٦٨ - م نقض م ١٩ - ٧٨٨).

● **وحدة السبب فى دعوى المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية:** الملاحظ أن محكمة النقض بالدائرة المدنية قد أخذت بوحدة السبب فى دعاوى المسؤولية فأجازت للقاضى أن يحكم فى دعوى المسؤولية المرفوعة إليه على أساس المسؤولية العقدية طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها أو العكس، ومن ثم الحكم فى دعوى المسؤولية على أساس المسؤولية التقصيرية يكون مانعاً من رفع دعوى تعويض جديد على أساس قواعد المسؤولية العقدية أو العكس.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت خطأ أحكام المسؤولية التقصيرية دون قواعد المسؤولية الواجبة التطبيق، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم فى أعمال هذه القواعد أن يطعن فى الحكم بطريق النقض على أساس مخالفة للقانون ، ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هى بأعمال أحكام من تلقاء نفسها ولا يعتبر النعى على الحكم بذلك إيداء لسبب جديد مما لا تجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك أن تحديد طبيعة المسؤولية التى يتولد عنها حق الضرر فى طلب التعويض يعتبر مطروحا على محكمة الموضوع، ولو لم تتناوله بالبحث. (١١/١٢/١٩٧٣ - م نقض م - ٢٤ - ١٢٤٣). وبأنه " من المقرر أن سبب الدعوى هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لا يتغير بتغيير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم فى دفاعهم، وإذا كان الحق التعويض المطالب به ناشئا عن فعل الإصابة فى ذاته، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القضاء بالتعويض عن تلك الإصابة فى حين أن دعوى المدعين بالحقوق المدنية تتضمن المطالبة بالتعويض عن الوفاة التى نشأت عن تلك الإصابة، فإن الحكم يكون قد استند كما استندت مطالبة المدعين إلى ذات السبب وهو الفعل الضار أى الإصابة مما يكون معه النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون لتغييره سبب الدعوى فى غير محله " (٢٩/٤/١٩٧٤ - م نقض ج - ٢٥ - ٤٤٧) وبأنه " حق الضرر فى التعويض إنما ينشأ إذا كان من أحدث الضرر أو تسبب فيه قد أخل بمصلحة مشروعة للضرر فى شخصه أو فى ماله مهما تنوعت المسائل التى يستند إليها فى تأييد طلب التعويض فيجوز للضرر رغم استناده إلى الخطأ التقصيرى الثابت أو المفترض أن يستند

إلى الخطأ العقدى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كما يجوز لمحكمة الموضوع رغم ذلك أن تستند فى حكمها بالتعويض إلى الخطأ العقدى متى ثبت لها توافره لأن هذا الاستناد - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض ولا يعتبر تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها " (١٩٦٨/٤/٢ - م نقض م - ١٩ - ٦٨٩).

• **أركان دعوى التعويض عن الخطأ الطبى:** تتمثل هذه الأركان فى ثلاث. أولا: أن يكون هناك خطأ، وثانيا: أن يسبب هذا الخطأ ضررا للمضرور، وثالثا: أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر وسوف نلقى الضوء على كل عنصر من هذه العناصر باستثناء ركن الخطأ لأننا قمنا بشرحه فى الفصل الأول من هذا الباب.

**أولا: الضرر:** يعد المضرور هو مدعى التعويض وهو المكلف بإثبات دعواه أو إقامة الأدلة على صحتها وتوافر أركانها ومن السهل اثبات الضرر من المشاهدة ومحاضر التحقيق والمعاينة والخبرة، والضرر الذى يصيب المريض إما أن يكون مادى أو أدبى أو الاثنى معا. فالضرر المادى قد يتمثل فى التعدى على سلامة جسم المريض واصابته مما يسبب له خسائر مادية عديدة، ويؤدى ذلك إلى تكبد الكثير من النفقات والمصاريف على العلاج، وقد يتمثل الضرر المادى فى عدم قدرة المريض على العمل وما يتبع ذلك من انعدام قدرة على الكسب وفقد مصدر الدخل لعدم قدرته على العمل. وقد يتوفى المريض مما ينتج عنه ضررا ماديا للورثة نتيجة هذه الوفاة، وعلى ذلك يجب على الورثة أن يثبتوا بأن مورثه هذا كان يعولهم على نحو مستمر ودائم وأنه كان العائل الوحيد لهم وأنه ولو كان على قيد الحياة سيكون مستمر فى النفقة عليهم فى المستقبل



والقاضي يقضى بالتعويض بناء على هذه الأسباب وهذا متروك للسلطة التقديرية له فى قيمة التعويض. والضرر الأدبى يتحقق بمجرد إصابة المريض وعجزه عن أداء عمله نتيجة للخطأ الطبى، وقد يتحقق أيضا بمجرد المساس بسلامة جسم المريض وما يحدث له من آلام نفسية وجسمانية يتعرض لها المريض، وقد يكون الضرر الأدلى ناشئا عن عجز وظائف الجسم عن أداء عملها أو حدوث تشوهات فى بعض أنسجة الجسم .... الخ، وعلى ذلك يجوز للمريض أن يطلب تعويضا عن المستقبل إذا كان محقق الوجود وكذلك من حقه أن يطلب تعويضا عن تفويت الفرصة والذى كان السبب فيها هو الضرر الذى نتج من هذا الخطأ الطبى.

**ثانيا: علاقة السببية:** لا يكفى مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب أو المستشفى بل يلزم وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، ومتى أثبت المضرور الخطأ والضرر، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور والمسئول نفى هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه. وخطأ المريض ينفى رابطة السببية إذا كان هو وحده السبب فى احداث الضرر، أما إذا كان قد ساهم مع خطأ الطبيب فى وقوع الضرر. فإن ذلك يؤدى إلى انتقاص المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض. ومن الأمثلة على خطأ المريض تناول المريض أو تعاطيه حرمها عليه الطبيب بصيغة صريحة وقاطعة مبينا له نتائجها، أى أن يكون فشل العلاج راجعا إلى خطأ المريض وحده. كذلك كذب المريض على الطبيب، بأن يذكر له على خلاف الحقيقة أنه لم يسبق له مطلقا تعاطى أية أدوية أو أن يقرر له على عكس الواقع أنه تعاطى أدوية معينة عن طريق الحقن أو الفم. وتتفق مسؤولية الطبيب بانتفاء رابطة

السببية نتيجة خطأ الغير إذا كان قد استغرق خطأ الجانى وكان كافيا بذاته لاحداث النتيجة. أما الخطأ المشترك، فقضت محكمة النقض بأن تعدد الأخطاء المؤدية إلى وقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوى فى ذلك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر فى حصوله غير أنه يجب عند تحديد المسؤولية الوقوف عند السبب المنتج فى احداث الضرر دون السبب العارض على النحو الذى أوضحناه تفصيلا فى رابطة السببية فى المسؤولية. (انظر المستشار عز الدين الدناصورى، والدكتور عبد الحميد الشواربى - المرجع السابق - ص ١٤١٥ وما بعدها).

#### • مسؤولية المستشفى عن أخطاء الطبيب ومساعديه :

• **العلاقة التعاقدية بين المستشفى والطبيب :** أن مسؤولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، وعلى ما يبين من نص المادة ١٧٤ من القانون المدنى تقوم على خطأ مفترض من جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس، وتقوم علاقة التبعية على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية فى اصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله فى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، وأنه وإن كان قاضى الموضوع يستقل فى استخلاص علاقة التبعية، إلا أنه يتعين أن يركن فى ذلك إلى اسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق. وعلى ذلك فإن هناك ثلاثة شروط لتوافر هذه العلاقة. **أولها:** أن تكون هناك علاقة تبعية بين التابع والمتبوع أى بين المتسبب فى الضرر والمسئول عن التعويض، **وثانيهما:** ارتكاب الخطأ من جانب التابع أصاب الغير بضرر، **وثالثهما:** أن يكون الخطأ قد ارتكب أثناء تأدية الوظيفة.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " النص في المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٨١ لسنة ١٩٩٧ في شأن إعادة تنظيم المؤسسات العلاجية على أن " تنشأ بالمحافظات التي يصدر بتحديد لها قرار رئيس الجمهورية هيئات عامة تسمى (مؤسسات علاجية) تكون لها الشخصية الاعتبارية ...."، وفي المادة الثامنة منه على أن " يتولى مجلس إدارة المؤسسة إدارتها وتصرف شئونها ..... ومثل رئيس مجلس إدارة المؤسسة في صلاتها بالأشخاص الآخرين أمام القضاء وله أن ينيب عنه غيره في المادة ١٢ منه على أن يتولى مدير المستشفى أو الوحدة إدارتها وتصريف شئونها تحت إشراف رئيس مجلس الإدارة في حدود اللوائح المنظمة لذلك. تدل هذه النصوص مجتمعة على أن المؤسسة العلاجية لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة وأن رئيس مجلس إدارتها - دون الطاعنة هو الذي يمثلها أمام القضاء وله وحده حق الرقابة والإشراف على العاملين بتلك المؤسسة وحاسبتهم على الخروج عليها وبالتالي يتحقق بالنسبة لرئيس مجلس إدارة المؤسسة على العاملين بها صفة المتبوع في مدلول حكم المادة ١٧٤ من القانون المدني، ويلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ولا ينال من ذلك النص في المادة الثالثة من قرار رئيس الجمهورية المشار إليه على أن لوزير الصحة سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه على هذه المؤسسات، والنص في المادة الثامنة منه على أن يتولى رئيس مجلس إدارة المؤسسة إدارتها وتصريف شئونها تحت إشراف وزير الصحة ..... لأن ذلك الإشراف والرقابة والتوجيه قصد به مجرد مراقبتها ضمانا لعدم خروجها عن الإطار المرسوم لها بمقتضى القانون لتحقيق الغرض الذي قامت من أجله، الأمر الذي لا تفقد معه المؤسسة العلاجية شخصيتها الاعتبارية، فلا يتحقق للطاعن صفة المتبوع

بالنسبة للعاملين بتلك المؤسسة في حكم المادة ١٧٤ من القانون المدني، وإذ خالف حكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بالتعويض المحكوم به بالتضامن مع المطعون عليه الثاني فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه " (الطعن ٢٦١٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٣/٥/١٩٩٠). وبأنه " لما كان نص المادة ١٥٢ من القانون المدني القديم - التي تقضى بمسئولية المتبوع عن عمل تابعه حال تأدية وظيفته - قد جاء نصا عاما مطلقا فلم تشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون المتبوع علاقة مباشرة بالتابع وإنما تقوم هذه الرابطة أيضا متى كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة عليه وفي توجيهه طالت مدة هذه السلطة أو قصرت فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى مسئولية وزارة الصحة (المطعون عليها) تأسيسا على عدم تبعية مرتكب الفعل الضار لها (موظف بوزارة الداخلية) دون أن يعرض في اسبابه لما إذا كان لوزارة الصحة تلك السلطة الفعلية عليه أثناء قيامه بالأجراءات التي كلف بها أو ليس له تلك السلطة فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور " (الطعن ٤٤٥ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٦٣ س ١٣ ع ٢٦ ق ٨١ ص ٥٤٣).

#### • نطاق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، فقد قضت محكمة النقض

**بأن:** " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون المدني إذ نص في المادة ١/١٧٤ منه على أنه يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقابته، وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من

التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسؤولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورة لإمكان وقوعه، بل تتحقق المسؤولية أيضاً كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي، وسواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها " (الطعن ٥٨٩ لسنة ٥٠٠ حق جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ س ٣٤ ص ١٥٧٨)، (الطعن ٦ لسنة ٥٠٠ حق جلسة ١٩٨١/٢/٣ س ٣٢ ص ٤١٥)، (نقض جلسة ١٩٧٦/٣/١٨ س ٢٧ ص ٦٩٧)، (نقض جلسة ١٩٧١/٦/١ س ٢٢ ص ٧١١). وبأنه " الشارع إذ نص في المادة ١/١٧٤ من القانون على أن " يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل اثبات العكس مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقابته أو توجيهه، ولم تكن غاية المشرع من هذا الحكم أن يقصر مسؤولية المتبوع على الخطأ الذي يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ بل تحقق المسؤولية أيضاً كلما كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع بأية طريقة فرصة ارتكاب الخطأ ويدخل في نطاق ذلك استغلاله للعمل المناط به يستوى في ذلك أن يكون الفعل المؤثم قد ارتكب للمصلحة المتبوع أو بسبب باعث شخصي. كما يستوى أن يكون الباعث مفصلاً بالوظيفة أو لا علاقة بها إذ تقوم المسؤولية في هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته وجنوحه إلى إساءة استخدامها وهو ما دفع الشارع إلى أن يفترض سوء اختيار المتبوع لتابعه وتقصيره في مراقبته فأوجب عليه ضمان خطئه بتقرير مسؤوليته

ولازم ذلك أن المسؤولية تقوم حتماً في جانب المتبوع متى تحققت التبعية ووقع الفعل المؤثم من التابع وارتبط العنصران بعلاقة السببية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه وما أيده من أسباب محكمة أول درجة قد أقام قضاءه بمسؤولية الطاعنة على ما ثبت لديه من الحكم الجنائي وما استخلصه سائغاً من أوراق الدعوى من أن التابع كان يقوم بعمله المكلف به من قبل الهيئة الطاعنة ارتكابه الحادث وأن الوظيفة هي التي هيأت له فرصة ارتكابه، وأنه بذلك تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وهي أسباب سائغة تكفي لحمل الحكم وفيها الرد الضمني المسقط لكل دفاع وحجج الطاعنة، ومن ثم فلا على محكمة الموضوع من بعد إن هي لم تورد هذه الحجج وترد عليها استقلالاً، ويكون النعي على الحكم بهذه الأسباب على غير أساس " (الطعن ١٩٨٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٥). وبأنه " مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولاً معه، وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه " (الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧).

• **الأطباء الذين يقومون بإجراءات معينة في المستشفى:** كثيرا ما يلجأ المريض مباشرة إلى الطبيب الاختصاصي بغية إجراء عملية جراحية للعلاج من مرض معين، فيبرم عقدا معه على إجراء العمل الجراحي، ويتوجه المريض إلى المستشفى التي يباشر فيها الطبيب نشاطه الجراحي. في هذا الفرض لم تنشأ علاقة تعاقدية مباشرة بين المريض والمستشفى. فإذا ما نجم عن عمل الاختصاصي الجراح خطأ ونجم عنه ضرر، فإنه وحده يكون مسؤولا عن هذه الأضرار دون إدارة المستشفى التي أجريت فيها العملية الجراحية. فالعقد الطبي لم يعقد بين المريض والمستشفى وإنما تم إبرامه بين الاختصاصي والمريض خارج نطاق إدارة المستشفى. غير أنه عندما تقبل المستشفى إجراء هذا التدخل الجراحي بداخلها، فإنها تلتزم بالعناية الجارية عقب إجراء العملية الجراحية. كذلك العناية الطبية من قبل الأطباء والمساعدين. فإذا ما نجم من هؤلاء خطأ أثناء مباشرة العلاج اللازم في المرحلة التالية فإنه يمكن مساءلتها مباشرة من المريض على أساس المسؤولية التقصيرية. (المرجع السابق).

• **علاقة المريض بالمستشفى والطبيب المعالج:**

• **علاقة المريض بالمستشفى:** يذهب المريض إلى المستشفى الخاص لإجراء عملية جراحية أو للعلاج من مرض معين، وذلك بعد الاتفاق بينه وبين إدارة هذه المستشفى على إجراء العلاج فيبرم بينهما عقد علاج يلتزم المريض بدفع الأجرة، وتلتزم المستشفى بإجراء العلاج والإقامة في المستشفى وتقديم العناية اللازمة. فهناك إذن علاقة تعاقدية بين الطرفين. وقد تستعين المستشفى بأطباء من الخارج لإجراء العملية، وتتحقق مسؤولية المستشفى عند مباشرة نشاطها لعلاج المرضى المتعاقدين معها إذا ما نجم

عنه خطأ أثناء العلاج من قبل ممن استعانت بهم المستشفى من العاملين بها من الأطباء والمساعدين، فإن المستشفى تسأل فى مواجهة المريض مسئولية تعاقدية مقتضاها أن المدين بالتزام تعاقدى لا يسأل عن عمل الغير إلا إذا كان قد استخدمه فى تنفيذ التزامه التعاقدى. ولكى تتعقد مسئولية المستشفى العقدية ينبغى ان يكون الضرر الحادث للمريض قد نجم عن عدم تنفيذ ما عهد به الى اطبائها او مساعديهم حال تنفيذ العقد او بسببه.

● **علاقة المستشفى بالطبيب:** من المقرر أن المستشفى أثناء تنفيذ التزامها بعلاج المريض، تستعين بأطباء ذوى تخصص كل فى مجاله كطبيب التخدير، وطبيب الأشعة والعلاج الطبيعى، وهؤلاء قد يكونون عمالا دائمين فى المستشفى أو ملحقتين بها لقيامهم بنشاطهم فى أكثر من مستشفى، وفى الحالتين فإن هناك رابطة عقدية بينهم وبين المستشفى، فإذا ما نجم عن نشاط هؤلاء الأطباء المشاركون خطأ سبب ضررا للمرضى فإن مؤدى القواعد العامة أن المستشفى تسأل عن أعمال الطبيب، وذلك باعتبار المستشفى متبوعا والطبيب تابعا، غير أن القضاء ذهب إلى عدم تحقق مسئولية المستشفى باعتبارها متبوعا عن أخطاء الطبيب واقتصار المسئولية على هذا الأخير، فقضت محكمة النقض بأنه من حيث أن التزام المستشفى بموجب عقد العناية إنما هو التزام من نفس طبيعة الالتزام الخاص بالأطباء المعالجين، وذلك ببذل العناية اللازمة والتعهد بالعلاج طبقا لمقتضيات العلم الراهنة، يوجب على المستشفى أن تبذل جهدها فى تحقيق تلك العناية دون أن تكون ملتزمة بالضمان، لأن مثل هذا الالتزام إنما هو مستبعد لمخالفة ذلك لطبيعة نشاط المستشفى. غير أن المستشفى تسأل وحدها عن تقصيرها فى الاشراف على الممرض الذى أهمل فى أداء



العمل المنوط به وأدى إلى سقوط مريض من النافذة، أو عند ثبوت الخطأ في المراقبة. (راجع في كل ما سبق المستشار عز الدين الدناصوري، والدكتور عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق - ص ١٤٢٤ وما بعدها).

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** "إذا كان الحكم لم يستند في قضائه بمسئولية الطاعن بصفته إلى الخطأ الثابت في جانبه - وهو اهمال في علاج وملاحظة ورعاية عين المطعون ضده - فحسب وإنما استند أيضا إلى تراخي أطباء المستشفى العسكري العام في اجراء التدخل الجراحي مدة تقرب من الشهرين، مع أن حالة المطعون ضده كانت تستلزم المبادرة عليه طوال تلك المدة دون أن يتحقق الحكم من أن العلاج الدوائي الذي اتبعه الأطباء مع المطعون ضده على النحو الذي أورده كبير الأطباء الشرعيين في تقريره الذي اعتمد عليه الحكم في قضائه كان لا يتفق ما تقضى به الأصول المستقرة في علم الطب، وهو ما يجب توافره لمساءلة الطبيب عن خطئه الفنى فإن الحكم المطعون فيه يكون فوق خطئه في تطبيق القانون في هذا الخصوص قد شابه القصور في التسبب بما يستوجب نقضه طالما أنه قضى بتعويض اجمالى عن الأضرار التي حاقت بالمضروب ومن بينها الضرر الناجم عن خطأ الطاعن في التراخي في اجراء التدخل الجراحي والذي قصر الحكم في استظهار الشرط اللازم توافره لثبوته في حق اطباء المستشفى العسكري العام على النحو السالف بيانه.

#### • علاقة الطبيب الجراح بالطبيب المعالج أو بأعضاء الفريق الطبى:

يسأل الجراح عن أى خطأ طبى نشأ عن الجراحة ولا يحق له نفى المسؤولية واسنادها إلى الطبيب المعالج على سند من القول بأنه نفذ تعليمات الطبيب المعالج فإن هذا القول غير مقبول وذلك لأن الجراح يكون

له الحرية والاستقلال فى فحص المريض قبل اجراء العملية وبالتالي فهو مستقل عن الطبيب المعالج ويسأل عن أى خطأ ارتكبه.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " لا يخلى الجراح من المسؤولية أن يكون الطبيب المعالج هو الذى أشار عليه بإجراء العملية فلا يقبل منه الاحتجاج بأنه إنما نفذ رأى الطبيب المعالج لأن ذلك لا يتفق مع استقلال الجراح ليرى ما إذا كانت تقتضيها حالته أم لا. (نقض مدنى ١٩٣٦/٦/٢٢ مجموعة النقض فى ربع قرن - الجزء الأول ص ٩٧٠).

• **مسئولية الطبيب عن مساعديه:** يسأل الطبيب عن أخطاء مساعديه طالما له سلطة فعلية فى رقبته وتوجيهه شريطة أن يكون الطبيب هو الذى اختار هذا التابع له لمعاونته فى العملية وتكن لا يسأل الجراح الذى يعمل بمستشفى عام عن خطأ طبيب التخدير لاستقلال كل منهما عن الآخر وخضوع طبيب التخدير لسلطة وإدارة المستشفى الذى قامت بتعيينه.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " وحيث أن الثابت من تقارير الحكم المطعون فيه أن المستشفى التى أجريت فيها العملية لمورث المطعون ضدهم الثلاثة الاول هى مستشفى عام تابعة لهيئة السكك الحديدية، وأن كلا من الطاعن الذى أجرى الجراحة للمورث والمطعون ضده السادس الذى قام بتخديره طبيب موظف بهذه المستشفى، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان وفاة المورث لحدثت نتيجة خطأ فى عملية التخدير التى قام بها المطعون ضده السادس واعتبر الحكم أن الطاعن وهو الطبيب الذى قام بإجراء الجراحة مسئول مع طبيب التخدير مسؤولية تقصيرية تأسيسا على ما قاله الحكم من أن " الطاعن سمح لطبيب غير مختص بإجراء التخدير باعطاء البنج الكلى بالمخالفة لما كان قد أشار به من قبل الطبيب الاخصائى من اعطائه بنجا موضوعيا وأنه لا يرفع عن الطاعن المسؤولية

تقريره أن البنج ليس من اختصاصه إذ هو المسئول الأول عن العملية بوصفه الجراح الذى أجراها وكان تقرير الاختصاصى تحت نظره ". وهذا الذى اقام عليه الحكم المطعون فيه قضاءه بمسئولية الطاعن خطأ فى القانون، ذلك انه وقد خلص الحكم الى أن وفاة مورث المطعون ضدهم الثلاثة الاول قد حدثت نتيجة خطأ فى عملية التخدير التى باشرها المطعون ضده السادس ولم يساهم فيها الطاعن ولم يسند الحكم الى الطاعن أى خطأ فى الجراحة التى اجراها للمورث فإنه لا يمكن اسناد أى خطأ تقصيرى لشخص الطاعن، لأنه بحكم كونه طبيباً بالمستشفى ما كان يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته ادارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير - فى الفترة التى أجريت فيها الجراحة - من مباشرة عملية تخدير - من مباشرة عملة تخدير المورث أو أن يختار غير هذا الطبيب للقيام بهذه العملية، ولا عبرة بما قرره الحكم من ان طبيباً آخر متخصصاً كان قد أشار قبل اجراء العملية للمورث ببضعة أيام باعطائه بنجا موضعياً، ما دام الثابت ان هذا الطبيب المتخصص كان فى اجازة فى اليوم الذى اجريت فيه العملية للمورث وان ادارة المستشفى عهدت الى 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 يتعين به فى تخدير المورث، كما لا يمكن مساءلة الطاعن عن خطأ المطعون ضده السادس على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة، لأن هذا المطعون ضده لا يعتبر تابعاً للطاعن فى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى لانه وان كان قيام رابطة التبعية لا يقتضى أن يكون المتبوع حراً فى اختيار تابعه الا انه يشترط لقيام هذه التبعية ان يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب

الجراح فى مستشفى عام على الطبيب الذى عينته ادارة المستشفى لاجراء التخدير، لما كان ما تقدم وكان لمحكمة النقض ان تراقب محكمة الموضوع فى وصفها للفعل او الترك بأنه خطأ يستوجب المسؤولية المدنية او غير خطأ، وكان ما وصفه الحكم المطعون فيه بأنه خطأ تقصيرى وقع من الطاعن، لا يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانونى فإن الحكم المطعون فيه اذ قضى بمسئولية الطاعن مسؤولية تقصيرية وعلى هذا الاساس الزمه بالتعويض لورثة المتوفى متضامنا مع طبيب التخدير وادارة المستشفى، يكون مخطئا فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه. وحيث أن الموضوع صالح للحكم فيه. وحيث أنه متى انتفى وقوع خطأ شخص من جانب الطاعن على النحو السالف بيانه وكان لا يجوز مساءلته عن خطأ المطعون ضده السادس على أساس ان الاخير تابع له، وكان أيضا لا يمكن مساءلة الطبيب فى مستشفى عام عن الضرر الذى يصيب المريض بسبب خطأ الطبيب الا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يمكن القول فى هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين ادارة المستشفى العام وبين اطبائها لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الادارية التى يتبعها هى علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن فى دائرة المسؤولية التعاقدية، ولو ان الأمر لا يتغير فى هذه الحالة لأن المدين بالتزام - تعاقدى لا يسأل عن عمل الغير الا إذا كان قد استخدمه فى تنفيذ التزامه التعاقدى مما يقتضى الا يسأل الجراح عن خطأ صادر من احد مساعديه من الأطباء يصيب المريض بضرر، الا إذا كان قد اختار هو هذا التدخل، وهو ما لا يتوافر فى حالة الطاعن. لما كان ما تقدم فإن الدعوى قبل الطاعن تكون على غير أساس متعينا رفضها

وكون لذلك الحكم المستأنف الذى الزم الطاعن بالتعويض مخالفا للقانون بما يستوجب الغاءه. (نقض ١٩٦٩/٧/٣ سنة ٢٠ العدد الثانى ص ١٠٩٤) وبأنه "إذا عرض الحكم لبيان ركن الخطأ المسند الى المتهم الثانى (طبيب) بقوله " انه طلب الى الممرضة والتمورجى ان يقدم له بنجا موضعيا بنسبة ١% دون أن يتعين هذا المخدر ودون ان يطلع على الزجاجة التى وضع فيها ليتحقق مما إذا كان هو المخدر الذى يريده ام غيره، ومن ان الكمية المسموح بها، ومن أنه قبل ان يجرى عملية جراحية قد استغرق ساعة فأكثر دون ان الحادث وقع نتيجة مباشرة لاهماله وعدم تحرزه بأن حقن المجنى عليها بمحلول (البونتكايين) بنسبة ١% وهى تزيد عشر مرات عن النسبة المصرح بها فتسممت وماتت " فإن ما أورده الحكم من ادلة على ثبوت خطأ الطاعن من شأنه ان يؤدى الى ما رتبته عليها اما ما يقوله المتهم من ان عمله فى مستشفى عام قائم على نظام التقسيم والتخصيص يعفيه من أن يستوثق من نوع المخدر وصلاحياتها وانه مادام أن ذلك المخدر قد أعد من موظف فنى مختص وأودع غرفة العمليات فإنه فى حل من استعماله دون أى بحث فهذا الدفاع من جانب المتهم هو دفاع موضوعى لا تلزم المحكمة بالرد عليه مستفاد من ادلة الثبوت التى اوردها المحكمة على خطأ المتهم وأسست عليها ادانته، وهو ما أولته محكمة - بحق - على انه خطأ طبى وتقصير من المتهم لا يقع من طبيب يقظ يوجد فى نفس الظروف التى أحاطت بالطبيب المسئول بما يفيد انه وقد حل محل اخصائى، فإنه يتحمل التزاماته ومنها الاستيثاق من نوع المخدر. (نقض ١٩٥٩/١/٢٧ س ١٠ ص ٩١ حكم جنائى).

• **يسأل الطبيب عن أى خطأ سببه للمريض:** يسأل بجميع الأطباء بكافة

تخصصاتهم عن أى خطأ طبى سببوه للمريض.

**وقد قضت محكمة النقض بأن:** " وحيث أن الحكم المطعون فيه اقام قضاءه بمسئولية الطاعن بصفته على قوله " ان كبير الأطباء الشرعيين ذكر فى تقريره أنه وان كان التدخل الجراحى الذى اجرى للمستأنف ضده (المطعون ضده) قد اجرى وفق الأصول الفنية الصحيحة، وأنه ليس ثمة ما يمكن نسبته الى المستشفى من خطأ او اهمال فى هذا الصدد، الا انه من ناحية اخرى فإن هذا التدخل الجراحى قد جرى متأخرا بعد أن كان قد انقضى على بدء العلاج بالمستشفى حوالى الشهرين رغم ما هو ثابت بالأوراق الطبية من الحصول نقص واضح فى الابصار بالعين اليمنى من ٦/٩ الى ٦٠/٦ وبالعين اليسرى ٣٦/٦ الى ٦٠/٦ وبالرغم من أن توتر العينين لم يستقر على وضع ثابت، وكان الاجدر التبكير بالعلاج الجراحى ما دامت حالة العينين لا تستجيب للعلاج الدوائى، فضلا عن أن العين اليمنى لم توضع بعد العملية تحت الملاحظة الكافية لقياس قوة ابصارها وتوترها وميدان النظر فى فترات متقاربة، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار شكوى المريض من الصداع بحيث ازدادت التخبيرات الضمورية بالعصب البصرى حتى فقدت العين وأبصارها دون اتخاذ اجراء 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 استجابته 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 ان يسفر العلاج عن نتيجة أفضل مما انتهت اليه حالة المريض وهذا الذى ذهب اليه كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره واضح الدلالة على قيام الخطأ فى العلاج الذى اسفر عن الاضرار

الجسيمة التي حاقت بالمستأنف ضده " المطعون ضده " طالب التعويض. وأما قول المستأنف " الطاعن " انه استعان بطبيين أخصائيين فإنه لا يدرا عنه شبهة الخطأ، ذلك او اولهما لم يستدع الا بعد دخول المريض بحوالى شهر، واذا كان هذا الاخصائى قد اشار بعلاج دوائى فإن هذا لا يعفى المستأنف " الطاعن " من المسؤولية تلقاء الثابت من تقرير كبير الاطباء الشرعيين من ان حالة مثل هذا المريض كانت تستدعى التدخل الجراحى فور اكتشاف حقيقة المرض، وخطأ هذا الاخصائى فى العلاج لا يعفى المستأنف " الطاعن " من المسؤولية واما الاخصائى الآخر وهو الدكتور محمود عبد الحميد عطيه فإنه لم يستدع الا بعد الجراحة بوقت طويل ولا يشفع ما أشار به من علاج دوائى بعد الجراحة فى نفي المسؤولية عن الطاعن فى التدخل الجراحى الذى كان يجب المبادرة به فور اكتشاف طبيعة المرض " ومفاد هذا الذى قرره الحكم أنه اعتبر التراخى فى اجراء التدخل الجراحى بعينى المطعون ضده مدة تقرب من الشهرين على الرغم من أن حالته كانت تستلزم ضرورة المبادرة باتخاذ هذا الاجراء على اثر ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى - اعتبر الحكم ذلك خطأ من جانب أطباء المستشفى العسكرى العام لا يبرره تذرعههم بأنهم استعانوا فى علاج المطعون ضده بطبيين اخصائيين، وأنه الى جانب هذا الخطأ يقوم خطأ آخر وقع فيه اطباء المستشفى العسكرى العام هو انهم لم يبذلوا العناية الكافية للعين اليمنى بعد اجراء الجراحة فيها، وقد أدى ذلك الى فقد ابصار 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، وانما هو التزام ببذل عناية الا ان العناية المطلوبة منه تقتضى ان يبذل لمريضه جهودا صادقه يقطعة 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 احاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى ايا كانت درجته جسامته. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد سجل فى حدود سلطته التقديرية اخذا بما اثبتته كبير الاطباء الشرعيين فى تقريره على ما سلف البيان ان اطباء المستشفى العسكرى العام لم يبذلوا العناية الواجبة فى رعاية العين اليمنى بعد اجراء الجراحة فيها اذ لم توضع هذه العين بعد العملية الجراحية تحت الملاحظة الكافية. وذلك بقياس قوة ابصارها وتوترها وميدان النظر فى فترات متقاربة، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار شكوى المطعون ضده من الصداع بحيث ازدادت التغيرات الضمورية بالعصب البصرى حتى فقدت العين ابصارها دون اتخاذ اجراء آخر لعلاج التوتر الغير مستقر. واعتبر الحكم ذلك خطأ موجبا لمساءلتهم عن الضرر وهو استخلاص من الحكم سائغ، وكان لمحكمة النقض ان تراقب محكمة الموضوع فى وصفها للفعل او الترك بأنه خطأ مما يستوجب المسؤولية المدنية، وكان ما وصفه الحكم المطعون فيه بأنه خطأ وقع من الطاعن بصفته يصدق عليه ما وصف الخطأ بمعناه القانونى، وإذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان استخلاص محكمة الموضوع لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما يدخل فى تقديرها متى كان سائغا، وكان ما استخلصه الحكم فى هذا الشأن وعلى ما سلف البيان هو استخلاص سائغ، وأنه لا يكفى لانتفاء هذه العلاقة ما أورده كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره من أن اصابة صغار السن بالأجلوكوما الابتدائية كثيرا ما انتهى الى ذات النتيجة التى وصل اليها المطعون ضده، ذلك أنه يجب لاستبعاد



خطأ الطاعن كسبب للضرر ان يتوافر السبب المشار إليه في خصوصية هذه الدعوى، وأن يثبت انه السبب المنتج في احداث الضرر وكان التقرير قد اكتفى بإيراد رأى علمى مجرد على النحو السالف ذكره دون أن يثبت توافر هذا العامل الخلقى في خصوصية حالة المطعون ضده وأنه السبب المنتج في احداث الضرر، فلا على الحكم ان هو لم يعتد به في نفى علاقة السببية. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى توافر عناصر المسؤولية في هذا الخصوص في حق اطباء المستشفى العسكرى اخذ بالرأى الفنى الذى ثبته كبير الاطباء الشرعيين في تقريره، فإن فى ذلك الرد على ما أثاره الطاعن فى شأن عدم الاعتداد بالتقرير فى هذا الخصوص. لما كان ما تقدم جميعه فإن ما ذهب اليه الحكم من ان ما وقع من الطاعن بصفته على النحو السالف بيانه يعد خطأ يستوجب مسئوليته، وعلى هذا الأساس ادخل فى عناصر التعويض الذى قضى به ما أصاب المطعون ضده من ضرر عن فقد ابصار عينه اليمنى نتيجة الاهمال فى علاجها وملاحظتها ورعايتها بعد اجراء الجراحة فيها فإنه لا يكون مخطئاً فى القانون او مشوباً بالقصور فى التسبيب، ومن ثم فإن جميع ما يعيبه الطاعن على الحكم فى هذا الخصوص يكون غير سديد، الا أنه لما كان الحكم لم يستند فى قضائه بمسؤولية الطاعن بصفته الى هذا الخطأ الثابت فى جانبه فحسب، وانما استند أيضاً الى تراخى اطباء المستشفى العسكرى العام فى اجراء التداخل الجراحى مدة تقرب من الشهرين، مع ان حالة المطعون ضده كانت تستلزم المبادرة باتخاذ هذا الاجراء فور ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى الذى استمر عليه طوال تلك المدة، دون ان يتحقق الحكم من ان العلاج الدوائى الذى اتبعه الاطباء 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 اجمالى عن الاضرار التى حاقت بالمضرور ومن بينها الضرر الناجم عن خطأ الطاعن فى التراخى فى اراء التداخل الجراحى والذى قصر الحكم فى استظهار الشرط اللازم توافره لثبوته فى حق أطباء المستشفى العسكرى العام على النحو السالف بيانه. (نقض ١٩٧١/١١/٢١ سنة ٢٢ الجزء الثالث ص ١٠٦٢).

### **يجوز للطبيب أن ينفى المسؤولية عن نفسه عند إثباته لقيام حالة**

**الضرورة، وقد قضت محكمة النقض بأن:** " وحيث ان مسؤولية الطبيب الذى اختاره المريض او نائبه لعلاجيه هى مسؤولية عقدية، والطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه او نجاح العملية التى يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وانما هو التزام ببذل عناية، الا ان العناية المطلوبة منه تقتضى ان 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 وان كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التى يجريها، الا أن العناية المطلوبة منه اكثر منها فى احوال الجراحة الاخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه وانما اصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر. ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما

ببذل عناية خاصة، أن المريض اذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فإن عبء اثبات ذلك يقع على المريض، الا أنه إذا أثبت أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد اقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الاثبات بمقتضاها الى الطبيب، ويتعين عليه لكى يدرأ المسؤولية عن نفسه ان يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت اجراء الترقيع والتى من شأنها ان تنفى عنه وصف الاهمال. لما كان ذلك وكان الثابت ان الطاعنة تحكمت أمام محكمة الموضوع بدرجتها ان المطعون ضده اخطأ خطأ جسيماً لوضعه رقعة جلدية بذراعها الأيمن نتج عنه تشويه ظاهر بهذا الذراع، ودلت على هذا الخطأ بأن عملية التجميل التى اتفقت مع المطعون ضده على أن يجريها لها لم تكن تستلزم عمل هذه الرقعة. ولم ينازع المطعون ضده والخبيران اللذان اخذ الحكم المطعون فيه بتقريرهما فى أن عملية التجميل المتفق عليها لم تكن تستلزم بحسب سيرها الطبيعى عمل الرقعة الجلدية، وانما برر المطعون ضده اجراء الترقيع بأنه فوجئ بعد شق جلد الذراع الأيمن بوجود ورم اشتبه فى ان 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 انه استأصله وطالبته بتقديم الدليل على وجوده، وقد رد الحكم المطعون فيه على دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بقوله " ان هذا الذى تقوله المستأنفة (الطاعنة) لا يفيدها بشئ فقد اشفق خبيراً الدعوى - وهما الدكتور جمال البحيرى والدكتور عبد الله على - على انه إذا اشتبه الطبيب الجراح فى نوع الورم فيجب عليه

استئنصاله استئنصالا كاملا على اوسع نطاق سواء ظهر بعد ذلك ان الأورام كانت خبيثة او حميدة وعلى هذا الأساس فإنه يكفي ان يشتبه المستأنف عليه فى نوع الورم بذراعى المستأنفة حتى يكون من واجب ان يستأنصل هذا الورم وما حوله من أنسجة سليمة، وهذا ما فعله المستأنف عليه واقره عليه خبيراً الدعوى ... وحيث انه استبان مما تقدم ومن التقريران خبيرى الدعوى أن المستأنف عليه لم يرتكب خطأ فى عملية التجميل التى أجراها للمستأنفة وأنه راعى فى اجرائها القواعد الفنية الصحيحة وأصول المهنة، فإن ما حدث بذراعى المستأنفة من آثار الالتئام كان بسبب طبيعة الجلد مما استدعى عمل رقعة جلدية تقفل الجرح وهذا لا يمكن للطبيب معرفته قبل اجراء العملية ". وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه واقام عليه قضاءه بنفى الخطأ عن المطعون ضده بالنسبة لعمل الرقعة بالذراع الأيمن للطاعنة، وينطوى على قصور فى التسبيب وخطأ فى الاسناد ومخالفة للثابت فى الأوراق، ذلك بأنه وقد قام دفاع الطاعنة على أنه لم يكن بذراعها الأيمن اى ورم وطالبت المطعون ضده بتقديم الدليل على ما ادعاه من وجود هذا الورم، فإن ما قاله الحكم من أنه يكفي ان يثبت المطعون ضده فى نوع الورم فى ذراع الطاعنة حتى يكون من واجبه ان يستأنصله هو وما حوله من انسجة، لا يواجه دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بما يقتضيه، لأنه يجب لاستقامة قول الحكم ان اثبت اولا وجود ورم من اى نوع حتى يصح ان يقوم الاشتباه فى امره، واذا خلا الحكم من ايراد الدليل على ذلك وكان ما اسنده الى تقريرى الخبيرين الدكتور جمال البحيرى والدكتور عبد الله على من ان طبيعة جلد الطاعنة هى التى استدعت عمل الرقعة الجلدية، لا أصل له فى هذين التقريرين ولا فى اوراق الدعوى الأخرى، ذلك أنه لا أحد من الخبيرين ولا المطعون ضده نفسه ذكر ان

طبيعة جلد الطاعنة كان لها دخل فى عمل الرقعة، وانما استند المطعون ضده والدكتور عبد الله على الى هذا الأمر فى تبرير حصول البروز والاتساع فى اثر الالتئام بالذراعين لا فى تبرير عمل الرقعة اما هذه الرقعة فقد ذكر المطعون ضده والخبيران فى تبريرها ان استئصال الورم استلزم توسيع الجرح بالذراع الأيمن وان اتساع الجرح هو الذى اقتضى عمل الترقيع لتغطية الجزء الكبير الذى تزرع منه الجلد حتى يلتئم الجرح - ولما كان ذلك وكان تقريراً للخبيرين اللذين اعتمد عليهما الحكم المطعون فيه فى نفي الخطأ عن المطعون ضده لا ينتفى بهما خطؤه عن عمل الرقعة الجلدية بالذراع الأيمن للطاعنة ألا إذا ثبت وجود الورم الذى ادعى وجوده، وكان الدكتور البحيرى وان ضمن تقريره بأن لا يمكن الجزم بصحة 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 الا ان الدكتور البحيرى مع ذلك قد نفى عن افتراض بأنه قد اتبع فى اجراء العملية ما تقضى له الأصول الفنية من قياس للجرح بعد تشريح الشحم من الأنسجة وقبل ان يقطع الشحم والجلد لازالته، وهذا الافتراض لا يصلح أساساً لنفى المسؤولية مادامت الطاعنة تذكر على المطعون ضده اتباعه تلك الأصول الفنية، وطالما ان الحكم المطعون فيه لم يقيم الدليل على صحة هذا الافتراض او على وجود الورم الذى بدونه لا يكون اجراء الترقيع مبرراً من الوجهة الطبية حسبما جاء بتقريرى الخبراء اللذين اخذ 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 الخبراء المعينين فى الدعوى، قد حجب المحكمة عن التحقيق من قيام حالة الضرورة التى يستند اليها

المطعون ضده والخبيران فى تقرير عمل الرقعة الجلدية، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور، بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اوجه الطعن" (نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ لسنة ٢٠ العدد الثانى ص ١٠٧٥).

\* \* \*

# فهرس المحتويات





| الصفحة | الموضوع                                             |
|--------|-----------------------------------------------------|
| ٥      | مقدمة.....                                          |
| ٧      | <b>تعريف المقاوله وأركانها</b>                      |
| ٧      | النص التشريعي (مادة ٦٤٦).....                       |
| ٧      | النصوص العربية المقابلة.....                        |
| ٧      | الأعمال التحضيرية.....                              |
| ٨      | رأي الفقه.....                                      |
| ١٨     | تعريف عقد المقاوله.....                             |
| ١٩     | خصائص عقد المقاوله.....                             |
| ٢٠     | تمييز عقد المقاوله عن غيره من العقود.....           |
| ٢١     | عقد المقاوله وعقد العمل.....                        |
| ٣١     | عقد المقاوله وعقد الإيجار.....                      |
| ٣٢     | عقد المقاوله وعقد الوكالة.....                      |
| ٣٣     | تظهر أهمية التمييز بين المقاوله والوكالة.....       |
| ٣٤     | عقد المقاوله والبيع.....                            |
| ٣٦     | تظهر أهمية التفرقة بين عقد المقاوله وعقد البيع..... |
| ٣٧     | عقد المقاوله والقرض.....                            |
| ٣٨     | عقد المقاوله والشركة.....                           |
| ٤٠     | عقد المقاوله والوديعة.....                          |
| ٤٢     | العقد المبرم مع الطبيب.....                         |
| ٤٢     | العقد المبرم مع المحامي.....                        |

| الصفحة | الموضوع                                     |
|--------|---------------------------------------------|
| ٤٣     | العقد المبرم مع المهندس المعماري .....      |
| ٤٥     | تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاولة ..... |
| ٤٦     | أركان عقد المقاولة .....                    |
| ٤٦     | توافق الإيجاب والقبول .....                 |
| ٥٠     | الوثائق التي ترفق بعقد المقاولة .....       |
| ٥١     | التعاقد بطريق المسابقة .....                |
| ٥٣     | إثبات عقد المقاولة .....                    |
| ٥٤     | شروط الصحة .....                            |
| ٥٥     | أهلية رب العمل .....                        |
| ٥٦     | أهلية المفاوض .....                         |
| ٥٩     | شروط المنع .....                            |
| ٦٠     | عيوب الإرادة في عقد المقاولة .....          |
| ٦١     | الغلط في شخص المفاوض .....                  |
| ٦١     | الغلط في الحساب وغلطات القلم .....          |
| ٦٣     | أولاً: العمل في المقاولة .....              |
| ٦٣     | تطبيق القواعد العامة .....                  |
| ٦٤     | الشروط الواجب توافرها في العمل .....        |
| ٦٥     | أنواع العمل .....                           |
| ٦٦     | ثانياً: الأجرة في المقاولة .....            |
| ٦٧     | جنس الأجرة .....                            |
| ٦٧     | تحديد الأجرة .....                          |

| الصفحة | الموضوع                                               |
|--------|-------------------------------------------------------|
| ٦٩     | ثالثاً: السبب فى المقولة تطبيق القواعد العامة.....    |
| ٦٩     | أحكام القضاء .....                                    |
| ٧٥     | <b>إلتزامات المقاول</b>                               |
| ٧٥     | النص التشريعي (مادة ٦٤٧).....                         |
| ٧٥     | النصوص العربية المقابلة .....                         |
| ٧٥     | الأعمال التحضيرية .....                               |
| ٧٥     | رأى الفقه .....                                       |
|        | التزام المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه بموجب عقد |
| ٧٧     | المقولة .....                                         |
| ٧٨     | العناية اللازمة من المقاول فى تنفيذ العمل .....       |
| ٧٨     | تنفيذ المقولة بمواد رب العمل .....                    |
| ٧٩     | تقديم المقاول لمادة العمل .....                       |
| ٨٠     | مسئولية المقاول عن عدم تنفيذ العمل .....              |
| ٨٠     | إثبات تنفيذ المقولة .....                             |
| ٨١     | أحكام القضاء .....                                    |
| ٨٢     | <b>تقديم المقاول العمل والمواد</b>                    |
| ٨٢     | النص التشريعي (مادة ٦٤٨).....                         |
| ٨٢     | النصوص العربية المقابلة .....                         |
| ٨٢     | الأعمال التحضيرية .....                               |
| ٨٢     | رأى الفقه .....                                       |

| الصفحة | الموضوع                                                            |
|--------|--------------------------------------------------------------------|
| ٨٥     | مسئولية المقاول عن جودة مادة العمل إذا كان المتعهد بتقديمها .....  |
| ٨٧     | أحكام القضاء .....                                                 |
| ٨٩     | <b>مسئولية المقاول عن استعمال المواد المقدمة من رب العمل</b>       |
| ٨٩     | النص التشريعي (مادة ٦٤٩) .....                                     |
| ٨٩     | النصوص العربية المقابلة .....                                      |
| ٨٩     | الأعمال التحضيرية .....                                            |
| ٨٩     | رأي الفقه .....                                                    |
| ٩٣     | محافظة المقاول على مادة العمل إذا كان رب العمل هو الذى قدمها ..... |
| ٩٤     | مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه .....                       |
| ٩٦     | إنجاز المقاول للعمل فى الموعد المتفق عليه .....                    |
| ٩٦     | جزاء إخلال المقاول بالتزامه .....                                  |
| ١٠٣    | أحكام القضاء .....                                                 |
| ١٠٦    | <b>تنفيذ المقاولة على وجه معيب</b>                                 |
| ١٠٦    | النص التشريعي (مادة ٦٥٠) .....                                     |
| ١٠٦    | النصوص العربية المقابلة .....                                      |
| ١٠٦    | الأعمال التحضيرية .....                                            |
| ١٠٦    | رأي الفقه .....                                                    |
| ١٠٧    | قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد .....               |

| الصفحة | الموضوع                                                     |
|--------|-------------------------------------------------------------|
| ١١٢    | إثبات إخلال المقاول بتنفيذ التزامه .....                    |
| ١١٣    | تنفيذ المقابلة على نفقة المقاول .....                       |
| ١١٣    | أحكام القضاء .....                                          |
| ١١٦    | <b>ضمان المهندس المعماري والمقاول</b>                       |
| ١١٦    | النص التشريعي (مادة ٦٥١) .....                              |
| ١١٦    | النصوص العربية المقابلة .....                               |
| ١١٦    | الأعمال التحضيرية .....                                     |
| ١١٨    | رأي الفقه .....                                             |
| ١٢٣    | ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء .....           |
| ١٢٤    | شروط تحقق الضمان .....                                      |
| ١٣٠    | يشترط في العيب حتى يتحقق الضمان .....                       |
| ١٣٦    | أحكام القضاء .....                                          |
| ١٤٣    | <b>نطاق مسؤولية المهندس المعماري</b>                        |
| ١٤٣    | النص التشريعي (مادة ٦٥٢) .....                              |
| ١٤٣    | النصوص العربية المقابلة .....                               |
| ١٤٣    | الأعمال التحضيرية .....                                     |
| ١٤٤    | رأي الفقه .....                                             |
| ١٥٠    | مسؤولية المهندس المعماري عن العيوب الناشئة عن التصميم ..... |
| ١٥٤    | أحكام القضاء .....                                          |

| الصفحة | الموضوع                                                                                                                                              |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ١٥٦    | <b>بطلان إعفاء المهندس والمقاول من المسؤولية</b>                                                                                                     |
| ١٥٦    | النص التشريعي (مادة ٦٥٣).....                                                                                                                        |
| ١٥٦    | النصوص العربية المقابلة.....                                                                                                                         |
| ١٥٦    | الأعمال التحضيرية.....                                                                                                                               |
| ١٥٧    | رأي الفقه.....                                                                                                                                       |
| ١٦٣    | بطلان كل شرط يقصد به الإعفاء من الضمان.....                                                                                                          |
| ١٦٤    | جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه.....                                                                                                      |
| ١٦٥    | أحكام القضاء.....                                                                                                                                    |
| ١٦٧    | <b>الالتزام بتسليم العمل</b>                                                                                                                         |
| ١٦٧    | النص التشريعي (مادة ٦٥٤).....                                                                                                                        |
| ١٦٧    | النصوص العربية المقابلة.....                                                                                                                         |
| ١٦٧    | الأعمال التحضيرية.....                                                                                                                               |
| ١٦٨    | رأي الفقه.....                                                                                                                                       |
| ١٧٢    | تقادم دعوى الضمان.....                                                                                                                               |
|        | يكفى أن يحصل التهدم أو ينكشف العيب لسريان مدة التقادم<br>ولو لم يتم العلم به فعلا ويثبت وقت ذلك بجميع الطرق لأن<br>المطلوب هو إثبات واقعة مادية..... |
| ١٧٣    | دعوى الضمان تقوم على المسؤولية العقدية.....                                                                                                          |
| ١٧٤    | انتفاء مسؤولية المهندس أو المقاول عن الضمان.....                                                                                                     |
| ١٧٦    | القوة القاهرة.....                                                                                                                                   |

| الصفحة | الموضوع                                            |
|--------|----------------------------------------------------|
| ١٧٨    | خطأ رب العمل.....                                  |
| ١٨٣    | خطأ الغير.....                                     |
| ١٨٤    | أحكام القضاء.....                                  |
|        | <b>إلتزامات رب العمل</b>                           |
|        | <b>التزام رب العمل بالتسليم</b>                    |
| ١٨٨    | النص التشريعي (مادة ٦٥٥).....                      |
| ١٨٨    | النصوص العربية المقابلة.....                       |
| ١٨٨    | الأعمال التحضيرية.....                             |
| ١٨٩    | رأي الفقه.....                                     |
| ١٩٣    | التزام رب العمل بتمكين المقاول من تنفيذ العمل..... |
| ١٩٥    | جزاء إخلال رب العمل بالتزامه.....                  |
| ١٩٦    | التزام رب العمل بتسليم العمل.....                  |
| ١٩٨    | شروط التسلم.....                                   |
| ١٩٩    | مكان وزمان التسليم.....                            |
| ٢٠٠    | كيفية التسليم.....                                 |
| ٢٠١    | التسلم الكلى والتسلم الجزئى.....                   |
| ٢٠٢    | التسلم النهائى والتسلم المؤقت.....                 |
| ٢٠٣    | النتائج التى تترتب على التسلم.....                 |
| ٢٠٤    | جزاء إخلال رب العمل بالتزامه بالتسلم.....          |
| ٢٠٥    | أحكام القضاء.....                                  |

| الصفحة | الموضوع                                             |
|--------|-----------------------------------------------------|
| ٢٠٦    | <b>التزام رب العمل بدفع أجر المقابلة</b>            |
| ٢٠٦    | النص التشريعي (مادة ٦٥٦).....                       |
| ٢٠٦    | النصوص العربية المقابلة.....                        |
| ٢٠٦    | الأعمال التحضيرية.....                              |
| ٢٠٧    | رأي الفقه.....                                      |
| ٢٠٩    | التزام رب العمل بدفع أجر المقابلة.....              |
| ٢١٢    | جزاء إخلال رب العمل بالتزامه بدفع الأجرة.....       |
| ٢١٣    | حقوق الامتياز.....                                  |
| ٢١٣    | رجوع المفاوض في حالة عدم وجود عقد.....              |
| ٢١٤    | أحكام القضاء.....                                   |
| ٢١٧    | <b>إخطار رب العمل بالمجاوزة المحسوسة للمقايضة</b>   |
| ٢١٧    | النص التشريعي (مادة ٦٥٧).....                       |
| ٢١٧    | النصوص العربية المقابلة.....                        |
| ٢١٧    | الأعمال التحضيرية.....                              |
| ٢١٩    | رأي الفقه.....                                      |
| ٢٢٤    | الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة.....  |
|        | متى توافرت الشروط سالفة الذكر فإننا يجب أن نميز بين |
| ٢٢٧    | فرضين.....                                          |
| ٢٢٨    | أحكام القضاء.....                                   |



| الصفحة | الموضوع                                                             |
|--------|---------------------------------------------------------------------|
| ٢٣٠    | <b>الإنفاق على الأجر الإجمالي على أساس تصميم معين</b>               |
| ٢٣٠    | النص التشريعي (مادة ٦٥٨).....                                       |
| ٢٣٠    | النصوص العربية المقابلة.....                                        |
| ٢٣٠    | الأعمال التحضيرية.....                                              |
| ٢٣١    | رأي الفقه.....                                                      |
| ٢٣٧    | الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين.....                     |
| ٢٣٩    | مدى تعلق حكم المادة بالنظام العام.....                              |
| ٢٤٠    | حالتان يجوز فيهما زيادة الأجر استثناءً.....                         |
|        | <b>الحالة الأولى: حدوث تعديل أو إضافة في التصميم بسبب</b>           |
| ٢٤٠    | خطأ رب العمل أو بإذن منه.....                                       |
|        | <b>الحالة الثانية: الزيادة الفاحشة في التكاليف والتي ينهار معها</b> |
| ٢٤٢    | التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول..            |
| ٢٤٥    | أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها.....            |
| ٢٤٥    | أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.....            |
| ٢٤٨    | أحكام القضاء.....                                                   |
| ٢٤٩    | <b>زيادة الأجر بتعديل التصميم</b>                                   |
| ٢٤٩    | النص التشريعي (مادة ٦٥٩).....                                       |
| ٢٤٩    | النصوص العربية المقابلة.....                                        |
| ٢٤٩    | الأعمال التحضيرية.....                                              |
| ٢٤٩    | رأي الفقه.....                                                      |

| الصفحة | الموضوع                                                      |
|--------|--------------------------------------------------------------|
| ٢٥١    | تحديد أجر المقاوله.....                                      |
| ٢٥٢    | توابع الأجر.....                                             |
| ٢٥٢    | عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه.....                        |
| ٢٥٤    | أحكام القضاء.....                                            |
| ٢٥٥    | <b>أجر المهندس المعماري</b>                                  |
| ٢٥٥    | <b>النص التشريعي (مادة ٦٦٠)</b>                              |
| ٢٥٥    | الأعمال التحضيرية.....                                       |
| ٢٥٥    | رأي الفقه.....                                               |
| ٢٥٨    | تحديد أجر المهندس المعماري.....                              |
| ٢٥٩    | كيفية تقدير أجر المهندس المعماري.....                        |
| ٢٦١    | أحكام القضاء.....                                            |
| ٢٦٤    | <b>المقاوله من الباطن</b>                                    |
| ٢٦٤    | <b>التنازل عن المقاوله</b>                                   |
| ٢٦٤    | <b>النص التشريعي (مادة ٦٦١)</b>                              |
| ٢٦٤    | النصوص العربية المقابلة.....                                 |
| ٢٦٤    | الأعمال التحضيرية.....                                       |
| ٢٦٥    | رأي الفقه.....                                               |
| ٢٧٠    | المقاوله من الباطن.....                                      |
| ٢٧٢    | الآثار المترتبة على المقاوله من الباطن.....                  |
| ٢٧٢    | أولاً: بالنسبة لعلاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن..... |

| الصفحة | الموضوع                                                   |
|--------|-----------------------------------------------------------|
| ٢٧٦    | ثانياً: بالنسبة لعلاقة المقاول الأصلي برب العمل .....     |
| ٢٨٠    | ثالثاً: بالنسبة لعلاقة رب العمل بالمقاول من الباطن .....  |
| ٢٨٠    | التنازل عن المقاولة .....                                 |
| ٢٨١    | الفرق بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة .....   |
| ٢٨٢    | أحكام القضاء .....                                        |
| ٢٨٦    | <b>رجوع العمال والمقاول من الباطن مباشرة على رب العمل</b> |
| ٢٨٦    | النص التشريعي (مادة ٦٦٢) .....                            |
| ٢٨٦    | النصوص العربية المقابلة .....                             |
| ٢٨٦    | الأعمال التحضيرية .....                                   |
| ٢٨٧    | رأي الفقه .....                                           |
| ٢٩٥    | جواز رجوع المقاولين من الباطن والعمال على رب العمل .....  |
| ٢٩٧    | النتائج المترتبة على الدعوى المباشرة .....                |
|        | نزول المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن             |
| ٢٩٩    | طريق حوالة الحق .....                                     |
| ٣٠٠    | أحكام القضاء .....                                        |
|        | <b>إنقضاء المقاولة</b>                                    |
| ٣٠١    | <b>تحلل رب العمل قبل إتمام العمل</b>                      |
| ٣٠١    | النص التشريعي (مادة ٦٦٣) .....                            |
| ٣٠١    | النصوص العربية المقابلة .....                             |
| ٣٠١    | الأعمال التحضيرية .....                                   |

| الصفحة | الموضوع                                                |
|--------|--------------------------------------------------------|
| ٣٠٢    | رأي الفقه .....                                        |
| ٣١١    | تحلل رب العمل من المقاولة .....                        |
| ٣١٣    | شروط التحلل من المقاولة .....                          |
| ٣١٥    | الآثار المترتبة على التحلل من المقاولة .....           |
|        | حق رب العمل في التحلل من المقاولة مما لا يتعلق بالنظام |
| ٣١٨    | العام .....                                            |
| ٣١٩    | أحكام القضاء .....                                     |
| ٣٢٣    | <b>انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذها</b>                |
| ٣٢٣    | النص التشريعي (مادة ٦٦٤) .....                         |
| ٣٢٣    | النصوص العربية المقابلة .....                          |
| ٣٢٣    | الأعمال التحضيرية .....                                |
| ٣٢٣    | رأي الفقه .....                                        |
| ٣٢٦    | إنقضاء عقد المقاولة باستحالة تنفيذه .....              |
| ٣٢٨    | انقضاء المقاولة لإنقضاء مدة العقد .....                |
| ٣٢٨    | فسخ عقد المقاولة .....                                 |
| ٣٣١    | التقاييل من العقد .....                                |
| ٣٣١    | أحكام القضاء .....                                     |
| ٣٣٣    | <b>تبعة الهلاك قبل تسليم العمل</b>                     |
| ٣٣٣    | النص التشريعي (مادة ٦٦٥) .....                         |
| ٣٣٣    | النصوص العربية المقابلة .....                          |

| الصفحة | الموضوع                                                 |
|--------|---------------------------------------------------------|
| ٣٣٣    | الأعمال التحضيرية.....                                  |
| ٣٣٤    | رأي الفقه.....                                          |
| ٣٣٦    | تبعة هلاك الشئ محل المقاولة.....                        |
| ٣٣٧    | إذا كان الهلاك بخطأ المقاول.....                        |
| ٣٣٨    | إذا كان الهلاك بخطأ رب العمل.....                       |
| ٣٣٨    | أحكام القضاء.....                                       |
| ٣٣٩    | <b>مناطق انقضاء المقاولة بموت المقاول</b>               |
| ٣٣٩    | النص التشريعي (مادة ٦٦٦).....                           |
| ٣٣٩    | النصوص العربية المقابلة.....                            |
| ٣٣٩    | الأعمال التحضيرية.....                                  |
| ٣٤٠    | رأي الفقه.....                                          |
| ٣٤٤    | إنقضاء المقاولة بموت المقاول.....                       |
| ٣٤٧    | عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل.....              |
| ٣٤٨    | <b>التزام رب العمل عند انقضاء المقاولة بموت المقاول</b> |
| ٣٤٨    | النص التشريعي (مادة ٦٦٧).....                           |
| ٣٤٨    | النصوص العربية المقابلة.....                            |
| ٣٤٨    | الأعمال التحضيرية.....                                  |
| ٣٤٩    | رأي الفقه.....                                          |
| ٣٥١    | ما يترتب على انقضاء المقاولة بموت المقاول.....          |

| الصفحة | الموضوع                                                        |
|--------|----------------------------------------------------------------|
| ٣٥٤    | <b>عقد التزام المرافق العامة</b>                               |
| ٣٥٤    | النص التشريعي (مادة ٦٦٨).....                                  |
| ٣٥٤    | الأعمال التحضيرية.....                                         |
| ٣٥٥    | رأي الفقه.....                                                 |
| ٣٦١    | المقصود بالمرافق العام.....                                    |
| ٣٦٢    | خصائص المرافق العام.....                                       |
| ٣٦٣    | أقسام المرافق العامة.....                                      |
| ٣٦٣    | ١- المرافق الإدارية البحتة.....                                |
| ٣٦٤    | ٢- المرافق الاقتصادية.....                                     |
| ٣٦٥    | ٣- المرافق القومية.....                                        |
| ٣٦٥    | ٤- المرافق الإقليمية البلدية.....                              |
| ٣٦٥    | ٥- المرافق النقابية أو المهنية.....                            |
| ٣٦٧    | ٦- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية.....                  |
| ٣٦٧    | المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة.....                      |
| ٣٦٩    | طرق إدارة المرافق العام.....                                   |
| ٣٦٩    | الطريقة الأولى: الإدارة المباشرة أو الريجي (regie).....        |
|        | الطريقة الثانية: الإدارة عن طريق المؤسسات والهيئات العامة..... |
| ٣٧٠    | الطريقة الثالثة: الإدارة بطريقة الريجي غير المباشر.....        |
| ٣٧٢    | الطريقة الرابعة: الإدارة بطريقة الالتزام.....                  |

| الصفحة | الموضوع                                                                          |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------|
| ٣٧٢    | الطريقة الخامسة: الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط<br>..... <i>économie mixte</i> |
| ٣٧٤    | عقد التزام المرافق العامة .....                                                  |
| ٣٨١    | التكييف القانوني لعقد الإلتزام .....                                             |
| ٣٨٥    | حقوق الملتزم .....                                                               |
| ٣٩٣    | واجبات الملتزم .....                                                             |
| ٣٩٩    | كيفية منح إلتزام المرافق العامة .....                                            |
| ٤٠٠    | استرداد الإلتزام قبل نهاية مدته .....                                            |
| ٤٠٥    | أحكام القضاء .....                                                               |
| ٤٠٩    | <b>التزامات ملتزم المرافق العامة</b>                                             |
| ٤٠٩    | النص التشريعي (مادة ٦٦٩) .....                                                   |
| ٤٠٩    | الأعمال التحضيرية .....                                                          |
| ٤١٠    | رأي الفقه .....                                                                  |
| ٤١١    | علاقة الملتزم بالعميل .....                                                      |
| ٤١٣    | مركز العميل قبل التعاقد على الملتزم .....                                        |
| ٤١٣    | مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم .....                                         |
| ٤١٥    | أحكام القضاء .....                                                               |
| ٤١٧    | <b>الالتزام بتوفير المساواة بين عملاء المرفق</b>                                 |
| ٤١٧    | النص التشريعي (مادة ٦٧٠) .....                                                   |
| ٤١٧    | الأعمال التحضيرية .....                                                          |
| ٤١٩    | رأي الفقه .....                                                                  |

| الصفحة | الموضوع                                                 |
|--------|---------------------------------------------------------|
| ٤٢٢    | المساواة بين العملاء.....                               |
| ٤٢٢    | ما يستثنى من مبدأ المساواة.....                         |
| ٤٢٣    | جزاء الإخلال بمبدأ المساواة.....                        |
| ٤٢٦    | أحكام القضاء.....                                       |
| ٤٢٧    | <b>الالتزام بتعريف الأسعار</b>                          |
| ٤٢٧    | النص التشريعي (مادة ٦٧١).....                           |
| ٤٢٧    | الأعمال التحضيرية.....                                  |
| ٤٢٨    | رأي الفقه.....                                          |
| ٤٢٨    | أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام.....             |
|        | الأسعار التي قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا |
| ٤٢٩    | يجوز الاتفاق على ما يخالفها.....                        |
| ٤٣٠    | جواز إعادة النظر في الأسعار المقررة.....                |
| ٤٣١    | أحكام القضاء.....                                       |
| ٤٣٢    | <b>تصحيح الأخطاء عند تطبيق تعريف الأسعار</b>            |
| ٤٣٢    | النص التشريعي (مادة ٦٧٢).....                           |
| ٤٣٢    | الأعمال التحضيرية.....                                  |
| ٤٣٢    | رأي الفقه.....                                          |
| ٤٣٤    | تصحيح أى انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريف الأسعار      |
| ٤٣٥    | أحكام القضاء.....                                       |
| ٤٣٧    | <b>تحمل عميل المرفق للأعطال المألوفة</b>                |
| ٤٣٧    | النص التشريعي (مادة ٦٧٣).....                           |



| الصفحة | الموضوع                                          |
|--------|--------------------------------------------------|
| ٤٣٧    | الأعمال التحضيرية.....                           |
| ٤٣٨    | رأي الفقه.....                                   |
| ٤٣٩    | مسئولية الملتزم عن استمرار المرفق وانتظامه.....  |
| ٤٣٩    | عدم مسؤولية الإدارة عن التزامات الملتزم.....     |
| ٤٤١    | <b>أنواع أخرى من المقاولات</b>                   |
| ٤٤١    | (١) عقد الإعلان.....                             |
| ٤٤١    | طرق نشر الإعلان.....                             |
| ٤٤٣    | إلتزامات ناشر الإعلان.....                       |
| ٤٤٤    | إلتزامات صاحب الإعلان.....                       |
| ٤٤٥    | (٢) عقد النشر.....                               |
| ٤٤٧    | أركان عقد النشر.....                             |
| ٤٥٠    | آثار عقد النشر.....                              |
| ٤٥٠    | إلتزامات الناشر.....                             |
| ٤٥٣    | التزامات المؤلف.....                             |
| ٤٥٤    | (٣) العقد مع رجل الأعمال.....                    |
| ٤٥٥    | التزامات رجل الأعمال.....                        |
| ٤٥٦    | التزامات العميل.....                             |
| ٤٥٧    | العقد الطبى.....                                 |
| ٤٥٨    | شروط إباحة العمل الطبى.....                      |
| ٤٥٩    | التزامات الطبيب بتوقيع الكشف والتشخيص.....       |
| ٤٦٠    | وتثور المسؤولية الطبية عند الخطأ فى التشخيص..... |

| الصفحة | الموضوع                                               |
|--------|-------------------------------------------------------|
| ٤٦١    | إلتزام المريض بوصف العلاج.....                        |
| ٤٦٣    | مسئولية الطبيب عن الخطأ الفنى والخطأ العادى.....      |
| ٤٦٥    | الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.....                       |
| ٤٦٦    | مسائلة الطبيب عن أى تقصير يصدر منه.....               |
| ٤٦٦    | الخطأ الإيجابى والخطأ السلبى.....                     |
| ٤٦٨    | رابعاً: الخطأ الجنائى والخطأ المدنى.....              |
| ٤٧٠    | مسئولية الطبيب عن تابعيه.....                         |
| ٤٧٢    | التعويض عن الخطأ الطبى.....                           |
| ٤٧٢    | المسئولية المدنية قد تكون تقصيرية وقد تكون عقدية..... |
| ٤٧٤    | أولاً: المسئولية العقدية.....                         |
|        | مسئولية الطبيب المعين من قبل مستشفى خاص هى مسئولية    |
| ٤٧٦    | عقدية.....                                            |
| ٤٧٧    | ثانياً: المسئولية التقصيرية.....                      |
| ٤٧٧    | أمثلة لحالات المسئولية التقصيرية.....                 |
|        | وحدة السبب فى دعوى المسئولية المدنية سواء كانت عقدية  |
| ٤٧٨    | أو تقصيرية.....                                       |
| ٤٨٠    | أركان دعوى التعويض عن الخطأ الطبى.....                |
| ٤٨٠    | أولاً: الضرر.....                                     |
| ٤٨١    | ثانياً: علاقة السببية.....                            |
| ٤٨٢    | مسئولية المستشفى عن أخطاء الطبيب ومساعديه.....        |
| ٤٨٢    | العلاقة التعاقدية بين المستشفى والطبيب.....           |

| الصفحة | الموضوع                                                |
|--------|--------------------------------------------------------|
| ٤٨٤    | نطاق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .....              |
| ٤٨٧    | الأطباء الذين يقومون بإجراءات معينة فى المستشفى .....  |
| ٤٨٧    | علاقة المريض بالمستشفى والطبيب المعالج .....           |
| ٤٨٧    | علاقة المريض بالمستشفى .....                           |
| ٤٨٨    | علاقة المستشفى بالطبيب .....                           |
|        | علاقة الطبيب الجراح بالطبيب المعالج أو بأعضاء الفريق   |
| ٤٨٩    | الطبيب .....                                           |
| ٤٩٠    | مسئولية الطبيب عن مساعديه .....                        |
| ٤٩٣    | يسأل الطبيب عن أى خطأ سببه للمريض .....                |
|        | يجوز للطبيب أن ينفى المسئولية عن نفسه عند إثباته لقيام |
| ٤٩٨    | حالة الضرورة .....                                     |
| ٥٠٣    | فهرس المحتويات .....                                   |

تم بحمد الله