تعريف المقاولة وأركانها

النص التشريعي (مـادة ٦٤٦) :

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يـؤدي عمـلاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٦٤٥ ليبي و٦١٢ سوري و٨٦٤ عراقي و٥٢٠ سوداني و٦٢٤ لبناني و٨٢٨ تونسي.

الأعمال التحضيرية :

يعرض المشروع، علاوة علي الأحكام العامة، لبعض الصور الخاصة للمقاولة، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صوره المختلفة، مبينا أنه قد يرد علي مقاولات صغيرة أو علي مقاولات كبيرة أو علـي مقـاولات تتعلق بالمرافق العامة، يعرض للقواعد العامة التي تنطبق علي كل أنـواع المقاولات، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينـة مـن المقاولات.

ويلاحظ أنه لم يكن ممكنا أن يوضع إلي جانب الأحكام العامة تنظـيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولة. ولذلك اكتفي المشروع بـبعض صوره الجارية، تاركاً للقاضي أمر تطبيقهـا وضـبطها علـي الحـالات الخاصة؟ وقد عني المشروع – فيما إعتبره من القواعـد العامـة ببيـان إلتزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب إنتهاء المقاولة، فاستبقي فيها معظم أحكام التقنين الحالة (الملغي) وأضاف إليها أحكاما جديـدة. وفـي

obeikandl.com

القواعد الخاصة عني ببعض أنواع المقاولات، ولاسيما مقاولات المبـاني، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالي (الملغي) من مـسئولية المهنـدس المعماري والمقاول بالتضامن عن خلل للبناء في مدة عشرة سنين، ووضع أحكاما منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المـسئولين وإرتفاعها بالقوة القاهرة، وجواز الإنفاق علي الإعفاء منهـا، وسـقوطها بالتقادم.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ـ جزء ٥ ـ ص٥ و٦)

رأي الفقه :

١- يخلص من التعريف الوارد بنص المادة ٦٤٦ مـدني أن لعقـد المقاولة خصائص، وأهمها:

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

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

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

ويتميز عقد المقاولة 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 الـذي يبرمـه المستهلك مع شركة المياه مثلا- في نظر الفقه المدني- عقد مقاولة واقـع

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 المقاولة 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 المقاولة وعقد العمل.

ويتميز عقد المقاولة عن الوكالة وإن كان كلاهما يردان علي العمل، ويؤديه كل منهما لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد المقاولة 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 استقلالا. أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائبا عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلي الموكل.

والأهمية العملية للتمييز بين المقاولة والوكالة، تظهر فيما يلي:

(أ) أن المقاولة دائما 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 المقاول لا يخضع لإشراف رب العمل وليس تابعاً له، ومن ثم فلا يكون رب العمل مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع. أمـا الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفي هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع.

(جـ) أن التصرفات التي يجريها المقاول لا ينصرف أثرها إلي رب العمل، أما تصرفات الوكيل فإن أثرها ينصرف مباشرة إلي الموكـل ولا شيئا منها ينصرف إلي الوكيل.

(د) أن المقاول مضارب، وهو معـرض للمكـسب والخـسارة، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمـل بـذلك، ويتحمـل المقاول وحده هذا الضرر. أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفـسه لمكسب أو خسارة. فهو إما أن يقوم بعمله تبرعا وإما أن يأخذ أجرا مناسبا للعمل، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فإن الموكل يكون مـسئولاً عما أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتـادا (م ٧١١ مدني).

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

(و) أن المقاولة لا تنتهي بموت رب العمل أو بموت المقـاول إلا إذا كانت شخصيته محل إعتبار، وتنتهي الوكالة بمـوت الموكـل أو بمـوت الوكيل.

وقد نلتبس المقاولة 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

obeikandi.com

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

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة 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 عملا عقليا، فهو إذن ليس بتصرف قانوني، ولكنه مع ذلك إلتزام يبذل 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 مقاولة، وإن إعتبرته الأقلية عقدا 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 المقاولة، 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 المقاولة وجب ترجيح العنصر الغالب في أعمال المحامي وهو عنصر الوكالة وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاولة، فأجر المحامي عن أعماله المادية والقانونية مثلا 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 المقاولة وأحكام الوكالة، ولكن عنصر المقاولة هـو الغالـب، فـإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة، ومن ثم يكون أجر المهندس المعماري هي وضع التصميم والرسوم وعمل المقايسات والإشراف علـي التنفيذ، وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية كمحاسـبة المقـاول وإقـرار الحساب، ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل وتسلم العمـل مـن 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 المقاولة والبيع، فإنه قد يقع أن يتعاقد شخص مـع تجـار علي أن يصنع له أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده وهذا ما يحصل فـي 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 مقاولة، أم يكون عقد بيع واقع علي شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلي النجـار، والثوب بالنسبة للحائك؟

ذهب رأي- إلي أن العقد مقاولة دائما والمادة المقدمة ليست إلا تابعـة للعمل، وتكون المقاولة في هذه الحالة ملزمـة للـصانع يـصنع الـشيء المطلوب فتقع علي العمل، وهي في الوقت ذاته تقع علي الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته إلي رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاولة.

نقول بأن المقاولة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلي رب العمـل مـع بقائها مقاولة يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلـف تمامـا عـن طبيعتهـا بإعتبارها عقدا يرد علي العمل ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقاولة قد تـرد

علي الملكية فتنقلها، 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 مقاولة محصنة فيما تناولته المادتان ٢/٦٤٧ و٦٤٨ مدني ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذي يقع علي المادة دون العمل، ويصح القول مع ذلك إن المقاول هو الذي قدم المادة، ويكون له بذلك دوران دور البائع الذي قدم المادة، ودور المقاول الذي قدم العمل.

وذهب رأي ثان- إلي القول بأن العقد هو بيع شيء مستقبل، وهذا الرأي لا يدخل في الإعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلا علي العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل. ولو كان المقاول 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 يكيف علي أن بيع لا لشيء مستقبل بل لشيء حاضر.

وذهب رأي ثالث- إلي أن العقد يكون مقاولة أو بيعا يحسب نسبة قيمة المادة إلي قيمة العمل. فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة فالعقد مقاولة، 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 ومقاولة، سواء كانت أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع علي المادة

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

وتشتبه الوديعة المأجورة بالمقاولة، إذ المودع عنده في هذه الحالة يقـوم بعمل لمصلحة الغير، هو حفظ الشيء المودع، لقاء أجـر معلـوم، فتقتـرب الوديعة من المقاولة، ولكن المودع عنده حتى في الوديعـة المـأجورة لـيس بمضارب ولا ينبغي الكسب من وراء الأجر بخلاف المقاول. علي أن هنـاك من الودائع المأجورة ما يقرب من المقاولة إلي حد بعيد، وذلك فيمـا يـدعي بعقود الحفظ **contrats de garde** المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضاربا يبغي الكسب، وذلك كالمصرف الـذي يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشـياءه الثمينـة **location de coffres=forts** وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلي السيارات التي تودع عنده.

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

ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقـط، وهـي بطبيعتهـا تتضمن إلتزاما بحفظ الشيء الذي يعمل فيه المقاول بعد تـسلمه مـن رب العمل، ويكون مسئولاً عن ضياعه بإعتباره مقاولا بإعتباره مودعا عنـده،

إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها. وقد نصت المادة ٦٨٥ مدني صراحة علي هذا الإلتزام بالحفظ في عقد العمل، فأوجبت علي العامل: "..... (جـ) 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 مقاولة لتنظيف العربة وغسلها كل يوم.

ويميز الشركة عن المقاولة 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 معينا ويتقاضى أجره علي هذا العمل. إن وجود نية تكوين الشركة– ليكون العقد شركة– أو إنعدام هذه النية–ليكون العقد مقاولة– مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاولة 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 متصلا 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 إلي كبيرة كالأمثلة السابقة.

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

(الوسيط –٧- مجلد ١- للدكتور عبد الرازق السنهوري- طبعة ١٩٦٤- ص٥ وما بعدها)

٣- للتفرقة بين المقاولة والوكالة، أهمية من الوجوه التالية:

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

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

(٣) أن المقاول، خلافا للوكيل، لا يعتبر تابعا 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 تنفيذا 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 المقاولة والبيع، فإنه لا محل لبحث ذلك إذا كان الأمر متعلقا 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 إختلف الرأي في فرنسا:

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

وذهب رأي آخر- في الأحكام إلي القول بأن هناك عقد مقاولة.

وذهب رأي ثالث- إلي تطبيق قاعدة أن التابع يلحق الأصل- توفيقا بين الرأيين السابقين- فالعقد الذي بمقتضاه يتعهد شخص بأن يصنع شيئا مع تقديم المادة يكون في الغالب بيعا، ولكنه لا يكون كذلك إذا كانت المادة قليلة الأهمية بالنسبة للعمل الذي يؤديه.

ويؤيد الدكتور محمد كامل مرسي الرأي القائل بأنه يوجد في الواقـع عقد مختلط مكون من عقدين مختلفين جمعتهما عملية إقتـصادية واحـدة، فالعقد الذي يقدم فيه العامل المادة هو في نفس الوقت مقاولة وبيع.

(العقود المسماة جزء ٤ـ الدكتور محمد كامل مرسي ـ طبعة ١٩٥٣ ص٤٧١ وما بعدها)

من أحكام القضاء:

١- متي كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في خصوص تكييف العلاقة بين الطاعن والمطعون عليهما علي ما قرره وكيل الطـاعن أمـام مكتب العمل من أنه استغني عن خدماتها بعدم حاجة العمل إليهما، وعلـي أن الفارق الوحيد بين عقدي العمل والمقاولـة هـو وجـود حـق الإدارة والإشراف في العقد الأول وإنعدامه في الثاني، وكانت هذه التقريرات التي عول عليها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يكشف عـن حقيقـة العلاقـة القائمة بين الطرفين وأنها علاقة عمل استكملت عناصرها القانونيـة ممـا يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٢/٣/٣١ـ مجموعة المكتب الفني ـ السنة ١٣ـ مدني ـ س٣٢٤)

٢- لا يكفي لإعتبار عامل النول اليدوي مقاولا أن يستغل فـي بيتـه علي نول خاص به أو جار بإيجار فإذا ثبت إستمرار العلاقة بينه وبين رب العمل بصورة لا يتخللها إنقطاع سوي الإنقطاع العادي، كان العقـد عقـد عمل.

(نقض ـ جلسة ١٩٥٩/٦/٣٠ـ مجلة القانون والإقتصاد ـ السنة ١٠ـ ص٤٤)

٣- عرف المشرع المقاولة في نص المادة ٦٤٦ مدني بأنهـا: "عقـد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجـر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وأورد بالمواد التالية إلتزامات المقـاول وجعـل

قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسـلامته شـاملة المهنـدس المعمـاري والمقاول علي سواء ما لم يقتصر عمل المهندس علي وضع التصميم فـلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه وبين طريقة تحديد أجـر كـل منهما بما في ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الـذي وضعه، فإن المستفاد من ذلك، وعلي ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقـانون المدني في هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذي وصلت إليه أعمال المقاولات في صورها المختلفة، وأنـه إنمـا أورد للقواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عملـه بوضـع التـصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية المقـاولات ينـدرج فـي صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من إعتبارهـا مـن قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلي المقاولة إلي الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولـة عليه.

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ـ مجموعة المكتب الفني ـ السنة ١٨ ـ مدني ـ ص١٠٠٥)

٤- تعهد المقاول تنفيذ أعمال البناء في الموعد المتفق عليـه إلتـزام بتحقيق غاية، وإثبات رب العمل إخلال المقاول بهذا الإلتزام هـو إثبـات للخطأ الذي تتحقق به المسئولية، ولا تنتفي مسئولية المقاول بإثبات أنه قـد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ إلتزامه.

(نقض ـ جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ـ المرجع السابق ـ ص١٩١٦)

٥- عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدني المقاولة بأنها عقد يتعهـد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر وإذا كان يبين مما تم الإتفاق عليه في العقدين- موضوع

الدعويين الأصلية والفرعية- أن الطرفين قد أفرغا فيها جميع عناصر عقد المقاولة، 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 نائبا عنهما، وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام في كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادي، وهو محل المقاولة، في حين أن محل الوكالة هو دائما تصرف قانوني- علي ما أفصحت عنه المادة ٦٩٩ من القانون المدني- فإنه لا يصح إعتبار العقدين سالفي الذكر عقدي وكالة ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار علي الشيوع، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين وأن تضفي علي المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصها في أن نية الطرفين قد اتجهت إلي إبرام عقدي مقاولة- 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 واخطأ في تطبيقه.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/٣/٩- المرجع السابق- السنة ٢٣ مدني- ص٣٨٦)

٦- متي كان الحكم قد إنتهي إلي إخلال الطاعن- رب العمل في عقد المقاولة- بإلتزامه من جراء تأخره في الحصول علي رخصة البناء في الوقت المناسب، فإن إعذاره لا يكون واجبا علي الدائن بعد فوات هذا الوقت، إذ لا ضرورة للأعذار 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 إعذاره في هذه الحالة، فإنه لا يكون مشوبا بالقصور.

(نقض- جلسة ١٩٢٢/٦/١- المرجع السابق- ص١٠٦٢)

٧- نظم المشرع عقد المقاول بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدني، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري بإعتبار عمله في وضع التصميم والمقايسة وفي مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها، وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول علي سواء ما لم يقتصر علي المهندس علي وضع التصميم فلا يكون مسئولاً 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- ص١١٤٦)

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 مقاولة 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 اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا لتقديم طلبات التفسير، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبوله

(الطعن رقم ١١٠ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٩ / ١٢ / ٢٠٠١)