الوسيط
في شرح القانون المدني

العقود الواردة على العمل

المقاولة والوكالة
والوديعة والحراسة

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الوسيط

في شرح القانون المدني

(٧)

المجلد الأول

العقود الواردة على العمل

المقاولة والوكالة

والوديعة والحراسة

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية

ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

١٩٦٤

دار

احياء التراث العربي

بيروت - لبنان

بيان

بعد أن بحثنا العقود التى تقع على الملكية فى الجزئين الرابع والخامس من الوسيط ، والعقود الواردة على الانتفاع بالشىء فى الجزء السادس ، لم يبق من العقود المسماة إلا العقود الواردة على العمل وعقود الغرر والكفالة . وقد جرت العادة أن تبحث الكفالة مع التأمينات العينية ، حتى تكون التأمينات جميعا من شخصية وعينية فى مكان واحد .

ويبقى بعد ذلك العقود الواردة على العمل وعقود الغرر ، نخصص لها هذا الجزء السابع ، ونستثنى منها عقد العمل . فعقد العمل ، كما ورد فى التقنين المدنى ، يجب أن يستكمل بالتشريعات الخاصة الكثيرة التى صدرت لتنظيم العمل والعمال . ولذلك آثرنا أن نفرد له وللتشريعات المتعلقة به جزءا خاصا نختتم به أجزاء الوسيط ، بعد أن نكون قد بحثنا — بمشيئة الله وعونه — الحقوق العينية الأصلية فى الجزئين الثامن والتاسع ، والتأمينات الشخصية والعينية فى الجزء العاشر .

استدراك وتصويب

فى شأن عبارة جاءت فى الجزء السادس من الوسيط

فى خصوص عقد الإيجار

جاء فى الجزء السادس من الوسيط ، فى الصفحات ٤٩٨ و ٤٩٩ و ٥٠٨ ، أن الأجرة التى يضمنها حق امتياز المؤجر يجوز أن تزيد على أجرة سنتين . والصحيح أن هذا هو حكم التقنين المدنى القديم ، أما فى التقنين المدنى الجديد فلا يجوز أن تزيد الأجرة التى يضمنها هذا الامتياز على أجرة سنتين ، كما هو صريح نص المادة ١١٤٣ من هذا التقنين .

العقـــود

الواردة على العمـــل

عقـــد المقاولة

تمهيد

١ — التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد — نص قانونى : أوردت المادة ٦٤٦ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد المقاولة على الوجه الآتى :

« المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .(١)

ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاولة خصائص نجمل أهمها فيما يأتى :

(*) مراجع فى عقد المقاولة : جيوار فى الإيجار الطبعة الثالثة جزءان باريس سنة ١٨٩١ — بودرى وفال فى الإيجار الجزء الثانى (مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٧ — أوبرى ورو وإسمان الجزء الخامس فى البيع والإيجار الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٦ — بلانيول وريبير ورواست الجزء الحادى عشر فى العقود المدنية باريس سنة ١٩٥٤ — بيدان ١٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٨ — دى باج ٤ الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — مازو فى دروس القانون المدنى ٣ سنة ١٩٦٠ — أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ Architecte سنة ١٩٥١ — ٢ لفظ Entreprise سنة ١٩٥٢ — ٣ لفظ Louage d'ouvrge سنة ١٩٥٣ .

Costes فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ — Lagrave الجزاف فى عقد المقاولة الخاص سنة ١٩٢١ — Minvielle فى مهنة المهندس المعمارى سنة ١٩٢١ ، وفى ملاحظات فى المسئولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة ١٩٣٣ ، وفى رخصة البناء سنة ١٩٤٧ — Corberand فى مسئولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — Delvaux فى حقوق المهندس المعمارى والتزاماته بروكسل سنة ١٩٣٠ — David فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — Lepaulle فى عقود البناء الصناعى سنة ١٩٣٨ .

محمد كامل مرسى فى العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة) سنة ١٩٥٣ — محمد لبيب شنب فى شرح أحكام عقد المقاولة سنة ١٩٦٢ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٧٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧ — ص ٨) .

١ ــ عقد المقاولة عقد رضائى لايشترط فى انعقاده شكل معين [١] ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة .

٢ ــ يقع التراضى فى عقد المقاولة على عنصرين اثنين : الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذى يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر.

٣ ــ انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به فى التقنين المدنى القديم ، ولايزالان مختلطين به فى التقنين المدنى الفرنسى ، وهما عقد الإيجار وعقد العمل . فقد كان التقنين المدنى القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم « الإيجار » ، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء ، وعقد العمل بإجارة الأشخاص ، وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع : ويرجع ذلك إلى عهد القانون الرومانى ، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين : الأول باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء وسماه عقد إيجار الأشياء (locatio rerum) ، والثانى باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (locatio operarum, operis faciendi) . وقد شبه القانون الرومانى فى ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به . واستند أنصار المذهب القردى إلى وجهة النظر هذه فى اعتبارهم العمل سلعة تباع فى الأسواق ، ويتحدد سعرها طبقاً

= ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م ٤٨٩/٤٠١ : إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة فى المدة المحدودة فى عقد الإيجار أو لعمل معين . (وهذا التعريف يشمل عقد المقاولة وعقد العمل ، وفيما يخص عقد المقاولة يتفق مع تعريف التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٤ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٦٢٤ : وعقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل . (والتعريف فى جملته يتفق مع تعريف التقنين المصرى) .

(١) بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا فى إثبات المقاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٦ ــ ١٩) .

لقانون العرض والطلب . ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة فى نظر أنصار المذهب الاشتراكى . فنادوا بأن العمل ليس بسلعة ، واستتبع هذا التغير فى الفكرة الاقتصادية تعديلا فى الفكرة القانونية ، ففصلت التقنينات الحديثة هذه العقود الثلاثة بعضها عن بعض . وعلى هذا النهج سار التقنين المدنى الجديد ، إذ جعل عقد الإيجار فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشىء ، ونظم عقدى المقاولة والعمل فى الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل[1] .

فانفصل بذلك عقد المقاولة عن عقد الإيجار من جهة ، وعن عقد العمل من جهة أخرى . وانفصاله عن عقد الإيجار أمر بديهى . فالإيجار عقد يرد على منفعة الشىء ، أما المقاولة فعقد يرد على العمل . وكذلك يجب أن ينفصل عقد المقاولة عن عقد العمل ، وإذا كان كل من العقدين يرد على العمل فإن عقد العمل يرد على العمل فى ذاته أما المقاولة فترد على العمل باعتبار نتيجته ، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلى .

٢ — ***تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى :*** والخصائص التى ذكرناها لعقد المقاولة تجعل هذا العقد يتميز عن سائر العقود . فكونه يرد على العمل يجعله يتميز عن الإيجار الذى يرد على منفعة الشىء كما قدمنا . وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذى يرد على العمل فى ذاته كما سبق القول . وكونه يرد على عمل مادى لا على تصرف قانونى يجعله يتميز عن عقد الوكالة الذى يرد على تصرف قانونى . وقد يكون هذا العمل المادى هو صنع شىء كما رأينا ، فمحل المقاولة هنا هو صنع الشىء لا نقل ملكيته ، وبهذا تتميز المقاولة عن البيع .

ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاولة بهذه العقود ذاتها ، أوبعقود أخرى ، فيدق التمييز ، كما نرى فيما يلى .

٣ — ***تمييز المقاولة عن الإيجار — إجارة :*** قد تلتبس المقاولة بالإيجار فى عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك . فالعقد الذى يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلا هل

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ١٩ ص ٣٠ هامش ١ — الإيجار للمؤلف فقرة ١ .

يعتبر عقد مقاولة واقعاً على ما تقوم به الشركة من عمل فى توصيل الميـــاه للمستهلك ، أوهو عقد إيجار لمعدات الشركة التى تقوم بتوصيل المياه ؟ قدمنا عند الكلام فى الإيجار[١] أن العقد مقاولة لا إيجار ، 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 (situstisn réglementaire) ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى التزام المرافق العامة .

وإذا حجز شخص محلا فى أحد الملاعب ، فالعقد مقاولة تقع على ما يقوم به الملعب من أسباب التسلية للجمهور ، وليس إيجارا يقع على المحل الذى يحجزه ، وذلك لأن العنصر الأساسى الذى وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به الملعب من عمل . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى عقد الإيجار[٢] .

والاتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل فيها للإعلان نظير مقابل معين ليس عقد مقاولة ، بل هو عقد إيجار . وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أوفوق سطحه ، فإن التزم مالك البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان فالعقد مقاولة ، وإن اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار ، وقد سبق ذكر ذلك كله فى عقد الإيجار[٣] .

٤ — **تمييز المقاولة عن عقد العمل** : ومن المهم التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل . فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التى يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التى يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة فى تحمل التبعة حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذى سنبينه ولايتحملها العامل ، وفى الخضـــوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٠ — ص ١٢ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

العمل والفصل التعسفى وما إلى ذلك مما هو مذكور فى عقد العمل الفردى ، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول[١] .

وقد ذهب رأى قديم [٢] إلى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التى يقدر الأجر على اساسها ؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت — كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أيه وحدة أخرى من الزمن — كان العقد عقد عمل . وإن قدر الأجر لابحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج ، كان العقد مقاولة . فيكون مقاولة العقد الذى يبرم مع الصانع على أن يأخذ أجره بحسب ما ينتجه من العمل ، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو سباكاً أوغير ذلك . ويكون مقاولة العقد الذى يبرم مع مقاول البناء على أن يأخذ أجره مقدراً إجمالا أو مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فيكون

---

(١) هذا إلى أن رب العمل يكون مسئولا عن العامل مسئولية المتبوع عن التابع ، ولا يكون مسئولا هذه المسئولية عن المقاول . وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المخدوم عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره ، بل هى فى الواقع قوامها علاقة التبعية التى تجعل للمخدوم أن يسيطر على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات . وإذن فالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولة ، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذى وقع ، وهل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعلياً فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إبداء البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) .

والامتياز الذى يضمن أجر العامل غير الامتياز الذى يضمن أجر المقاول أو المهندس ولايقوم إلا فى مقاولات البناء .

والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهى ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية).

انظر فى النتائج المختلفة التى تترتب على تكييف العقد بأنه مقاولة أوعقد عمل : بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٦٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٣ — محمد لبيب شنب فقرة ١٨ ص ٢٥ هامش ٢ .

(٢) توليه ١٩ فقرة ٢٨٠ — ديرانتون ١٧ فقرة ٢٢٧ — بلانيول ٢ الطبعة الحادية عشرة فقرة ١٨٢٧ وفقرة ١٨٩٩ — سيرفيل (Survilla) ٢ فقرة ١١١٢ .

الأجر فى المقاولة بحسب أهمية العمل الذى أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذى أنفقه فى الإنتاج . وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، حيث ينص فى المادة ٢/٦٢٤ منه على أن « عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل »(١) .

ويعيب هذا الرأى أنه يجعل معيار التميز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهرى ، فليس هناك فرق أساسى بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (salaire proportionel au temps) وآخر يأخذه بحسب القطعة (salaire auxpièces, salaire à la têche)، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان هذا الجهد يقاس فى الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفى الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج . والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف فى طبيعة المقياس ، وإنما أراد رب العمل فى جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه فى العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره فى الواقع من الأمر بحسب الوقت الذى يقضيه العامل العادى فى إنتاج هذه القطعة ، فإن تراخى العامل المأجور فعليه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه(٢) .

إذن المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون

---

(١) وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ – ١ – ٢٨٣.

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٠ – رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٤ – مارتيني فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ – هذا إلى أن العامل قد يساهم فى أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذى أنتجه ، ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ourvrage et d'industrie فقرة ٥) . وعلى العكس من ذلك يكون العقد مقاولة ما دام المقاول لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه ، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فيحسب هذا الأجر بمقدار الأيام التى قضاها فى إنجاز العمل (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouvroge et d'industsie فقرة ٧ ويشير إلى حكم محكمة Albi الابتدائية ٢٠ يوليه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ القسم الموجز ٢٢) .

معياراً دقيقاً للتمييز بين المقاولة وعقد العمل . والرأى الحديث[١]، الذى يجرى عليه أكثر القضاء الفرنسى [٢] ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء[٣] ، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه[٤] .فالذى يميز المقاولة عن عقـد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، بل يعمل مستقلاطبقاً لشروط العقد المبرم بينهما . ومن ثم لايعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولايكون هذا الأخير مسئولا عن المقاول مسئولية

---

(١) انظر فى رأى آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأى : بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ١٦٦ – ٩ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٥٧٩ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٤٧١ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ – ١ – ٤١١ – ٨ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٤٢٣ – ٦ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ – ١ – ٢٧٧ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ – ١ – ٣٥ – ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ – ١ – ٤٤٣ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ١٢٥ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٧١٥ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ١٤١ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ١٨٤ – ١٩ يوليه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ – ٤٧٣ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ – ١ – ١٤٥ – ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٢٨٩ .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٨ وفقرة ٣٨٦٥ – بيدان ١٢ فقرة ١٩ ث فقرة ٢٠ – بيك الطبعة السادسة فقرة ٨٧٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٢ وفقرة ٩٠٧ – رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٦ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ – ١ هامش ١ – ٢ – مارتينى فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ – دى باج ٤ فقرة ٨٤٥ ص ٨٥٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩١ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٤ – جوسران ٢ فقرة ١٣١٢ – مازو فقرة ١٣٣٢ ص ١١٠٠ – انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٤ – محمد حلمى مراد فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة رابعة فقرة ٢٠٥ ص ٢٢٦ – محمد جمال الدين زكى فى قانون العمل سنة ١٩٦٠ فقرة ٧١ ص ١١٢ – ص ١١٣ – أكثم أمين الخولى فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ فقرة ٨٦ ص ١٣٦ – إسماعيل غانم فى قانون العمل سنة ١٩٦١ فقرة ٦٢ ص ١٢٠ – محمد لبيب شنب فقرة ١٩ – فقرة ٢٠ .

(٤) وبمعيار التبعية أخذت محكمة النقض ، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجراً على عمله ، وذلك وفقاً لمؤدى المادة ٦٧٤ من القانون المدنى والمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٦ ص ٣٧٠) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ .

المتبوع عن التابع . أما فى عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج ، ولايعمل مستقلا عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها فى حدود العقد المبرم بينهما ، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ومن هذا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل ، إذ لايتمتع بالمزايا الكثيرة التى يمنحها القانون للعامل والتى هى نتيجة تبعية العامل لرب العمل[١] .

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولا ، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شىء معين يقوم بصنعه مستقلا عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه ولايتلقى 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 عاملا لا مقاولا ، 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 مقاولة ، لأن الفنانين مهما كان الأمر فى استقلالهم الفنى يتلقون تعليمات صاحب الملعب فى عملهم وعليهم أن ينفذوها ، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه[٢] . وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة والصحفى الذى يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفى يعمل تحت إدارة

---

(١) وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاول يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق الصفة التى اتخذها فى هذا العقد ، أهى صفة المقاول أم الأجير العادى (مصر الوطنية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٦٥) .

(٢) وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل ومن تعاقد معه ، وإن كانت تبعية تنظيمية ، فهى كافية لقيام عقد العمل. وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة المتعاقد الآخر ورقابته ، بأن حدد له هذا الأخير على نحو دقيق الدور المطلوب منه أو استأثر دونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به ، وذلك بتلقيه التوجيهات فى زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به ، مهما كانت العبقرية الشخصية التى يظهرها الفنان أثناء العرض أو الحفل ، فبذلك تقوم التبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين ، وهى ما تكفى لقيام عقد العمل (محكمة شؤون العمال الجزئية بالقاهرة ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٦ ص ٣٩٩) .

صاحب الجريدة وإشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا فى موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاولة ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه ، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات فى مواعيد منتظمة مادام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة . والطوافون والممثلون التجاريون والجوابون ومندوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين فى هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاولة ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته .

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا المعيار الأخير . فهو فى تعريفه لعقد المقاولة (م ٦٤٦ مدنى) لا يذكر شيئاً عن الطريقة التى يؤجر بها المقاول ، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل « لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل ، يعرفه فى المادة ٦٧٤ مدنى على الوجه الآتى : « عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فهو لا يذكر هنا أيضاً شيئاً عن الطريقة التى يؤجر بها العامل إذ لا أثر لها فى تكييف العقد ، وإنما يذكر فى صراحة أن العامل يعمل تحت إدارة رب العمل أو إشرافه . فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد فى التمييز مابين المقاولة وعقد العمل . وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً فى الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدنى ، إذ يقول : « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم »[1].

---

(١) هذا إلى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه مايؤدى له من خدمات ، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن =

٥ — **تمييز المقاولة عن الوكالة** : تتفق المقاولة والوكالة فى أن كلا منهما عقد يرد على العمل ، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير . ولكنهما يختلفان فى أن العمل فى عقد المقاولة هو عمل مادى (acte matériel) ، أما العمل فى عقد الوكالة فهو تصرف قانونى (acte juridique) . ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدى العمل المادى لمصلحة رب العمل لاينوب عنه وإنما يعمل استقلالا ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانونى لمصلحة موكله يكون نائباً عنه وممثله فى التصرف الذى يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .

وللتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتى :

(١) المقاولة تكون دائماً مأجورة . ومتى عين الأجر لا يملك القاضى كقاعدة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة ، والأصل

= تطبق القواعد العامة تغنى عنه . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « يعرض هذا النص لكيفية التمييز بين عقدى العمل والمقاولة ، فيجعل معيار التفرقة مرتبطاً بمدى الحق لرب العمل فى توجيه مايؤدى له من خدمات ، أو على الأقل حقه فى الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات . وهذا المعيار ثابت من مراجعة القضاء الدولى ، فهو معمول به فى انجلترا منذ حكم القاضى Cromptom فى قضية Sadler V. Henloc . وقد حدده القاضى Fleteher Moulton فقال : إن الأمر يتعلق بظروف كل حالة ، على أنه كلما كان حق الرقابة المقرر لرب العمل قوياً فعالا ، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٩ انجلترا ن ٢٤) . والقضاء الألمانى يجرى أيضاً على هذا المعيار ، ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والعامل (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٧ ألمانيا ن ٢ و ٣ — سنة ١٩٢٩ ألمانيا ن ٥ — سنة ١٩٣١ ألمانيا ن ١٦) ، وكذلك القضاء الفرنسى (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٥ — سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ١٨ — سنة ١٩٢٨ فرنسا ن ١٥ — سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٣ و ١٨ — سنة ١٩٣٠ فرنسا ن ١٣ — سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ٤٣ — سنة ١٩٣٥ — سنة ١٩٣٦ فرنسا ن ١٧) ، وقضاء الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٣٢ الولايات المتحدة ن ٢٢) ، والقضاء الإيطالى (مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٨ إيطاليا ن ١٠ — سنة ١٩٢٩ إيطاليا ن ٢٠ — سنة ١٩٣٠ إيطاليا ن ٢٧ — سنة ١٩٣٢ إيطاليا ن ٢٦ — سنة ١٩٣٣ إيطاليا ن ٤٣) . وقد قرر التقنين السويسرى أساساً آخر للتمييز بين العقدين ، فذكر فى المادة ٣١٩/٢ أنه يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تبعاً للعمل المسلم ، مادام العامل استخدم لمدة ما محددة أو غير محددة . وقد يكون هذا المعيار أكثر تحديداً من المعيار الوارد بالمادة ، لكنه فى الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقى بين العقدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٠٥ — ص ١٠٧ فى الهامش) .

فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أوضمنى يقضى بأن يكون للوكيل أجر ، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضى (م ٧٠٩ مدنى) .

(٢) لما كان المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل ، فهو لا يخضع لإشرافه ولايكون تابعاً له ، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولا عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل فى كثير من الأحيان بإشراف الموكل ، وفى هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع .

(٣) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل . فإن التصرفات التى يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل ، وإذا كان هذا الأخير مسئولا مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تجاوز القدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢ مدنى) . أما الوكيل . فلأنه ينوب عن الموكل . فإنه يلزمه بتصرفاته ، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل . ولا شىء منها ينصرف إلى الوكيل .

(٤) المقاول مضارب ، وهو معرض للمكسب والخسارة ، وإذاأصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك ، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لايضارب ولايعرض نفسه لمكسب أوخسارة ، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجراً مناسباً للعمل ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة ٧١١ مدنى بأن « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » (١) .

---

(١) ويترتب على ذلك أن المقاول يتحمل تبعة استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبى ، وإذا هلك الشىء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لابثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذى وردها (م ٦٦٥/١ مدنى) . أما الوكيل فلا يتحمل هذه التبعة ، وعلى الموكل أن يرد إليه ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وأن يعطيه الأجر الذى يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م ٧١٠ مدنى) .

(٥) المقاولة فى الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهى فى الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه فى أى وقت .

(٦) لا تنتهى المقاولة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل[١] .

وقد تلتبس المقاولة بالوكالة ، وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمحامى والأستاذ والمحاسب والمهندس . وقد جرى القضاء الفرنسى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لاعقود مقاولة أو عقود عمل . ذلك أن المقاولة وعقد العمل يوصفان فى القانون الفرنسى كما قدمنا بأنهما عقدا إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل ، وآثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد مقاولة[٢] . ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التى يقوم بها أصحاب

---

(١) انظر فى هذه الفروق بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ١١١ – ويضيفون الفرق الآتى : المقاولة تضفى على المقاول صفة التاجر ، أما الوكالة فلا تضفى هذه الصفة على الوكيل . وهذا يرجع إلى ما قدمناه من أن المقاول مضارب ، والمضاربة من خصائص التجارة .

وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها : (أ) إذا تعدد الوكلاء فانوا مسئولين بالتضامن (م ١/٧٠٧ مدنى) ، أما إذا تعدد المقاولون فلا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا اتفق على ذلك . (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامنين قبل المقاول إلا باتفاق خاص . (جـ) للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٣/٧٠٨ مدنى) ، أما رب العمل والمقاول من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على الآخر فيما عدا أن المقاول من الباطن له الرجوع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون به رب العمل مديناً للمقاول الأصلى (م ١/٦٦٢ مدنى) – انظر فى ذلك بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٠٠ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٢٤ ص ٣٢ هامش ١ .

(٢) ويرجع الأمر فى ذلك إلى تقاليد القانون الرومانى ، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالا حقيرة لا يزاولها إلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم ، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلا لإجارة أشخاص بل محلا للوكالة رفعاً لشأنها ولشأن من يقوم بها عن أن يكون أجيرا ، وكانت الوكالة فى القانون الرومانى لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية . وترتب على ذلك أن صاحب المهنة الحرة فى القانون الرومانى لم يكن من حقه أن يتقاضى أجراً ملزماً ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل . ولكن القانون الرومانى لم يثبت على هذا النهج ، وانتهى الأمر بالتحايل =

هذه المهن الحرة هى أعمال مادية فى مجموعها لا تصرفات قانونية ، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامى عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعمارى للتصميمات والرسوم والمقايسات ، كل هذه أعمال مادية ، وإذا تميزت بشىء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لا تصرفات قانونية ، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاولة أو عقد عمل لا عقد وكالة . ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا مأجورين ، لاسيما بعد أن تميز عقد

= على أحكامه بالتسليم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (perseentio extraorainario) لا عن طريق دعوى الوكالة (جيرار سنة ١٩٢٤ ص ٦١٢ وما بعدها – مونييه سنة ١٩٤٨ ٢ فقرة ٣١ وما بعدها ص ١٧٤) . وقد تأثر الفقه الفرنسى فى نهاية القرن الماضى بالتقاليد الرومانية ، فذهب بعض الفقهاء (أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٣٧١ مكررة ص ٣٨٨ – جيوار ٢ فقرة ٦٩٦ ص ٢٦٠) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم ، فلا يكون الطبيب أو المحامى ملزماً قبل عميله ، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المحامى ، وذلك حتى لا يوضع العمل العقلى فى مستوى العمل اليدوى ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة .

ولكن هذا الرأى يصطدم مع الواقع ، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنهم وما يكسبون من أجور فى ممارستها ، ولا يحط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤجر على عمله . وقد أصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم للطرفين . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقداً ملزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين ، فكانت المادة ٢/٨٨٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسى المعمار أو مع أحد معاشر لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة » . وتنص المادة ٣/٦٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « والعقد الذى بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة تقديم خدماته لمن يتعاقدون معه ، وكذلك العقود التى بموجبها يلتزم الأساتذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد أو شخص ما ، تعد من قبيل إجارة الصناعة . ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل » .

(انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ وفقرة ٩٠٩ – بودرى وفال فى العقود الاحتمالية فقرة ٣٧٧ – فقرة ٣٧٩ – بيدان ١٢ فقرة ١٦٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢١ – چان سافاتييه دراسة فى المهنة الحرة رسالة من پواتييه سنة ١٩٤٧ – وانظر فى القضاء الفرنسى نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ٩٣ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٢٨٥ – ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣ – ٢ – ٧٣) .

المقاولة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصتين بهما ، فلم يعودا عقدى إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما فى الماضى . وقد يدخل فى عمل صاحب المهنة الحرة ، لاسيما المحامى والمهندس المعمارى ، بعض تصرفات قانونية ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية . وإذا تعذر تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقاولة فى وقت معاً ، نظر إلى العنصر الغالب ، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقاولة ، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة .

ونستعرض ، تطبيقاً لما تقدم ، العقد مع الطبيب ، ومع المحامى ، ومع المهندس المعمارى .

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة فى الغالب [1] إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثانى فى مقابل أجر معلوم ، والعلاج عمل مادى ولاينفى ماديته أن يكون عملا عقلياً ، فهو إذن ليس بتصرف قانونى . ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة فى هذا الاتفاق . وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقاولة الأخرى بخصائص أهمها : (١) الالتزام الذى يعقده الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة فى علاج المريض ولايتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض . وأغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية ، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك . (٢) التعاقد مع الطبيب لوحظت فيه شخصيته ، ومن ثم إذا مات انتهى العقد ، بخلاف موت المقاول فى كثير من عقود المقاولة الأخرى فإنه لا ينهى المقاولة . وتنص المادة ٦٦٦ مدنى فى هذا الصدد 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 » . ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر ، فى حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن . (٣) العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض

---

(١) ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلا من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل فى مؤسسة أو فى مستشفى ، فالاستقلال الفنى لا يمنع الخضوع الإدارى أو التنظيمى .

ولا من جهة الطبيب ، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولايرغم عل أن يبقى تحت علاج طبيب لايريده أو أصبح لايثق فيه ، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع فى العقد ولايمكن إكراهه على المضى فى علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه . وهذه الخصائص التى تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاولة وتعتبره عقداً غير مسمى[١] ، وأخذت بهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية[٢] . على أنه ليس فى هذه الخصائص شىء يتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق . فعقد المقاولة كما يكون محله التزاماً بتحقيق غاية ، كذلك يجوز أن يكون محله التزاماً ببذل عناية . فالأستاذ إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد مقاولة ومع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية هى أن ينجح التلميذ فى الامتحان . ويستحق الأستاذ الأجر نجح التلميذ أولم ينجح . والمحامى الذى يترافع عن الخصم إنما يلتزم ببذل عناية ، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أوخسرها . وكذلك الطبيب يستحق الأجر شفى المريض أو لم يشف ، لأن الطبيب لم يلتزم بتحقيق غاية بل التزم ببذل عناية ، ولايمنع ذلك من أن يكون العقد مقاولة . كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه مقاولة ، فكثيراً ما تعتبر شخصية المقاول فى عقود المقاولة حتى أن المادة ٦٦٦ مدنى واجهت هذا الفرض كما رأينا . كذلك نصت المادة ٦٦١/١ مدنى على أنه « يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . بقى أن العقد مع الطبيب غير لازم ، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون مقاولة . فالمريض فى عقده مع الطبيب ، كرب العمل فى المقاولة ، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض الطبيب

---

(١) چان ساڤاتييه دراسة فى المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٧ ص ١٥ — تعليق فالسينى فى داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ — حسن زكى الأبراشى فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩٨ — إسماعيل غانم فى عقد العمل سنة ١٩٦١ ص ١١٦ هامش ١ .

(٢) نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩ — ١ — ١٧ مع تعليق بريتون .

عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج . ويختلف عن رب العمل فى المقاولة العادية بأنه لا يعوض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ١/٦٦٣ مدنى) ، ذلك أن العقد مع الطبيب يقوم على الثقة الشخصية ، وفى إجبار المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل تقييد خطير لحريته فى الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحمله على ذلك ، فوجب أن تكون حريته فى الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة العادى . والطبيب كذلك فى عقده مع المريض ، كالمقاول فى عقد المقاولة ، له أن يرجع فى العقد على أن يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب المريض من جراء ذلك . وإذا كان رب العمل فى عقد المقاولة العادى يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول ، فذلك ما لا يستطيعه المريض ، وهو حر فى أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يستطيع إكراهه على المضى فى العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك[1] . ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاولة ، وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه[2] .

أما العقد مع المحامى فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية . فالمحامى يقوم بعمل مادى عندما يقدم المشورة القانونية لعميله خارج مجلس القضاء ، أو عندما يدافع عن مصالحه فى مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذكرات المكتوبة ، وعندما يحرر له العقود والمستندات . وهو فى هذه

---

(١) انظر فى هذا المعنى رينيه سافاتييه فى القانون الطبى فقرة ٣٠٠ ص ٢٧١ – حسن زكى الأبراشى فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩١ – وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية مجلة القانون الاقتصاد ١٢ ص ٤٣٠ – محمد لبيب شنب فقرة ٣٢ .

(٢) بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ ص ٢١ وفقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ ص ١٨٧ – ص ١٨٨ – دى باج ٤ فقرة ٨٤٧ ص ٨٦٣ وفقرة ٨٤٩ ص ٨٦٩ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٥ – چوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ٦٧٥ – تعليق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩ – ١ – ٢١٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٠ ص ٤٧٦ – أكثم أمين الخولى فى عقد العمل فقرة ٨٨ ص ١٤٠ – محمد لبيب شنب فقرة ٢٨ – فقرة ٣٤ – وانظر مصر المختلطة الجزئية ٥ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٩ رقم ٤٢٨ ص ٣٤٦ .

الأعمال يعتبر مقاولا وتسرى عليه أحكام المقاولة[١] ، مالم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة او مؤسسة فيكون العقد الذى ينظم علاقته بالشركة أوالمؤسسة هو عقد عمل[٢] . والمحامى يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عميله عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل ، وعندما يقدم طلبات العميل ودفوعه فى الدعوى ، وعندما يطعن باسم العميل فى الأحكام التى تصدر ، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً ، وعندما يصدر منه نيابة عن عميله إقرار أو تنازل أو يوجه يميناً حاسمة أو يرد هذه اليمين . وهو فى هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلا عن عميله ، وتسرى عليه أحكام الوكالة . فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المقاولة ولم يمكن التوفيق بينهما ، وجب ترجيح العصر الغالب فى أعمال المحامى وهو عنصر الوكالة[٣] وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاولة . فأجر المحامى عن أعماله المادية والقانونية مثلا يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة (م ٢/٧٠٩ مدنى) .

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى ، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ - بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ - كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٥ - مازوفى دروس القانون المدنى ٣ فقرة ١٣٣٤ ص ١١٠٢ - كرمبيه فى مهنة المحاماة سنة ١٩٥٤ فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٣٥ - فقرة ٣٦ - نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٧٣ - إكس ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩١١ - ٢ - ١٨٥ - باريس ١٩ يناير سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣ -١- ٩٩ - السين ٦ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ - ٢ - ٣٥ .

ومن الفقهاء من يعتبر العقد هنا عقداً غير مسمى : جان ساڤاتييه فى رسالته فى المهنة الحرة ص ٢١٣ - ص ٢١٥ - إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ١١٦ هامش ١ .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٣٦ - ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامى متفرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد لبيب شنب فقرة ٣٦ - استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٥٨ المدونة العمالية الدورية مجموعة سنة ١٩٦٠ رقم ٢٤ ص ٥٠) .

(٣) وكثيراً ما يخلع المشرع على المحامى صفة الوكيل ، وعلى عميله صفة الموكل ، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (انظر قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٣ و ٤٠ و ٤١ - تقنين المرافعات المواد ٨١ - ٨٩) .

المقاولة وأحكام الوكالة[١] ، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب ، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة . ومن ثم لا يكون أجر المهندس المعمارى خاضعاً لتقدير القاضى[٢] . وأهم الأعمال المادية التى يقوم بها المهندس المعمارى هى وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقايسات ، والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية ، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب ، ودفع ما يستحقه المقاول فى ذمة رب العمل ، وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه . ويكون فى هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل[٣] ، ومن ثم تسرى أحكام الوكالة كما سبق القول .

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص ١٤٤ – بيدان ١٢ فقرة ١٧٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٤ هامش ١ (٣) وهامش ٤١ (٣) – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٢ – فقرة ٦٣ – محمد لبيب شنب فقرة ٢٥ – فقرة ٢٧ – ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد مقاولة لا وكالة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٩ – جلاسون فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٦ – ١ – ٩ – ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ١٩٨ – Fraissaingea فى مسئولية المهندس المعمارى فقرة ٢٣ Corberand فى مسئولية المهندس المعمارى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – محمد لبيب شنب فقرة ٢٥ – فقرة ٢٧ – وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٥ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ – ١ – ٢٨٥ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٥٢ – مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٨٥٥ سنة ١٩٥٦ ومشار إلى الحكم فى إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ١١٦ هامش ١) – ويذهب القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ٣٩ – ١٠ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ١ – ٣٦٧ – ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ٧٧ – ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠ – ١ – ١٦٩ – باريس ١٥ يناير سنة سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٧١ – السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ – ٢ – ١٥٧) .

(٢) وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين ، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاولة لا لأحكام الوكالة (محمد لبيب شنب فقرة ٣٧) .

(٣) ولا تفترض الوكالة فى أعمال المهندس المعمارى ، فلم يكن قد تلقى تفويضاً من رب العمل فى عمل معين فإنه لا يكون وكيلا له فيه ، ومن ثم إذا وفى المهندس المعمارى المقاول مبلغاً من النقود دون أن يكون مفوضاً فى ذلك من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص ١٤٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٧١ ص ٤٧٧ – نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ٧٧ – ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٤١٥ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ٥ فبراير سنة ١٩٢٩) .

٦ — **تمييز المقاولة عن البيع** : ويظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع ، فهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية . فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة . 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 » . ولاشك فى أن العقد فى هذه الحالة — إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله — يتمحض عقد مقاولة لا شبهة فيه[1] . وإنما تقوم الشبهة فى الفرض الآخر الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى ، إذ تقول : « كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً »[2] . فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً و يقدم 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 مقاولة ، أو يكون عقد بيع واقع على شىء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار والثوب بالنسبة إلى الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعها ؟[3] .

---

(١) فيكون مقاولة العقد الذى يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لآخر على أن يورد هذا للمقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٨ — بيدان ١٢ فقرة ٧١٧ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٠ — نقض فرنسى ١٩ نوفبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ٣٩٥ — ١٦ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٣٩٥ — ٤ مايو سنة ١٨٩٤ (جنائى) داللوز ٩٤ — ١ — ٥٧٢) .

(٢) ويسمى العقد بعقد الاستصناع (marché à façon) : انظر فى هذا العقد داڤيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص ٢٢١ .

(٣) وللقول بأن العقد مقاولة أو بيع شىء مستقبل أهمية عملية تتبين فى الوجوه الآتية : (١) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول (م ٦٦٣ مدنى) ، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين —

انقسمت الآراء فى هذه المسألة . فرأى يذهب إلى أن العقد مقاولة دائماً[١] ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . وتكون المقاولة فى هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشىء المطلوب فتقع على العمل ، وهى فى الوقت ذاته تقع على الشىء المصنوع فتنقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاولة ، إذ أن « تملك رب العمل للشىء الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، وكذلك المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شىء من مواد يقدمها المقاول »[٢] . والقول بأن المقاولة تنقل ملكية الشىء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاولة يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل

= المنفردة . (ب) فى البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعذار المشترى بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م٤٥٨/١ مدنى) ، أما فى المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة . (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا ، أما فى المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدنى). (د) فى البيع لابد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلا ، أما فى المقاولة فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاولة باطلة ووجب الرجوع فى تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م٦٥٩ مدنى) .

انظر فى ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٠ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠ ص ١٥ هامش ١ .

(١) وإلى هذا الرأى ذهبت بعض أحكام القضاء فى فرنسا ، مستندة إلى أن المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى لا تميز بين ما إذا كان الذى قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسنرى فيما يلى أن هذه المادة تضمن مشروعها فى إحدى مراحله التشريعية فقرتين أخريين ، تقضى فقرة منهما بأن العقد مقاولة إذا قدم المادة رب العمل ، وتقضى الفقرة الأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذى قدم المادة ، فحذفت هاتان الفقرتان ، وحذفهما فى نظر أصحاب هذا الرأى دليل على العدول عن هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقاولة فى الحالتين) : نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ١ – ٣٢ – ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٣ مع تعليق بلانيول – أول أغسطس سنة ١٩٢٩ سيريه – ١٩٣٠ – ١ – ١٧٥ – ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ٢ – ٢٢٩ – نانسى أول يونيه سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦ – ١ – ٣٦٠ .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥ .

ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنقلها ، وهى إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت فى عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر. وهذا العقد الآخر الذى نقل الملكية فى نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً ، أوإلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود . وإذا كان صحيحاً أن المشرع فى نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شىء يقدم فيه العمل والمادة (م ٦٤٧/٢ مدنى) ، وأنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م ٦٤٨) ؛ فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة محضة فى هذه الظروف ، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذى يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المقاول هو الذى قدم المادة ، ويكون له بذلك دوران ، دور البائع الذى قدم المادة ، ودور المقاول الذى قدم العمل .

ورأى ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شىء مستقبل[1] . وهذا الرأى

---

(١) وهذا ما يذهب إليه كثير من الفقهاء فى فرنسا (لوران ٢٦ فقرة ٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ – ليون كان ورينو ٥ فقرة ١٥٢ – هيك ١٠ فقرة ٦ – جيوار ٢ فقرة ٧٧٢ – ريبير فى القانون البحرى الطبعة الثالثة ١ فقرة ٣١٩) ، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسى (نقض فرنسى ٢٢ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥ – ١ – ٣٠٣ – ٧ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ١ – ٣٢٩ – السين التجارية ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ الموجز ٦) ، وبخاصة فى عقد صنع السفن (نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٨ – ١ – ٩٧ – ١٠ يوليه سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ١٠٧ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٦٥) .

ويستند هذا الرأى فى فرنسا إلى أن المادة ١٧١١ مدنى فرنسى تقضى بأن العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل . ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من الصانع ، فيكون العقد إذن بيعاً . ويعزز أنصار هذا الرأى رأيهم بأن المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى – وهى تتحدث عن حالتين فى الأولى منهما يقدم المادة رب العمل وفى الأخرى يقدمها الصانع – كانت تشتمل فى مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ، يجريان على الوجه الآتى : « ٢ – وفى الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتمحض العقد مقاولة . ٣ – وفى الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه » . وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية ، فواضعو التقنين المدنى الفرنسى إذن يكيفون من الناحية الفقهية العقد الذى يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع .

وقد استخلص أوبرى ورو من عبارة « يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه » أن العقد قبل صنع الشىء يكون مقاولة ، فإذا ما تم صنعه تحول بيعاً (أوبرى ورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . وسنعود للإشارة إلى هذا الرأى فيما يلى !

لا يدخل فى الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلا 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 ، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلى ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع ، لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر .

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل[1] . فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة ، كالرسام يورد القماش أو الورق الذى يرسم عليه ، والألوان التى يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاولة[2] . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة ، فالعقد بيع[3] . وهذا هو

---

(١) وهذا الرأى يستند إلى القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale) ، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولة ، وإذا كانت المادة هى الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً : بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٢ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٨ — الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٧ ص ٦٨ — عبد المنعم البدراوى فى البيع فقرة ٦٩ ص ١٠٣ — سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة ٢٤ ص ٢٩ — أنور سلطان فى البيع فقرة ٢١ ص ٣١ — منصور مصطفى منصور فى البيع والإيجار فقرة ١٢ ص ٢٤ — إسماعيل غانم ص ٣٦ — وقرب بوردى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٤ .

(٢) عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ .

(٣) وتنص المادة ٦٥٨/٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع » . — أما المقاول الذى يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التى يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة أيا كانت قيمة مواد البناء بالنسبة إلى قيمة العمل ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض فى حالتها المستقبلة أى بعد أن يقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥ — الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١) .

ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداء وعقد بيع انتهاء ، فهو مقاولة قبل أن يتم صنع الشيء فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه ، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده (دائيد فى عقد=

الرأى الذى ذهبنا إليه عند الكلام فى البيع[١] . ونزيده هنا إيضاحاً فنقول إن الأمر ظاهر فى المثلين المتقدمين ، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة . وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل فى السيارة التى تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً . ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب ، ويصبح العقد فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه[٢] .

= الاستصناع ص ٣٦ – جيوار ٢ فقرة ٧٧٣ ص ٣٤٢ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ – كوست فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ ص ١٠٤ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢) . على أن أوبرى ورو القائلين بهذا الرأى يقرران مع ذلك أن عقد المقاولة تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشىء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقاولة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . والاستناد إلى نص الفقرة الثالثة المحذوفة من مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى – وهى التى تقول : « يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه » – لا يجدى ، إذ المقصود أن البيع يقع على شىء عند تمام صنعه ، أى على شىء مستقبل (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٠ – ص ٣١ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ – وقرب بيدان ١٢ فقرة ١٨١ – بلانيول فى تعليقه فى داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٣ ص ٤٧٩ .

ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة أن الشىء المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد تمام صنعه تطبيقاً لأحكام البيع ، فإذا استولت عليه الإدارة كان التعويض مستحقاً لرب العمل لا للصانع (باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٤ – ٩٩) . وإذا هلك الشىء المصنوع قبل التسليم فالهلاك على الصانع ، وذلك تطبيقاً أيضا لأحكام البيع التى تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع ، وتتفق هذه الأحكام هنا مع أحكام المقاولة إذ الهلاك على المقاول قبل التسليم (م ١/٦٦٥ مدنى) : أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٤ . ولكن الصانع يضمن العمل الذى أنجزه ضمان المقاول ، وتسرى هنا أحكام المقاولة لا أحكام البيع .

وهناك رأى يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقاولة ولا بيعاً ، بل هو عقد غير مسمى (دائيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧) ولا مانع من القول بأن هناك عقداً له مقومات=

٧ — تمييز المقاولة عن الوديعة : المقاولة ترد على عمل يقوم به شخص لآخر ، أما الوديعة فترد على نوع معين من العمل هو حفظ الشيء 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 المودَع عنده من جهد فى حفظ الوديعة دون أن يبغى كسباً من وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المقاولة فهى عقد من عقود المضاربة يبغى المقاول من ورائها الكسب ، ويغلب أن تكون هذه هى مهنته التى يتعيش منها ، ومن ثم تكون المقاولة دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافىء ما يتعرض له المقاول من النفقات والتبعات والخسائر . ومن أجل ذلك تكون مسئولية المودَع عنده أخف عادة من مسئولية المقاول ، ولكل من المودع والمودَع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله ما لم يكن الأجل فى مصلحة الطرف الآخر (م ٧٢٢ مدنى) ، أما المقاولة فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م ٦٦٣ مدنى) .

على أن الوديعة المأجورة قد تشتبه بالمقاولة ، إذ المودَع عنده فى هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير ، هو حفظ الشيء المودَع ، لقاء أجر معلوم ، فتقترب الوديعة من المقاولة[1] . ولكن المودع عنده ، حتى فى الوديعة المأجورة ، ليس بمضارب ولا يبغى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا ، بخلاف المقاول . على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة إلى حد بعيد . وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون فى هذه الحالة مضارباً يبغى الكسب ، وذلك كالمصرف الذى يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمينة (location des coffres-forts) ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التى تودع عنه . وقد قدمنا عند الكلام فى الإيجار[2] أنه حدث أخيراً تحول

= تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ، ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد غير مسمى ، فاسمه معروف وهو « عقد الاستصناع » ، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمقاولة .

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

(٢) انظر الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

فى الفقه والقضاء . ورجح الرأى الذى يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة . وهى . حتى بهذا التكييف . تقرب كثيراً من عقود المقاولة كما سبق القول .

وهناك عقود مقاولة تتضمن الوديعة . مثل ذلك أن يدفع شخص بسيارته إلى جراج لإصلاحها ، فصاحب الجراج فى تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاولة . وهو فى الوقت ذاته يحفظ السيارة فى الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسئوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده[١] . ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التى يستخدمها هذا الأخير فى العمل، فيكون العقد مقاولة بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة إلى المادة التى قدمها رب العمل . ويذهب كثير من الأحكام فى فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع فى هذه الحالة مع عقد المقاولة . وتسرى على كل منهما أحكامه[٢] . ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقط . وهى بطبيعتها تتضمن التزاماً بحفظ الشىء الذى يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل، ويكون مسئولاً عن ضياعه باعتباره مقاولا لا باعتباره مودعاً عنده ، إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها[٣]. 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 أيضاً فى ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئاً من رب العمل لتأدية عمله . ومن ثم يكون العقد الذى يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولة لا عقد وديعة ، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولا عن المحافظة على الحصان[٤] . وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله ،

---

(١) ليون ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ مع تعليق تونك .

(٢) أورليان ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٢٧٦ – باريس ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٤ –٢– ٩٩٥ – باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ – ١ – ٢٠٠ – ليون ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٣) تونك فى تعليقه فى داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ وهو التعليق السابق الإشارة إليه – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

ودعا رب العمل إلى تسلم الشيء فلم يتسلمه ، وبقى الشيء 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 العربة وغسلها كل يوم[١] .

٨ — **تمييز المقاولة عن الشركة** : الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥٠٥ مدنى) . ونرى من ذلك أن الشريك قد تكون حصته فى رأس المال هى التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أو على « تصاريح » للاستيراد أو نحو ذلك ، فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له فى الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة[٢] . وهنا قد تلتبس المقاولة بالشركة ، فإذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم فى أرباح الشركة وفى خسائرها ، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل « تصاريح الاستيراد » التى حصل لها عليها مبلغاً معيناً ، أو حتى نسبة فى أرباح الشركة دون أن يشارك فى الخسارة ، فالعقد فى هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاولة ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة أن تعطى المقاول أجراً على ذلك[٣] .

والذى يميز الشركة عن المقاولة هو أن الشريك فى الشركة تكون عنده نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة ، وهذه النية هى نية تكوين الشركة (affectio societatis) أو إرادة كل شريك فى أن يتعاون مع الشركاء الآخرين فى نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة . أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم فى الأرباح وفى الخسارة ، بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل . ووجود نية تكوين الشركة

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٢) الوسيط ٥ فقرة ١٨٦ ص ٢٧٤ هامش ١ .

(٣) انظر فى التمييز بين الشركة والمقاولة بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٣ .

فيكون العقد شركة ، أوانعدام هذه النية فيكون العقد مقاولة ، مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع [١] .

٩ — تنوع الأعمال التي تكون محل المقاولة : رأينا أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملا . فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أوبأداء عمل ، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع ، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل . والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافاً بيناً ، 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 [٢] . وقد يكون العمل متصلا بشيء معين . وهـــذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل ، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أومن عند رب العمل ، والحائك يخيط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل . وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أويدخل فيه تعديلا أو يهدمه ، وكحائط يدهنه ، وكأثاث يجدده ، وكسيارة يصلحها .

ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة . فالأعمال التي تقدم بيانها فيها الكبير وفيها الصغير . فعمل النجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالباً من المقاولات الصغيرة وتتدرج مع ذلك فى أهميتها . أما المقاولات الكبيرة ، فهى عادة تشييد المباني

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ١٥٩ ص ٢٢٢ .

(٢) وقد يكون العمل ماديا كنقل الأشخاص والطبع والنشر ، أو فنياً كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل ، أوعلمياً كالمرافعة والعلاج والمحاسبة ، أو أدبياً كالتأليف والمحاضرة والتدريس .

والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطيارات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر ، وقد كان المشروع 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 ، أوعلى 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 »[1] .

ومن ناحية جنس العمل ، هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره ، فهناك مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة « المقاولة » انصرفت إليها . وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاولة 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 نبحث القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات .

١٠ — التنظيم التشريعى لعقد المقاولة : كان التقنين المدنى القديم ، كما رأينا ، يدمج عقد المقاولة وعقد العمل فى عقد الإيجار ، ويسمى عقد الإيجار بإيجار الأشياء وعقد العمل بإجارة الأشخاص وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع . ففصل التقنين المدنى الجديد ما بين هذه العقود الثلاثة المتباينة ، وسمى « إجارة أرباب الصنائع » باسمها الجديد وهو عقد المقاولة ، للتدليل على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وكيف تعددت أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر .

وقد كان التقنين المدنى القديم يسير على غرار التقنين المدنى الفرنسى ويورد القواعد التقليدية فى هذا العقد على اعتبار أنه عقد ما بين مستصنع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩ — ص ١٠ فى الهامش .

وصانع ، ومركز الصانع بالنسبة إلى المستصنع يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة إلى رب العمل . ولم يعد هذا الوضع يتمشى مع مقتضيات التطور ، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل ، ووجب أن يكون التنظيم التشريعى لهذا العقد متلائماً مع التطور الذى وصل إليه .

وقد قسم التقنين المدنى الجديد النصوص المتعلقة بعقد المقاولة إلى قسمين. فى القسم الأول أورد القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات ، ومنها مقاولات البناء . فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين المدنى القديم ، وأضاف إليها أحكاماً جديدة . فبعد أن عرف المقاولة ، عرض لالتزامات المقاول فى حالتى ما إذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً أو تعهد بتقديم العمل فقط . وأورد بنوع خاص القواعد المتعلقة بمسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وانتفاؤها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم . ثم عرض لالتزامات رب العمل ، فى حالتى ما إذا أبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة أو أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع المقاول . وقرر للمهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ثم عرض بعد ذلك للمقاولة من الباطن ، فأجاز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن ، وحدد العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، وجعل للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل دعوى مباشرة يطالبون بها رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى . ثم عرض أخيراً لانتهاء المقاولة ، فأجاز لرب العمل أن ينحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت على أن يعوض المقاول جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وجعل المقاولة تنتهى باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه ، وبهلاك الشىء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، وبموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد .

وفى القسم الثانى أورد التقنين المدنى الجديد القواعد المتعلقة بنوع خاص من المقاولات هو التزام المرافق العامة ، فنظم العلاقة التى تقوم بين ملتزم المرفق العام وعميله ، وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، وجعل لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلازم أدوات الموافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق(١).

---

(١) وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :

« إن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل ، وإبدال اسمه القديم – إيجار أهل الصنائع – باسم جديد هو عقد المقاولة ، لكاف فى الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر . فقد كان القصد قديماً من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية ، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل . ولذلك سارت المؤلفات القانونية قديماً على دراسة هذا العقد ملحقاً بعقد العمل . فنرى مجموعة داللوز (بند ٥٩٨) تبدأ كلامها عن عقد المقاولة ، فى الجزء الذى خصصته له من باب عقد العمل ، بهذه العبارة : « يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل ، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية » . ولهذا أيضاً نجد التقنين المصرى ، أهلياً ومختلطاً ، يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل فى باب واحد « إيجار الأشخاص وأهل الصنائع » – على أن هذه النظرية أصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة ، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل ، ووجب أن يكون التنظيم القانونى لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة . نعم لقد حاول التقنين الحالى (السابق) ذلك فى المواد ٤٠٧ – ٤١٠ / ٤٩٧ – ٥٠١ ، ولكن المحاولة لم تكن كافية ، وكان من الواجب أن يعرض المشروع ، علاوة على الأحكام العامة ، لبعض الصور الخاصة للمقاولة ، إذ كيف يمكن القول بأن العلاقة التى تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل لوحة ما هى بعينها التى تربطه بمقاول يكلفه ببناء منزل . – ويمتاز المشروع فى تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة ، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صوره المختلفة مبيناً أنه قد يرد على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة (هذا التمييز حذف فى لجنة المراجعة كما سبق القول) أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة ، يعرض للقواعد العامة التى تنطبق على كل أنواع المقاولات ، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات . على أنه يجب أن يلاحظ مبدئياً أن هذا التقسيم تقريبى لامحالة ، لأن الانتقال من المقاولة الصغيرة – وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع – إلى المقاولة الكبيرة إنما يتم بالتدريج . كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكناً أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولة ، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صوره الجارية ، تاركاً للقاضى =

١١ — خطة البحث : ونبحث عقد المقاولة فى بابين :

الباب الأول فى المقاولة بوجه عام ، نورد فيه الأحكام العامة التى تسرى على جميع المقاولات . فنبحث فى الفصل الأول أركان المقاولة ، وفى الفصل الثانى الآثار التى تترتب على المقاولة ، وفى الفصل الثالث انتهاء المقاولة .

ثم نعرض فى الباب الثانى لبعض أنواع المقاولات . فنتكلم فى الفصل الأول فى التزام المرافق العامة ، ونبحث فى الفصل الثانى القواعد الخاصة التى تسرى على بعض مقاولات أخرى هى عقد النشر وعقد الإعلان وعقود المهن الحرة وعقد النظارة .

= أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة — وقد عنى المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة ، فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين الحالى (السابق) وأضاف إليها أحكاماً جديدة . وفى القواعد الخاصة عنى ببعض أنواع المقاولات ، ولاسيما مقاولات المبانى ، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالى (السابق) من مسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وارتفاعها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥ — ص ٦) .

الباب الأول

المقاولة بوجه عام

الفصل الأول

أركان المقاولة

١٢ — **تطبيق القواعد العامة** : أركان عقد المقاولة ، كالأركان فى سائر العقود ، ثلاثة : التراضى والمحل والسبب . ولاشىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ، ونحيل فى ذلك إلى النظرية العامة فى السبب فى الجزء الأول من الوسيط . فيبقى التراضى والمحل . والمحل فى عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقاول فى مقابل هذا العمل .

فالكلام فى أركان المقاولة يقتضى أن نعرض فى الفرع الأول للكلام فى التراضى ، وفى الفرع الثانى للكلام فى المحل أى فى العمل والأجر .

الفرع الأول

التراضى فى المقاولة

١٣ — **مبحثان** : نبحث على التوالى : (١) شروط الانعقاد فى التراضى . (٢) شروط الصحة فى التراضى .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٤ — توافق الإيجاب والقبول : يجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها ، فيتم التراضى بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذى يؤديه المقاول لرب العمل والأجر الذى يتقاضاه منه . وقد رأينا أن المادة ٦٤٦ مدنى ، وهى التى تعرف المقاولة ، تذكر هذه العناصر صراحة إذ تقول : « المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهدبه المتعاقد الآخر »[1]. ويكون ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد .

فيجوز التعبير عن التراضى صراحة أوضمناً ، ولايشترط شكل خاص لأن المقاولة من عقود التراضى[2] كما سبق القول .

ويجب التراضى على ماهية العقد . فلو أن شخصاً تعهد أن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهده 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 مقاولة كما كان يعتقد المقاول الأول .

ويجب التراضى على العمل المطلوب تأديته ، فيعين تعييناً كافياً على النحو الذى سنراه فيما يلى . فلو أن شخصاً اتفق مع صانع على صنع شىء يقدم رب العمل مادته ، فلما قدمها تبين الصانع أن رب العمل يقصد شيئاً آخر غير الذى ظنه الصانع ، فإن المقاولة لا تنعقد لعدم التراضى على العمل المطلوب تأديته .

ويجب التراضى على الأجر الذى يدفعه رب العمل للمقاول . وسنرى عند الكلام فى الأجر كيف يحدد . ويكفى هنا أن نذكر أن الأجر فى عقد المقاولة ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١ .

(٢) وتنص المادة ٦٢٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تتم العقود المبينة فى المادة السابقة (عقد المقاولة وعقد العمل) بمجرد تراضى الفريقين » .

كالأجرة فى عقد الإيجار ، ليس من الضرورى أن يعين فى العقد . فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر ، لم تكن المقاولة باطلة 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 » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الأجر .

وإذا كان التراضى يصح أن يكون ضمنياً ، فليس معنى ذلك أنه يفترض ، بل يجب أن يكون موجوداً ، وعلى من يدعيه عبء إثباته . فإذا قام مهندس معمارى بوضع تصميم لبناء دون أن يكلفه رب العمل بذلك ، وكان المهندس يأمل من وراء هذا أن يعجب التصميم رب العمل فيكلفه بتنفيذه ، فإنه لا يجوز فى هذه الحالة أن يفترض أن هناك تراضياً من رب العمل والمهندس على عمل التصميم ، حتى لو كان التصميم قد أعجب رب العمل فعلا وأراد تنفيذه . ولا يكون رب العمل ملزماً أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم ، لأنه لا يوجد عقد مقاولة يلزمه بذلك[1] . ولكن إذا نفذ رب العمل التصميم الذى وضعه المهندس ، كان للمهندس ، أن يرجع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن هذا الأخير قد أفاد من عمله ، ولا يوجد عقد بينهما فلم يبق إلا الرجوع بدعوى الإثراء[2] .

١٥ — التصميم والمقايسة ودفتر الشروط : وعقد المقاولة ، وبخاصة فى عقود المقاولات الكبيرة كمقاولات البناء ، يكون مصحوباً عادة بما يأتى : (١) التصميم (plan) الذى يجرى على مقتضاه العمل . (٢) المقايسة (devis) وهى بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها فى هذه الأعمال ، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، وأسعار المواد التى تستخدم . (٣) دفتر الشروط (cahier des charges) ويشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل ، وكيف يكون التنفيذ ، والمواعيد التى تتم فيها الأعمال

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٩١ داللوز ٩٥ — ٥ — ٦٥٥ — ٨ أبريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ٣ — ٧٤ — ٢٥ يناير ١٨٩٥ داللوز ٩٦ — ٣ — ١١ — ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ٣ — ٥٩ — باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دى پاليه ١٩١٢ — ٢ — ٢١٠ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٢ .

(٢) بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ .

المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التى وضعها رب العمل فى الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقاولة .

وليس من الضرورى أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر ، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المقاولة وحده ، يتضمن عناصر العقد ، ويشتمل فى الوقت ذاته على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغنى عن التصميم ، وعلى الأجر الواجب دفعه فلا تكون هناك حاجة لمقايسة منفصلة ، وعلى جميع الشروط الواجب مراعاتها فى تنفيذ العقد فيغنى ذلك عن دفتر الشروط .

على أن عقد المقاولة ، قبل إبرامه ، قد تسبقه مقايسة يتقدم بها المقاول ، وتصميم يتقدم به المهندس . واتفاق رب العمل مع المقاول على أن يقدم له مقايسة لا يعنى أنه ارتبط نهائياً بعقد مقاولة يقوم على هذه المقايسة ، بل يستطيع رب العمل بعد أن تقدم له المقايسة ألا يقبل إبرام عقد المقاولة ، إما لأن المقايسة لا ترضيه ، وإما لأنه قد عدل عن المشروع الذى كان يعتزم تنفيذه ، وإما لغير ذلك من الأسباب[1] . بل هو لا يكون مسئولا عن تعويض المقاول عما أنفقه من وقت وجهد فى عمل المقايسة ما لم يتفق معه على غير ذلك ، إذ المفروض أن المقايسة عمل ابتدائى يمهد لإبرام عقد المقاولة ، دون أن يقيد رب العمل بإبرام العقد ، ودون أن يكلفه ذلك نفقة إذا رأى ألا يبرم المقاولة[2] . كذلك إذا اتفق رب العمل مع المهندس على أن يضع له تصميما ، فوضع

---

(١) بيدان ١٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٠٢ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ – باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دى پالية ١٩١٢ – ٢ – ٢١٠ ، ويقال فى تبرير ذلك إن المقاول تاجر وإنه يدخل فى حساب نفقاته العامة مصروفات المقايسات التى يقدمها ولا تنتهى إلى تعاقد ، وهذه النفقات العامة يراعيها فى التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه (السين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٣ – ٢ – ٨٩) . ولكن إذا تعسف رب العمل فلم يبرم عقد المقاولة تمتنا ، رجع عليه المقاول بتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء هذا التعسف . كذلك إذا رفض رب العمل التعاقد مع المقاول ، ولكنه استعمل المقايسة أو التصميم الذى قدمه المقاول ، فإن هذا الأخير يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب (دلفو فقرة ١٣٦ ص ١٢٤ وفقرة ١٣٧ ص ١٢٤ – ص ١٢٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذى وضع المقايسة مهندساً معمارياً بالاتفاق مع صاحب العمل ، فإنه يستحق أجراً عليها سواء أبرم رب العمل المقاولة أو لم يبرمها (انظر م ٦٦٠ مدنى – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٠ ص ١٥٨ – مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١١) .

التصميم لا يقيد رب العمل ولايلزمه بإبرام عقد المقاولة الذى يقوم على هذا التصميم حتى لو كان التصميم قد أعجبه ، فقد يعدل عن المشروع الذى يعتزم تنفيذه لأى سبب . ولكن التصميم فى ذاته عمل فنى ذو قيمة ، ويتكلف جهداً ووقتاً . بل إن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم ، ويمهد لعقد المقاولة الأصلى[1] . فإذا عدل رب العمل عن إبرام عقد المقاولة بعد وضع التصميم ، وجب عليه أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم الذى وضعه ، وإذا كان هناك اتفاق على هذا الأجر وجب دفع الأجر المتفق عليه ، وإلا وجب تقدير الأجر وفقاً للعرف الجارى . وتقول المادة ١/٦٦٠ و٢ مدنى فى هذا الصدد : « ١ — يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال : ٢ — فإن لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى

١٦ — **التعاقد بطريق المسابقة** : فى كل ما قدمناه كنا نفرض أن رب العمل تعاقد مع المقاول عن طريق المساومة فاختار مقاولا يثق فى كفايته وعهد إليه فى تنفيذ العمل المطلوب . ولكن يقع كثيراً أن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة(concours) . والذى يوضع فى المسابقة إما أن أن يكون التصميم اللازم للعمل المطلوب ، وإما أن يكون الأجر الذى يتقاضاه المقاول لتنفيذ عمل طبقاً لمواصفات معينة .

فى الحالة الأولى — وضع التصميم فى المسابقة — يدعو رب العمل عن طريق الإعلان فى الصحف أو بغير ذلك من طريق الإعلان كل من يريد الدخول فى المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب ، ويعين هذا العمل تعييناً كافياً . فيعلن مثلا عن مسابقة لوضع تصميم لبناء عمارة من عشرة أدوار تبنى

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٣ أبريل سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ٣ — ٨٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩١٠ — ٥ — ١٦ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ٣ — ١١٨ — السين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٣ — ٢ — ٨٩ — ٥ ديسمبر سنه ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ١٠٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١١ — ص ١١١٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣ — ص ٧٤ .

على مساحة ألف متر ، ويعين الأرض التى تبنى عليها العمارة كما يذكر الشروط التى يتطلبها فيها ، أووضع تصميم لبناء مدرسة أومسرح أومستشفى أومصنع أو غير ذلك من المنشآت . ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة فى المسابقة لاختيار أفضلها ، ويحدد جائزة للفائز من المتسابقين . وقد تكون الجائزة هى التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه ، بالشروط التى تكون قد ذكرت فى دفتر الشروط[1] . وقد يتحفظ رب العمل فيذكر فى إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقاولة مع الفائز من المتسابقين ، ولكنه فى هذه الحالة يعين جائزة للفائز فى المسابقة لمكافأته على جهوده فى وضع التصميم[2] . والمفروض أن رب العمل ، إذا لم يتحفظ فيبين أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز ، يكون ملزماً بالتعاقد معه . ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولايعتبر إيجابا ، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها ، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً . ووجب أن يتصل به قبول رب العمل . ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد ، فعند ذلك يعوض الفائز تعويضاً عادلا عن جهده ووقته ، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة[3] . أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد ، وامتنع رب العمل عن التعاقد ، فإنه يجب أن يعوض الفائز تعويضاً كاملا عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه ، فيتقاضى تعويضاً عن الخسارة التى تحملها وعن الكسب الذى فاته[4] . ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضى أن عقد المقاولة قد تم[5] ، وعند ذلك إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة ٦٦٣ مدنى ، فيعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٤ – أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٣ .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٤) أما غير الفائز من المتسابقين فلا يستحق تعويضاً (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٢) .

(٥) محمد لبيب شنب فقرة ٥٨ ص ٧٥ .

من الأعمال فى وضع التصميم وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذى وضع التصميم من أجله .

وفى الحالة الثانية – وضع الأجر فى المسابقة – يكون ذلك عن طريق المناقصة طبقاً لمواصفات وضمانات تدرج عادة فى دفتر الشروط . والمناقصة إما أن تكون مناقصة علنية (adjudication aux enchères publiques) ، يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علناً أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية . والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً[1] ، وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول ، فيتم عقد المقاولة برسو المناقصة (م٩٩ مدنى). وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات (soumissions) فى مظاريف مختومة (enveloppes cachetées) ، وفى اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء[2] مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدفتر الشروط[3] . وقد يحتفظ رب العمل بالحق فى ألا يلتزم بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء تقدم للمسابقة . وعند ذلك لا يكون ملزماً بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين[4] . فإذا لم

---

(١) ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة ، كأن يعين مثلا حداً أقصى للأجر . والمتقدم بالعطاء قبل تعيين الحد الأقصى يعتبر فائزاً إذا كان عطاؤه هو أقل العطاءات ، ولو كان يزيد على الحد الأقصى (السين ١٢ فبراير سنة ١٩٠٧ جازيت دى تريبينو ٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٤) . وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حداً أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات ، ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله كما لا يخفى ، ومن ثم إذا تقدم شخص بعطاء دون هذا الحد الأدنى فلم ترس عليه المناقصة لم يكن له حق فى الرجوع بشىء على رب العمل (محكمة صلح باريس ٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٤١٢ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٥) .

(٢) وإذا لم يعين رب العمل حداً أقصى للأجر الذى يجوز أن ترسو به المناقصة ، لم يجز أن يرفض أقل عطاء مهما كان مرتفعا (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٤ ص ١٠٨٠) .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى أول يونيه سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ – ٥ – ٦٤٥ – ١٠ يوليه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ – ٥ – ٦٨٩ – باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ – ٢ – ٧١ – ٥ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ – ٢ – ٥٩ – بلانيول وريپير وروايست ١١ فقرة ٩٢٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ .

(٤) باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ – ٢ – ٧١ – بلانيول وريپير وروايست ١١ فقرة ٩٢٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ ص ٧٦ .

يحتفظ بهذا الحق ، وجب عليه إرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء ، وهذا هو القبول كما قدمنا . فإن لم يفعل ألزم بتعويض الفائز تعويضاً كاملا[١]. أو جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العينى ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى مسابقة التصميم .

١٧ — الإثبات : وعقد المقاولة يخضع للقواعد العامة المقررة فى الإثبات. فيجوز إثباته بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، إذا لم تزد قيمة الأجر على عشرة جنيهات ، وإلا وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها[٢] .

وقد يجرى العرف بعدم الإثبات بالكتابة ، كما هى الحال فى العقد ما بين الطبيب والمريض[٣] .

وقد يثبت العقد بالإقرار ، والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة . فإذا

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٧٧٩ وفقرة ٨١٥ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٦ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٠ ص ١١١١ — فيجوز إثبات المقاولة ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، بالبينة أو بالقرائن . وقد قضى بأن الكتاب الموقع من رب العمل إلى المجلس البلدى بطلب أرض لازمة لإقامة بناء عليها ، ويشير فيه رب العمل إلى أنه كلف مهندساً معمارياً بوضع التصميم ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمهندس إثبات التعاقد مع رب العمل بالبينة وبالقرائن (الجزائر ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ — ٢ — ٥٠٤) . أما إذا لم يوقع رب العمل هذا الكتاب ، فلا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (السين ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ — ٢٠ — وانظر محمد لبيب شنب فقرة ٦٤ ص ٨٢ — ص ٨٣) .

وكذلك تسرى القواعد العامة فى إثبات الوفاء بالأجر أو بقسط منه (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٦ .

(٣) بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ — ويعتبر عرف ماجرى به بعض المهن من قبيل الموانع الأدبية التى تجيز الإثبات بالبينة وبالقرائن (الوسيط ٢ فقرة ٢٣٩ ص ٤٦٥) . فيجوز للطبيب أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبينة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة ، ولو زاد الأجر على عشرة جنيهات (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ — باريس ٥ مايو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٣٢) . وجرى العرف فى مقاولات الحياكة ألا تؤخذ كتابة على العميل أو على الحائك ، فتسرى القواعد المتقدمة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨) . وقد تقوم القرابة مانعاً أدبياً ، كللمهندس يتعاقد مع أحد أقربائه أو مع زوجته ، أما قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا يعتبر مانعاً أدبياً (كولمار ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٢٩ — ٢٧٥ — محمد لبيب شنب فقرة ٦٤ ص ٨٤) .

أقر رب العمل بعقد المقاولة ، وذكر فى إقراره أنه دفع الأجر ، فإنه لايصح أن يجزأ إقراره عليه ، وعلى المقاول أن يثبت أن الأجر لم يدفع[١] .

أما إثبات أن المقاول قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقاولة ، فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال[٢] .

وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة ، وهى حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره ، ولايجوز أن يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة مالم يكن العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة (م٦٥٨ مدنى) . وسيأتى بيان ذلك فيما يلى[٣] .

وإذا كان عقد المقاولة تجارياً ، فإنه يجوز طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن إثباته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، ولو زادت قيمة الأجر على عشرة جنيهات . وننتقل إلى بيان متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً .

١٨ — متى يكون عقد المقاولة مدنيا ومتى يكون تجاريا : هنا يجب التمييز بين عقد المقاولة من جانب رب العمل وهذا العقد من جانب المقاول . فعقد المقاولة من جانب رب العمل يكون فى العادة عقداً مدنياً[٤] . ذلك أن رب العمل يكون غالباً غير تاجر . فإذا تعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث ، أومع حائك لصنع ثوب ، أومع مقاول لبناء منزل[٥] ، فالعقد

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٨ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٧ .

(٣) انظر فقرة ٩٩ وما بعدها .

(٤) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤ .

(٥) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ وفقرة ٨٣١ — هيك ١٠ فقرة ٤١٨ — ليون كان ورينو ١ فقرة ١٣٧ مكررة — تالير فقرة ١٨ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ . وقد قضت محكمة النقض —

مدنى بالنسبة إلى رب العمل ، سواء ورد المادة من عنده أووردها المقاول : وإذا تعاقد شخص مع طبيب لعلاجه ، أومع محام للدفاع عنه فى قضية ،أومع مهندس لوضع تصميم ، أومع محاسب لمراجعة حساباته ، فالعقد أيضاً بالنسبة إلى رب العمل مدنى . وإذا كان رب العمل تاجراً ولكن المقاولة لم تتعلق بشؤ ن تجارته . كأن تعاقد مع نجار أوحائك أومقاول على صنع أثاث أوثوب أو بناء منزل ولكن لحاجاته الخاصة لا لأعمال تجارته ، أوتعاقد مع طبيب لعلاجه أومع محام للدفاع عنه فى قضية مدنية خاصة به ، فالعقد يكون هنا أيضاً مدنياً بالنسبة إليه بالرغم من أنه تاجر . فإذا كان رب العمل التاجرأبرم المقاولة متعلقة بشأن من شؤون تجارته ، كأن تعاقد مع مقاول لبناء مصنع له أو لترميم محل تجارته أولإصلاح آلة يستعملها فى صناعته ، أو نشر إعلاناً تجارياً[1] ، فإن عقد المقاولة يكون بالنسبة إليه فى هذه الحالة عقداً تجارياً طبقاً لنظرية التبعية لأعمال التجارة[2] . ويترتب على أن يكون عقد المقاولة تجارياً أنه يجوز إثباته عليه بجميع طرق الإثبات حتى لو كانت قيمة الأجر أكثر من عشرة جنيهات ، وأن القضية التى ترفع ضده فى شأن هذا العقد ترفع أمام المحاكم التجارية .

وعقد المقاولة من جانب المقاول يكون تارة مدنياً وتارة تجارياً . فهو مدنى إذا لم يعتبر عملا من أعمال التجارة . وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالا

= بأنه لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه فى إجراء أعمال زائدة عن المتفق عليه فى عقد المقاولة ، لأن المقاولة لا تعتبر عملا تجارياً بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

(١) أو كان رب العمل تاجراً يبيع الأثاث مثلا ، فتعاقد مع مقاول على صنع أثاث ليبيعه ، فإن عقد المقاولة يكون تجارياً حتى بالنسبة إلى رب العمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ١١٨٥) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٥ – هيك ١٠ فقرة ٤١٨ – ليون كان ورينو ١ فقرة ١٧١ – تالير فقرة ٥٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ – محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٣٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٣ – ولكن إذا تعاقد شخص مع مقاول على إقامة بناء وهو ينوى بعد أن يتم البناء أن يبيعه ابتغاء الكسب ، فإن العقد لا يكون تجارياً بالنسبة إلى رب العمل ، لأن التعامل فى العقارات لا يعتبر عملا من أعمال التجارة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ – عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨١٥) .

مدنية[١] ، فالطبيب إذا تعاقد مع المريض لعلاجه ، والمحامى إذا تعاقد مع عميله للدفاع عنه ، والمهندس إذا تعاقد مع شخص لوضع تصميم يريده هذا الأخير ، والرسام أو النحات إذا تعاقد مع عميل لعمل صورة أو لصنع تمثال ، فالعقد فى جميع هذه الأحوال يكون عقداً مدنياً حتى من جانب المقاول وهو صاحب المهنة الحرة ، وقد رأينا أنه يعتبر أيضاً مدنياً من جانب رب العمل[٢]. على أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية تستغرق كثيراً من نشاطه ، كالمهندس يضع التصميم والمقايسة ويشرف على العمل ويقوم هو نفسه بأعمال البناء فيورد المواد والآلات ويقدم العمال اللازمين ، ففى مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد ، ويعتبر تجارياً بالنسبة إلى المهندس[٣]. ويكون عقد المقاولة تجارياً بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملا من أعمال التجارة . فالنجار أو الحائك إذا تعاقد على صنع أثاث أو ثوب ، سواء ورد المادة من عنده أو لم يوردها ، هو تاجر يقوم بعمل من أعمال التجارة ، والعقد الذى يبرمه يكون عقداً تجارياً بالنسبة إليه[٤]. وصاحب المحلج يحلج القطن ، وصاحب المعصر يعصر البذرة ، وصاحب المطحن يطحن الحبوب ، وصاحب المصنع يصلح السيارة ، وصاحب المصبغة يصبغ الملابس ، كل هؤلاء تجار يقومون بأعمال تجارية ، والعقود التى يبرمونها فى هذا الشأن تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم[٥] . وأصحاب دور

---

(١) حتى لو كان أصحاب المهن الحرة يقومون بأعمالهم على سبيل التكرار وبمعاونة مساعدين مأجورين ، ذلك لأن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية ، ومن ثم فقصد الربح من هذه الأعمال ليس هو العنصر الغالب (چان ساڤاتييه رسالته فى المهن الحرة ص ١٨٩ – أكثم أمين الخولى الوسيط فى القانون التجارى طبعة سنة ١٩٥٦ فقرة ١١٤ ص١٢٩– محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤) .

(٢) إلا إذا كان رب العمل احترف التجارة ، وقصد إعادة بيع النتاج الفنى كلوح التصوير والتماثيل (محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٥١ ص ٥٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤) .

(٣) چان ساڤاتييه رسالته فى المهن الحرة ص ١٩١ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص٥٤– ص ٥٥ .

(٤) محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٥٥ ص ٥٥ – محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٧٩ ص ٧٨ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

(٥) مصطفى كمال طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٣ ص ١٠٤ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

سيما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص ، كل هؤلاء عندما يتعاقدون مع عملائهم يبرمون عقود مقاولة تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم ،وهى عقود مدنية بالنسبة إلى العملاء[١] . والمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أومصنع ، أو على ترميم منزل ، أو على إنشاء طريق أو جسر ، أو على حفر ترعة ، أومصرف ، أوعلى مد سكة حديدية ، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات ، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقـداً تجارياً وذلك سواء ورد المواد من عنده أووردها رب العمل[٢] . ويترتب على أن العقد يكون تجارياً بالنسبة إلى المقاول أنه يجوز إثباته عليه بجميع الطرق ولو كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات ، وأنه إذا رفعت قضية ضده فى شأن هذا العقد كانت القضية من اختصاص المحاكم التجارية[٣] .

المبحث الثانى

شروط الصحة

١٩ — الأهلية وعيوب الإرادة : شروط صحة المقاولة هى شروط

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٦ – مصطفى كامل طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٩ ص ١١٤ – أكثم أمين الخولى فى القانون التجارى سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠٢ ص ١١٠ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٦ .

(٢) الزقازيق ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٩٨ ص ١٦١ – طنطا ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٦ ص ١١٧ – نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٢٤٦ – مصطفى كامل طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٨٠ ص ١١٦ – أكثم أمين الخولى فى القانون التجارى سنة ١٩٥٦ فقرة ٩٨ ص ١٠٤ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٦ – انظر عكس ذلك وأن العقد يكون مدنياً إذا لم يورد المقاول مواد البناء من عنده بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ١١٨٥ – محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٨٢ ص ٨٣ .

(٣) هذا من ناحية الاختصاص النوعى . والمقاولة – سواء كانت عقداً تجارياً أوعقداً مدنياً – تكون من ناحية الاختصاص المحلى من اختصاص المحكمة التى فى دائرتها أبرمت المقاولة أو نفذت متى كان فيها موطن المدعى ، كما تكون من اختصاص المحكمة التى فى دائرتها موطن المدعى عليه . وتنص المادة ٦٣ مرافعات على أنه « فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وأجور المساكن وأجور العمال والصناع ، يكون الاختصاص للمحكمة التى فى دائرتها تم الاتفاق أو نفذ متى كان فيها موطن أحد الخصوم » .

صحة أى عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضى من عيوب الإرادة: فإذا كان التراضى صادراً من ناقص الأهلية أو كان معيباً بعيب من عيوب الإرداة ، كانت المقاولة قابلة للإبطال ، فإذا أبطلت اعتبرت كأن لم تكن ، ويصفى المركز بين رب العمل والمقاول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .

ونتكلم فى المسألتين اللتين تتضمنهما شروط الصحة : (١) الأهلية فى المقاولة . (٢) عيوب الرضاء فى المقاولة .

المطلب الأول

الأهلية فى المقاولة

٢٠ — المقاولة من عقود التصرف أو هى فى حكمها : المقاولة عقد يلزم رب العمل بدفع الأجر ، فهى من هذه الناحية من عقود التصرف . وهى تلزم المقاول بتقديم عمله وبتقديم المادة التى يستخدمها أو بتقديم عمله فقط ، وهى حتى فى هذه الحالة الأخيرة تكون فى حكم عقود التصرف . ونستعرض ذلك من ناحية أهلية رب العمل ، ثم من ناحية أهلية المقاول .

٢١ — أهلية رب العمل : رب العمل يلتزم بدفع الأجرة ، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من أعمال التصرف . فيجب إذن أن يتوافر رب العمل على أهلية التصرف ، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية عليه . فالقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة ، ليس أهلا لإبرام عقد المقاولة بصفته رب عمل ، وإذا أبرم العقد كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته . ولا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المقاولة باسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف كما قدمنا ، وإذا أراد أن يستغل مال القاصر فى بناء عمارة مثلا وجب أن يحصل على إذن من المحكمة فى ذلك .

ولكن قد تكون المقاولة من جانب رب العمل من أعمال الإدارة ، كما رأينا فى الاستئجار من جانب المستأجر [١] . فالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله [٢] ، والعقد الذى يبرمه مع نجار

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٨٧ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩١ — محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨١ .

أو حائك لصنع الأثاث الضرورى لسكنه أو لصنع ثوب يلبسه ، كل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ، ويكفى فيها أن يتوافر رب العمل على أهلية الإدارة . ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له فى الإدارة أن يبرم عقد المقاولة فى هذه الأعمال بصفته رب عمل ، كما يجوز ذلك لنائب القاصر أو المحجور دون حاجة للحصول على إذن . وهذا هو أيضاً حكم الترميمات الكبيرة إذا كانت ضرورية لحفظ الشيء[1].

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 التصرف ، فلا يملكه إلا البالغ الرشيد ، ولا يملكه القاصر أو المحجور ، وكذلك لا يملكه نائب القاصر أو المحجور إلا بعد الحصول على إذن [2] كما سبق القول .

٢٢ — أهلية المقاول : والمقاولة من جانب المقاول تعتبر أيضاً فى حكم أعمال التصرف ، فهو إذا التزم بتقديم المادة مع العمل ، فإنه يتصرف فى المادة ويكون بمثابة البائع لها . وحتى لو التزم بتقديم العمل وحده دون المادة ، فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة ، وقد يصبح مسئولا بموجب عقد المقاولة عن تعويض رب العمل عما يلحقه به من أضرار . فتعاقده إذن يدور بين النفع والضرر . ومن ثم يجب فى الأصل أن تتوافر فى المقاول ، هو أيضاً ، أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً . فإذا كان قاصراً أو محجوراً لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة ، لم يجز له أن يبرم عقد مقاولة ، وإذا فعل كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته[3] .

على أنه إذا كان المقاول صانعاً صغيراً ، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نحو ذلك ، فيمكن القول إنه يستطيع أن يكسب عيشه من صنعته حتى لو كان

---

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٢ .

(٤) محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨٢ .

(٥) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٢ — وتنص المادة ٦٢٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ولا يكون هذا التراضى صحيحاً إلا إذا كان المتعاقدون أهلا للالتزام . أما المحجور والقاصر فيلزمهما أن يعملا تحت إشراف الذين وضعا تحت ولايتهم أو أن يحصلا على إجازة منهم » .

قاصراً ، فيكون أهلا لإبرام عقود المقاولة المألوفة الداخلة فى صنعته[١].

ويقرب من الأهلية الواجب توافرها فى المقاول[٢] ما جاء فى قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ الصادر فى ٢٠ يوليه سنة ١٩٦١ والمعدل بقرار صدر فى سنة 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 الأعمال التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة العمليات ، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى » .

---

(١) ويقاس عقد المقاولة على عقد العمل الذى ورد فى شأنه نص صريح ، إذ تقضى المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال بأن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة » . والأجر الذى يتقاضاه القاصر ، يكون هذا أهلا للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة ، تطبيقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال ، وهى تنص على أن « يكون القاصر الذى 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 ، يخصص 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 « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » .

(٢) وإن كان ليس من أهلية الأداء ولا من أهلية الوجوب (قارن محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص ٧٨ وص ٧٩) ، بل هو منع من التعامل بموجب نص تشريعى ، كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع المريض مرض الموت من بيع ماله إلا فى حدود معينة (انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٤٧) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك مقاولات وأشغالا عامة إذا توافرت فيها شروط معينة لا يجوز أن يكون مقاولا فيها إلا الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها . فالأفراد والشركات الخاصة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها ، كل هؤلاء — وتمكن تسميتهم بمقاولى القطاع الخاص — ممنوعون من أن يدخلوا مقاولين فى مقاولات أو أشغال عامة للحكومة أو للمؤسسات العامة أو للشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال إلا بقرار من رئيس الجمهورية .

بقى استعراض الشروط الواجب توافرها فى المقاولات حتى يقوم هذا المنع ، وهى شرطان : (١) شرط يرجع إلى رب العمل ، وهو أن يكون رب العمل فى هذه المقاولات هو الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال . فهذه مقاولات للمصلحة العامة دخل ظاهر فيها ، إذ هى مقاولات للحكومة أو لشخص معنوى عام أو فى القليل لشركة تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة كبيرة تبلغ ٢٥٪ من رأس المال على الأقل . (٢) وشرط يرجع إلى قيمة المقاولة ، وهو أن تكون هذه القيمة تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه . فإذا كانت المقاولة لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه فالمنع لا يقوم ، ويستطيع مقاولو القطاع الخاص أن يدخلوا مقاولين فيها دون قرار من رئيس الجمهورية . وكذلك لا يقوم المنع لو أن المقاولة تزيد على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ولكنها مقاولة لا يكون رب العمل فيها هو الحكومة أو مؤسسة عامة أو شركة مختلطة (للحكومة أو لمؤسسة عامة ٢٥٪ من أسهمها) ، وإنما يقوم المنع إذا اجتمع الشرطان معاً كما سبق القول . ويلاحظ بالنسبة إلى القيمة أمران : (الأمر الأول) أن تكون قيمة المقاولة جميعها حتى لا يقوم المنع لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه ، فإن زادت قام المنع حتى لو جزئت المقاولة إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه وعهد بها جميعاً إلى مقاول واحد ، فإن ذلك يكون تحايلا على القانون ، وتكون العبرة بمجموع قيمة المقاولة لا بقيمة كل جزء منها ، فيقوم المنع . (الأمر الثانى) ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات فى السنة الواحدة ، حتى لا يقوم المنع ، على ما قيمته ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، سواء

عهد إليه بها من جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة . فإن دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولا فى مقاولتين للحكومة ، أو فى مقاولة للحكومة ومقاولة لمؤسسة عامة ، أو فى مقاولتين لمؤسسة عامة ، أو فى مقاولتين لشركة مختلطة ، أو فى أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات ، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على ١٠٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، ووجب الحصول على قرار من رئيس الجمهورية . وفى حساب مجموع هذه المقاولات ، تدخل كل مقاولة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت . فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقاولة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته ٥٠٠٠٠ جنيه فيكون مجموع قيمة المقاولة ١٠٠٠٠٠ جنيه[١] ، وحصل فى السنة نفسها على مقاولة من شركة مختلطة قيمتها ٢٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه . ولكن يجوز أن يعهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها ١٠٠٠٠٠ جنيه ولا يتمها فى السنة التى حصل فيها عليها ، ثم يعهد إليه فى السنة التالية بمقاولة أخرى قيمتها ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، فينفذ فى هذه السنة التالية عمليات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، المقاولة الجديدة وبقية المقاولة القديمة . إذ المحظور هو أن يبرم المقاول فى السنة الواحدة مقاولات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، لا أن ينفذ مقاولات تزيد على هذه القيمة[٢] .

والمنع ليس مطلقاً ؛ إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية . فإذا لم يحصل المقاول على هذا القرار ، كانت المقاولة التى زادت بها قيمة المقاولات على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للقانون . فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها ٧٠ ٠٠٠ جنيه ، ثم عهد إليه فى السنة نفسها بمقاولة قيمتها ٥٠ ٠٠٠ جنيه ، كانت المقاولة الثانية دون الأولى هى الباطلة .

---

(١) ويكفى أن يعهد إليه بالجزئين فى نفس السنة ، حتى لو أنه كان ينفذ كل جزء فى سنة على حدة .

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص ٧٩ .

المطلب الثانى

عيوب الرضاء فى المقاولة

٢٣ — تطبيق القواعد العامة : يكون الرضاء فى عقد المقاولة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وعقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود فى عيوب الرضاء .

على أن الغلط فى عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية ، لاسيما الغلط فى شخص المقاول أو الغلط فى الحساب .

٢٤ — الغلط فى شخص المقاول : الأصل أن الغلط فى شخص المقاول لا تأثير له فى صحة العقد . ولكن قد يكون شخص المقاول ملحوظاً ومحل اعتبار عند رب العمل . ويقع ذلك عادة فى عقود المهن الحرة ، فالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معمارى أو محاسب أو رسام إنما اعتبرت فيه شخصية هؤلاء. وفى غير المهن الحرة قد يكون لشخصية المقاول اعتبار فى التعاقد ، ففى مقاولات الإنشاءات الكبيرة مثلا يتوخى رب العمل مقاولا موثوقاً به يعتمد على كفايته وأمانته . وقد أشارت نصوص القانون إلى حالات تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار ، فنصت المادة ١/٦٦١ مدنى على أن « يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن ، إذا لم يمنعه ذلك شرط فى العقد ، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . ونصت المادة ٦٦٦ مدنى فى صدرها على أن « ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد » .

فى الحالات التى يكون فيها شخص المقاول محل اعتبار فى العقد ، يكون الغلط فيه سبباً لقابلية عقد المقاولة للإبطال . فإذا تعاقد المريض مع جراح متوهماً أنه جراح معين بالذات ، فظهر أنه غلط فى شخصه وأنه جراح آخر ، كان من حق المريض أن يطلب إبطال عقد المقاولة للغلط .

٢٥ — الغلط فى الحساب وغلطات القلم : تنص المادة ١٢٣ مدنى على أنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فالغلط فى الحساب يقع فى بعض الأحيان عقد المقاولة . فنى المقايسة التى يقدمها المقاول وهى تشتمل على تفصيل المواد وأجزاء العمل والأسعار كما قدمنا ، قد يغلط المقاول فى حساب بعض من ذلك ، كأن يذكر مثلاسعر المتر المكعب فى إحدى عمليات البناء وعدد الأمتار الكعبة ، وعندما يضرب سعر المتر فى عدد الأمتار يغلط فى الحساب إلى أعلى لمصحلته أوإلى أدنىلمصلحة رب العمل . فنى الحالتين تكون المقاولة صحيحة ، وإنما يصحح الحساب ، فيخفض أو يرفع إلى الرقم الصحيح .

وقد يقع فى المقايسة غلطة القلم ، كأن ينقل رقم من صفحة إلى صفحة أخرى مغلوطاً ، فنى هذه الحالة يصحح الغلط ويعتد بالرقم الصحيح[1] .

---

(١) أما طلب إعادة عمل حساب المقاولة من جديد ، بعد عمل المقاس والحساب النهائى واعتماد كل ذلك ، فلا يجوز . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً فىالأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل ، أومتى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة إلىأخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها مادام عملا متفقاً عليه فى أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا 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 فى القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسى ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين (نقض مدنى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) .

وإذا اعتمد المقاس والحساب ، ولم يقع فى ذلك غلط مادى ، فلا يجوز الطعن فى الحساب المعتمد بدعوى الغلط المحسوس المبطل للعقد . وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ مدنى (قديم) لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين فى مقاولة من المقاولات متى كانت فى حقيقتها ليست سوى دعوة لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد . ولكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقاس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التى قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية . أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية ، بل هى منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها . ثم إن معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس المذكور يقتضى حتماً أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشىء المرضى عنه ، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى . فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة ، بل ادعى أنه استكره على التوقيع ، وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلقة ، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شىء من الحساب ، بل هو مرتبط به تمام

الفرع الثانى

المحل فى المقاولة

٢٦ — مبحثان : قدمنا أن المحل فى عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذى تعهد بدفعه للمقاول . فنتكلم ، فى مبحثين متتاليين ، فى العمل والأجر .

المبحث الأول

العمل فى المقاولة

٢٧ — تطبيق القواعد العامة : لم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن فى المقاولة ، فوجب تطبيق القواعد العامة ، سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى العمل أوفيما يتعلق بأنواع العمل .

٢٨ — الشروط الواجب توافرها فى العمل : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هى أن يكون العمل ممكناً ، وأن يكون معيناً أوقابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعاً (١) .

فيجب أولا أن يكون العمل ممكناً ، لأنه لا التزام بمستحيل . وقدنصت المادة ١٣٢ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته ، كان العقد باطلا » . والمقصود بالاستحالة هى الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون العمل مستحيلا فى ذاته ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى المقاول فحسب . فقد يلتزم المقاول بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه ، فى هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد

= الارتباط ، ودعواه غير جائزة السماع (نقض مدنى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١٤ .

المقاولة ، ويكون المقاول مسئولا 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 كيماوى أن يستخلص من معادن خسيسة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية ، فقد اختل شرط الإمكان فى العمل ، وكانت المقاولة باطلة . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى أنها ترجع لا إلى طبيعة العمل بل إلى سبب فى القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض[1] . وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية فيما قدمناه ، تمنع من انعقاد المقاولة لاختلال شرط من شروط المحل[2] .

ويجب ثانياً أن يكون العمل معيناً أو قابلا للتعيين . فيكون العمل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تبييناً كافياً ، بحيث يتعين العمل ولا يدخل فى ذلك لبس أو غموض . فإذا كان التعاقد على عملية جراحية ، ذكر نوع العملية وأصول الطب كفيلة بتعيين العملية بعد ذكر نوعها . وإذا كان التعاقد على ترميمات ، ذكر الشيء الواجب ترميمه والترميمات المطلوب القيام بها ، وإذا لم تذكر كان الواجب القيام بجميع الترميمات التى يحتاج إليها الشيء . وإذا كان التعاقد على بناء ، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له (plans) وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعمارى من مشروع ابتدائى (avant projet) ورسوم نهائية تفصيلية . ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط (cahier des charges) ، لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها . ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة (devis) ، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية (devis descriptif)، وتبين كذلك ثمن المواد كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية (devis estimatif). ويغنى عن المقايسة التقديرية قائمة

---

(١) هذا إذا اعتبرنا التعاقد مع المحامى مقاولة لا وكالة ، والواقع أن التعاقد مع المحامى مزيج من المقاولة والوكالة وعنصر الوكالة هو الغالب كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها) . وسنورد فى الوكالة (انظر ما يلى فقرة ٢٣٢) نفس هذه الأمثلة لاستحالة المحل ، على أن التعاقد مع المحامى وكالة جرياً على العنصر الغالب .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٩ – فقرة ٢٢٠ .

بالأثمان (bordereaux des prix) تبين الأثمان بالتفصيل ، بحيث يستخلص من هذه القائمة تكاليف عمليات البناء المفصلة فى المقايسة الوصفية . وهذه ثائق الثلاث – التصميمات ودفتر الشروط والمقايسة – تلحق بعقد المقاولة ته ، وهو الذى يتضمن الاتفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول بجميع عناصره ، كما يشتمل على شروط التنفيذ من مدة وجزاءات وأقساط موقتة وتسوية نهائية واختصاص فى حالة النزاع أو قبول للتحكيم وغير ذلك من الشروط التى يتفق عليها المتعاقدان [1] . وإذا لم يكن العمل معيناً على النحو السالف الذكر ، وجب أن يكون على الأقل قابلا للتعيين . فيصح التعاقد على بناء مدرسة تشتمل على كذا فصلا ، ويسع كل فصل كذا تلميذاً مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة . كما يصح الاتفاق على بناء مستشفى يشتمل على كذا سريراً ، وكذا حجرة ، مع المرافق اللازمة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمسارح والمطاعم والفنادق والمنازل الشعبية ، وما إلى ذلك من الأعمال التى تحتوى على عناصر تقديرها بحيث تكون قابلة للتعيين [2] .

ويجب ثالثاً وأخيراً أن يكون العمل مشروعاً . فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب ، كانت المقاولة باطلة . فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار ، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب

---

(١) فتحى غيث فى قانون المهندس سنة ١٩٦٠ ص ٤٩ – ص ١١٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٩ – وهذه الوثائق يكمل بعضها بعضاً . فإذا وجد خلاف بينها ، وجب التوفيق ، فإن تعذر ، وكان الخلاف بين دفتر الشروط والمقايسة التقديرية ، وجب تغليب دفتر الشروط (مجلس الدولة الفرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٣ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩٣ ص ٦٣٨) . وإذا وقع الخلاف بين المقايسة التقديرية وقائمة الأثمان ، وجب تغليب قائمة الأثمان (مجلس الدولة الفرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨٤ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٨٤ ص ٤٧٦) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المكتوبة فى العقد والرسومات ، وجب تغليب الشروط المكتوبة فى العقد ، أو بين الرسومات بعضها مع بعض ، وجب تغليب الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاساً (فتحى غيث فى قانون المهندس ص ٥٥) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة باليد ، وجب تغليب الشروط المكتوبة باليد (مجلس الدولة الفرنسى أول مايو سنة ١٨٩١ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩١ ص ٣٣٧) – وانظر محمد لبيب شنب فقرة ٤٩ ص ٦٢ .

(٢) فإذا لم يكن العمل معيناً أو قابلا للتعيين ، كالاتفاق على إقامة بناء دون تحديد نوعه وأوصافه ، كانت المقاولة باطلة (الوسيط ١ فقرة ٢٢٢ ص ٣٨٨) .

مسجون [١]، أوإدخال الحشيش والمخدرات أو تهريب البضائع من الجمرك ، أوصنع الأسلحة الممنوعة ، أوارتكاب جريمة[٢] .

٢٩ — أنواع العمل : قدمنا عند الكلام فى تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة[٣] أن العمل الذى يؤديه المقاول يتنوع من مقاولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً . فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلا بشىء معين ، وقد يكون هذا الشىء غير موجود والمقصود من المقاولة إيجاده ، بمادة يوردها المقاول من عنده أويوردها رب العمل ، وقد يكون الشىء موجوداً فعلا وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل المقاول على هذا الشىء الموجود، وقد يكون العمل غير متصل بشىء معين بل هو مجرد عمل ، كالنقل والطبع والنشر والإعلان والعلاج والتدريس . ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقاولة من مقاولة صغيرة إلى مقاولة 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 . وسنتناول طائفة من هذه المقاولات تفصيلاعند الكلام فى بعض أنواع المقاولة .

ونضيف هنا إلى ما تقدم أن الأعمال التى ترد عليها المقاولة إما أن تكون أعمالا مادية ، وإما أن تكون أعمالا عقلية . فالأعمال المادية مثلها الإنشاءات

---

(١) ويجوز مع ذلك الاتفاق على تهريب أسير من أسرى الحرب ، وقد قضى بأن يعتبر عقد مقاولة العقد الذى تبرمه زوجة أسير من أسرى الحرب فى ألمانيا مع شخص لتهريب زوجها ، فإذا لم يتفق على أجر عينت المحكمة الأجر الواجب دفعه ، ويعتبر الزوج الأسير الذى رضى بالهرب قد أجاز تعاقد زوجته ، ويكون مسئولا معها بالتضامن عن الأجر (نانسى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ - ١ - ١٤٢) . انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٤ ص ١٥٠ هامش ٤ .

(٢) وقد نصت المادة ٦٢٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ويكون باطلا على وجه مطلق أيضاً كل اتفاق موضوعه : أولا — الأمور المستحيلة مادياً . ثانياً — تعليم الأعمال السحرية الخفية والأعمال المخالفة للقانون أوالآداب أو النظام العام أو إجراء الأعمال المذكورة » .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩ .

المختلفة من مبان وجسور وترع ومصارف وخزانات وسدود وهذه هى المقاولات الكبيرة ، ومثلها أيضاً صنع أثاث أوثوب أوتصليح مواسير أو ترميم منزل أو نشر أوإعلان وهذه هى المقاولات الصغيرة . والأعمال العقلية تكون بدورها إما أعمالا قانونية كما فى التعاقد مع المحامى ووكيل الأشغال ، وإما أعمالا فنية كما فى التعاقد مع طبيب أومع مهندس معمارى لوضع تصميم وللإشراف الفنى على تنفيذ العمل أومع محاسب لمراجعة حسابات معينة أومع رسام لرسم صورة أومع نحات لصنع تمثال[١] .

كذلك تنقسم الأعمال إلى أعمال عامة وأعمال خاصة . فالأعمال العامة هى التى تتعلق بالمرافق العامة والأشغال العامة والنقل ، والأعمال الخاصة هى التى تتعلق بالأفراد والشركات التى لا تساهم فيها الحكومة أوالمؤسسات العامة[٢] .

المبحث الثانى

الأجر فى المقاولة

٣٠ — الأمر كذلك فى عقد المقاولة : الأجر هو المال الذى يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه :

فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل . ويشترط فيه ، كما يشترط فى أى محل للالتزام ، أن يكون موجوداً ومعيناً أوقابلا للتعيين[٣] ومشروعاً . أما المشروعية فلاجديد يقال فيها ، وشأن الأجر فى ذلك هو شأن العمل[٤] . بقى الوجود والتعيين .

فالأجر لابد من وجوده فى عقد المقاولة ، وإلا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر مقاولة ، بل يكون عقداً غير مسمى . ويلاحظ أن الأجر ، وإن كان ركناً فى المقاولة ، إلا أنه لا يشترط ذكره فى العقد ولا أن يحدده المتعاقدان ،

---

(١) بلانيول وريبير و. واست ١١ فقرة ٩١٤ .

(٢) بلانيول وريبير وواست ١١ فقرة ٩١٣ .

(٣) وتنص المادة ٦٣٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب أن يكون البدل معيناً أو قابلا للتعيين » .

(٤) ويلاحظ أن أجر المحامى لا يصح أن يكون جزءاً من الحق المتنازع فيه ، إذ الأجر فى هذه الحالة يكون غير مشروع بموجب نص صريح فى القانون (م ٤٧٢ مدنى) .

فإذا لم يحدداه تكفل القانون بتحديده كما سنرى وتبقى المقاولة صحيحة[١]. وهذا بخلاف التراضي والعمل ، فهما ركنان فى المقاولة لا شأن للقانون بتحديدهما ، فإذا لم يتوافرا فى العقد كانت المقاولة باطلة . ولكن يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها ، وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا للأجر أصلا بل سكتا عنه وهنا تكون المقاولة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الأجر على الوجه الذى سنبينه .

أما تعيين الأجر ، فيتناول الكلام فيه مسألتين : (١) جنس الأجر ؛ (٢) تقدير الأجر .

٣١ — جنس الأجر : والأصل فى الأجر أن يكون نقوداً ، وقد يكون مقسطاً أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك .

ولكن لا شىء يمنع من أن يكون الأجر غير نقود ، كما هو شأن الأجرة فى عقد الإيجار ؛ فقد يكون أسهماً أوسندات أو مقادير معينة من البضائع كالغلال والقطن أوبيتاً أوأرضاً أوسيارة أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار . بل يصح أن يكون الأجر عملا ، فيتعاقد محام مع مقاول على أن يبنى له داراً فى مقابل أن يترافع المحامى فى بعض قضايا المقاول ، وهنا تكون المقاولة مقايضة عمل بعمل[٢] .

---

(١) ويكفى أن العمل المعهود به إلى المقاول ماكان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، حتى يفترض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على وجود الأجر ، أما مقدار الأجر فيحدده القانون كما سنرى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل الموصى بصنعه ماكان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حذف النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥ فى الهامش) .

وتنص المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « يقدر اشتراط الأجر أو البدل فى الأحوال الآتية — ما لم يقم الدليل على العكس : أولا — عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل . ثانياً — إذا كان العمل داخلا فى مهنة من يقوم به . ثالثاً — إذا كان العمل تجارياً و قام به تاجر فى أثناء ممارسته تجارته » .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٥٣ .

ولكن الذى يقع فى العادة أن يكون الأجر فى المقاولة نقوداً[١] .

٣٢ — تقدير الأجر : الأصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الأجر ، وقد يحددانه بموجب مقايسة على أساس الوحدة (marché sur devis)، أو يحددانه أجراً إجمالياً على أساس تصميم متفق عليه (marché à forfait) .

وتحديد الأجر على أساس الوحدة يقتضى عمل مقايسة تبين الأعمال المطلوبة تفصيلا ، والمواد التى تستخدم فى هذه الأعمال ، وأجر وحدة العمل ، وسعر المواد المستخدمة . فيذكر فى المقايسة مثلا 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 المقاولة على أساس وحدة القياس (marché à l'unité de mesure) . 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 . ومزية هذه الطريقة أنها لا تغبن رب العمل ولا تغبن المقاول . فرب العمل يدفع أجراً والمقاول يتقاضاه بمقدار ما تم فعلا . ولكن الأجر لا يعرف مقداره مقدماً عند إبرام عقد المقاولة ، 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 (marché sur prix de série). 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 للأعمال الصحية الخ ، وهذه التعريفة تسمى فئات الأثمان (série de prix) . وعندما يتم المقاول الأعمال ، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها ، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقاولة . وهذه الطريقة أكثر إمعاناً من طريقة المقايسة فى ترك الأجر غير معروف المقدار إلى نهاية تمام الأعمال ، فى طريقة المقايسة يمكن تقدير الأجر مقدماً على وجه التقريب ،

---

(١) ويذهب بوتييه (٤ فقرة ٤٠٠ ص ١٣٦) إلى أن الأجر يجب أن يكون نقوداً ، وإلا كانت المقاولة عقداً غير مسمى .

أما فى طريقة فئات الأثمان فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل[١] .

لذلك كثيراً ما يلجأ رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالى (marché à prix fait, marché à forfait, marché en bloc) . فيتفق مع المقاول على مبلغ إجمالى يقدر مقدماً عند إبرام المقاولة، فيوضع التصميم لبناء مثلا — عمارة من كذا دوراً وكذا شققاً وكذا دكاكين وجراجات الخ — على أن يكون الأجر الإجمالى هو عشرون ألفاً أو ثلاثون ألفاً من الجنيهات . ومزية هذه الطريقة لرب العمل أنه يعرف مقدماً عند إبرام المقاولة مقدار الأجر الذى يلتزم بدفعه للمقاول ، وفى هذا مدعاة للاطمئنان والاستقرار . ولكن عيب هذه الطريقة أن المقاول يحاول عادة أن يقتصد فى تكاليف الأعمال ليكون ربحه أكبر ، ويكون ذلك على حساب جودة العمل أو على حساب جودة المواد التى يستخدمها . وقد لا يستطيع المقاول الاقتصاد فى التكاليف ، وترتفع الأسعار فى أثناء تنفيذ المقاولة أو ترتفع أجور العمال[٢] ، فيتحمل تبعة كل ذلك لأن أجره الإجمالى محدد مقدماً لا يزيد بارتفاع الأسعار أو بارتفاع أجور العمال — إلا فى حالة الظروف الطارئة كما سنرى — فتعود المقاولة عليه بالخسارة[٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٠ — ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ ٤٣ ص ١٩٦ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٧ . وسنرى أن المهندس المعمارى يستحق أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأجراً آخر عن الإشراف على التنفيذ (م ٦٦٠/١ مدنى) . وقد يحدد هذا الأجر مقدماً بمبلغ إجمالى ، وقد يحدد تبعاً لقيمة الأعمال فلا يعرف مقداره إلا عند تمام العمل . وإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى (م ٦٦٠/٢ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فيما يلى (انظر فقرة ١٠٨ — فقرة ١٠٩) .

(٢) وقد يكون الدافع إلى قبول أجر إجمالى منخفض حتى يحصل على المقاولة ، لاسيما إذا كان ذلك نتيجة مسابقة دخل فيها وعرض عطاء منخفضاً حتى ترسو المناقصة عليه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥ — ص ٤٠٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦ — بيدان ١٢ فقرة ١٨٥ ص ٢٠١ — دى باج ٤ فقرة ٨٦٧ ص ٨٨٣ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٤ ص ١١١٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٨ ص ٤٨١ — ص ٤٨٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٤ ص ٦٦ .

وقد تكون نصوص المقاولة غامضة هل هى بأجر إجمالى أو هى بسعر للوحدة ، فقاضى الموضوع هو الذى يبت فى هذه المسألة بعد أن يرجع إلى نصوص المقاولة وظروفها، دون رقابة —

وقد لا يعرض المتعاقدان لتحديد مقدار الأجر أصلا ، فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار كما سبق القول . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » . وسيأتى تفصيل البحث فى ذلك عند الكلام فى التزام رب العمل بدفع الأجر[1] .

= عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ -١- ٤١٥ -١٩ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ - ١ - ٤٦٧ - أول فبراير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤- ١ - ٣٦٠ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ - ١- ٤٩٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت دى تريبينو ٢٨ فبراير سنة ١٩١٥ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٥٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦) .

(١) انظر مايل فقرة ٩٠ .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على المقاولة

٣٣ — التزامات المقاول والتزامات رب العمل : يترتب على عقد المقاولة أن تنشأ التزامات فى جانب المقاول ، والتزامات مقابلة فى جانب رب العمل . وقد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض الأعمال المعهود بها إليه ، أو لإنجاز جميع هذه الأعمال .

فنتكلم فى التزامات المقاول ، ثم فى التزامات رب العمل ، ثم فى المقاولة من الباطن .

الفرع الاول

التزامات المقاول

٣٤ — التزامات المقاول : يلتزم المقاول نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة :

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

(٢) تسليم العمل بعد إنجازه .

(٣) ضمان العمل بعد تسليمه .

المبحث الأول

إنجاز العمل

٣٥ — الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل والجزاء على الاخلال بهذا الالتزام : الالتزام الرئيسى الذى يترتب فى ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمل ، وهذا الالتزام ينطوى على واجبات يتعين على المقاول أن يقوم

بها . فإذا أخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذى يرتبه القانون على هذا الإخلال .

المطلب الأول

الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل

٣٦ — بيان هذه الواجبات : حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزامه من إنجاز العمل ، يجب عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة ، وأن يبذل فى إنجازه العناية اللازمة ، سواء قدم المادة من عنده أوقدمها له رب العمل ، فيكون مسئولا عن خطئه وعن خطأ تابعيه ، وعليه أخيراً أن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة . فهذه طائفة من المسائل نستعرضها فيما يلى :

٣٧ — طريقة إنجاز العمل — نص قانونى : يجب على المقاول أن ينجز لعمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة ، وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد[١] ، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر[٢].

فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف ، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول . فلصناعة البناء أصول معروفة ، وللنجارة والحدادة والسباكة والحياكة والرسم والتصوير والنحت أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها فى العقد . ولصناعة الطب وصناعة المحاماة والهندسة والمحاسبة والطبع والنشر وغير ذلك من الأعمال التى يصح أن تكون محلا لعقد المقاولة أصول وتقاليد وعرف يجب على المقاول أن يلتزمها فى إنجازه للعمل المعهود به إليه .

فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التى

---

(١) وتنص المادة ٦٣٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « إن المؤجر يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها إذا كانت صريحة ، ولم يكن لديه سبب كاف فى عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ، ولم يكن ثمة خطر فى التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٠ .

تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها ، وأثبت رب العمل ذلك ، كان المقاول مخلا بالتزامه ووجب عليه الجزاء الذى سنبينه فيما يلى ، وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول ، فإن مخالفة هذه الشروط هى ذاتها الخطأ[١] . ولايستطيع المقاول أن يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي ، أى بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أوحادث فجائى أو خطأ رب العمل نفسه أوفعل الغير[٢].

وإذا احتاج المقاول ، فى إنجازه للعمل طبقاً لشروطه ، إلى أدوات ومهمات ، وجب عليه أن يأتى بها ويكون ذلك على نفقته ، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو رب العمل أو المقاول . فأدوات العمل ومهماته ، كآلات البناء وعدة الحراحة وعربات النقل وألوان الدهان وبطانة الثوب وغير ذلك مما يحتاج إليه المقاول فى إنجاز العمل ، تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد ، وهذا مالم يقض الاتفاق أوعرف الحرفة بغيره . كذلك كثيراً ما يحتاج المقاول ، فى إنجازه للعمل طبقاً لشروطه ، إلى أيد عاملة ، وقد يحتاج أيضاً إلى أشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه فيكونون تابعين له ، بل قد ينجز العمل كله هؤلاء الأشخاص ومعهم العمال وتقتصر مهمة المقاول على الإشراف والتوجيه ، مالم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان . فى جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول ، مالم يقض الاتفاق أوعرف الحرفة بغير ذلك .وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى ، فيما يتعلق بالأدوات والمهمات ، فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ، ويكون ذلك على نفقته . هذا مالم يقض الاتفاق أوعرف الحرفة بغيره »[٣] .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٧٠ ص ٩٠ – عكس ذلك دى باج ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٧ .

(٢) مازو ٣ فقرة ١٣٤٧ ص ١١١٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص جعلته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقم المادة فى المشروع النهائى ٢/٦٧٧ . ووافق مجلس النواب على النص تحت =

٣٨ — العناية اللازمة فى إنجاز العمل : الالتزام بإنجاز العمل فى عقد المقاولة إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية .

فإن كان التزاماً بتحقيق غاية ، كإقامة بناء أوترميمه أوتعديله أوهدمه وكصنع أثاث أوثوب أووضع تصميم أورسم لوحة أو نحت تمثال ، فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب . ولايكفى أن يبذل فى القيام به عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة ، فما دام العمل لم يتم إنجازه فإن المقاول يكون مسئولا ، ولاتنتفى مسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، وانتفاء مسئوليته فى هذه الحالة إنما يأتى من نفى علاقة السببية لا من نفى الخطأ . أما إذا أنجز العمل ، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها أوطبقاً لأصول الفن وتقاليد الصناعة وعرفها على النحو الذى قدمناه ، فقد وفى بالتزامه وبرئت ذمته .

وإن كان الالتزام التزاماً ببذل عناية ، كعلاج مريض أو المرافعة فى قضية أوإدارة عمل أو الإشراف على تنفيذ ، فإن المطلوب من المقاول فى هذه الحالة هو أن يبذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل المعهود إليه . فيجب على الطبيب أن يبذل عناية من فى مستواه من الأطباء فى علاج المريض طبقاً للأصول الطبية ، وليس عليه أن يشفى المريض ؛ ويجب على المحامى أن يبذل عناية من فى مستواه من المحامين فى المرافعة ، وليس عليه أن يكسب القضية . ويجب على المهندس الذى يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية من فى مستواه من المهندسين فى إدارة العمل أو فى الإشراف على التنفيذ ،

= رقم ٢/٦٧٦ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢ — ص ١٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٥٩ : يجب على الصانع أن يقدم العدد والآلات اللازمة لإتمام العمل ، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق مخالف . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وليس عليه أن يتحقق الغرض المقصود . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدنى فى هذا المعنى : « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود » .

٣٩ — التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل — نص قانونى : ويقع كثيراً أن يحتاج العمل المطلوب إنجازه إلى مادة تستخدم فى صنعه أو يستعان بها فيه . فالنجار فى صنع مكتب أو مكتبة أو أثاث يحتاج إلى الخشب اللازم لصنع ذلك ، والحائك فى 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 الذى تعهد بتقديم المادة واقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل .

وتقول المادة ٦٤٧ من التقنين المدنى فى هذا الصدد :

« ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » .

« ٢ — كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً »[1]

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٤ على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٦٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٧٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩ — ص ١٠٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٠٨/٤١٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « استئجار الصانع يجوز أن يشتمل بطريق التبعية على ما يلزم إحضاره من المهمات اللازمة للعمل كلها أو بعضها » . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٥ : ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن —

٤٠ — الفرض الأول — المقاول هو الذى يقدم المادة — نص قانونى: تنص المادة ٦٤٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولا عن جودتها ، وعليه ضمانها لرب العمل »[1] .

وقد سبق أن رأينا أنه إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة ، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه[2] . وقد طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة ، فجعل المقاول مسئولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل . ذلك أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . والبيع هنا يكون معلقاً

= يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها المقاول أو يستعين بها فى القيام بعلمه ، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً . ٢ — كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ، ويكون العقد استصناعاً . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٥٨ : يجوز فى الاستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء ، كما يجوز له أيضاً أن يقدم المواد مع عمله — على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع . (وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١١ — ص ١٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٦ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٦٣ : إن الصانع الذى يقدم المواد يكون ضامناً لنوعها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ فى آخرها .

على شرط واقف ، هو تمام صنع المادة[١] . فيصبح البيع باتاً وتنفذ آثاره ، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية ، من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشيء المصنوع كل مقوماته الذاتية ، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتباً أومكتبة أو أثاثاً فى حالة التعاقد مع نجار ، أومن وقت أن يصبح القماش ثوباً تام الصنع فى حالة التعاقد مع حائك[٢] ، وهكذا[٣] .

وتسرى فى ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصدده وهى أحكام عقد البيع. فيكون المقاول ملزماً بالضمان إذا

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٧ – فلا يتراخى انتقال الملكية إلى وقت التسليم ولا إلى وقت تقبل العمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٥–وقارن أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٤ وفقرة ٢٨).. أما قبل تمام الصنع فالمادة تبقى ملكاً للمقاول ، ويترتب على ذلك أنه إذا أفلس المقاول قبل تمام الصنع لم يكن لرب العمل أن يسترد الشيء من التفليسة لأنه لم يصبح ملكاً له بعد . ويترتب على ذلك أيضاً أن المقاول ، قبل أن يتم صنع الشيء ، له أن يتصرف فيه بالبيع والرهن وسائر التصرفات (داثيد فى رسالته فى عقد الاستصناع ص ٩٤ – ص ٩٥ – فرانسوا جورى فى مقال له فى وقت انتقال الملكية فى البيوع تحت التسليم فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٥ ص ١٦٧ – انسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٩٦ ص ١١٢) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن مقاول البناء الذى يقدم مواد البناء من عنده يبرم عقد مقاولة لا يتضمن بيع المواد ، فإن هذه المواد تصبح ملكاً لصاحب الأرض (رب العمل) بالالتصاق (انظر فى هذا المعنى بودى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٤ – بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٢ – نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٣) .

(٣) انظر فى هذا المعنى نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٩٥٠ داللوز الموجز ١٩٥١ – ٦٨ – باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ – ٢ – ٤ – السين ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ داللوز الموجز ١٩٥٠ – ١٦ – قارن بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ ويذهبون إلى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع لرب العمل ، وفى حالة صنع أشياء متماثلة (par série) من وقت تعيين الشيء بالذات وتميزه (spécification) عن سائر الأشياء المماثلة . وانظر أيضاً فى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع فرانسوا جورى فى مقاله المشار إليه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٤ – فقرة ١٥ ص ١٦٧ – بلانيول وريپير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٩٥ – نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢ – ١ – ١٤٠ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٤٩٧ – وانظر فى أن الملكية تنتقل من وقت تقبل رب العمل للعمل ولو لم يتسلمه محمد لبيب شنب فقرة ٩٩ . وسنرى أن التقبل يقع عادة وقت التسلم (انظر ما يلى فقرة ٨١) ، وأنه إذا انفصل التقبل عن التسلم فالعبرة فى انتقال الملكية بوقت التقبل لا بوقت التسلم (انظر ما يلى فقرة ٨٥) .

لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل لرب العمل وجودها فيه ، أوكان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أومن نفعها حسب الغاية المقصودة منها ، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (م ٤٤٧/١ مدنى) . ولايضمن المقاول العيوب التى كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء ، أوكان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادى . إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشيء من هذا العيب . أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٤٧/٢ مدنى) . ولايضمن المقاول عيباً جرى العرف على التسامح فيه (م٤٤٨ مدنى) . وإذا تسلم رب العمل الشيء ،وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل ، فإذا كشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلا للشيء (م٤٤٩/١ مدنى) . أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل ، وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلا للشيء بما فيه من عيب (م٤٤٩/٢ مدنى) . وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ مدنى (م٤٥٠ مدنى) . وتبقى دعوى الضمان ، ولو هلك الشيء بأى سبب كان (م ٤٥١ مدنى) . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء 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 لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٥٢ مدنى)[1] .

وفى اختيار المقاول للمادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط ، 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 الشيء أو الغرض الذى أعد له (م٤٤٧/١ مدنى) .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن

---

(١) انظر فى كل هذه الأحكام المتعلقة بضمان البائع للعيوب الخفية الوسيط ٤ فقرة ٣٦٠ وما بعدها .

استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى)[١] .

٤١ — الفرضه الثانى — رب العمل هو الذى يقدم المادة — نص قانونى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها ، فإذا صار شىء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشىء لرب العمل »[٢] .

والمفروض هنا أن رب العمل هو الذى يقدم المادة للمقاول ، فيقدم مثلا القماش للحائك أو الخشب للنجار أو الذهب للصائغ أو الورق للمطبعة أو الأرض لمقاول البناء الخ . ويجب على المقاول فى هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من رب العمل ، وأن يبذل فى المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد ،

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه ينفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان فى فقرة واحدة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٦٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٦٧٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢ — ص ١٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٣٩ : إن المؤجر الذى لا يقدم إلا عمله يلزمه أن يسهر على حفظ الأشياء التى سلمت إليه لتنفيذ العمل أو الاستصناع .

م ٢/٦٦٣ : أما إذا كان صاحب الأمر هو الذى قدمها (المادة) . فيجب على الصانع أن يستعملها بحسب القواعد الفنية وبدون إهمال ، وأن يوقف صاحب الأمر على كيفية استعمالها إياها ، وأن يرد إليه ما لم يستعمل منها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

فإن نزل عن هذه العناية كان مسئولا عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها ؛ وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات ، تحملها المقاول ، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التى أدخلها فى حسابه عند تقدير الأجر (١) . وقد قدمنا أن عقد المقاولة الذى يتسلم فيه المقاول شيئاً من رب العمل ليعمل فيه يتضمن بطبيعته حفظ هذا الشيء ويكون مسئولا عن ضياعه (٢) . ويستوى أن يكون الشيء قيمياً أو مثلياً (٣) .

ثم 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 يؤدى حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقى إن وجد . فإن بقى من الخشب أو القماش أو الذهب أو الورق الذى تسلمه من رب العمل شيء 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 تنطوى على عيب يتهدد سلامة البناء ، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج (٤) . كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، كما إذا صدر للمطبعة أمر تكليف من

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٥١٧ – ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧ .

(٣) مازو ٣ فقرة ١١٥٠ ص ١١١٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٦ .

(٤) أما إذا كان لا يمكن لمقاول مثله أن يكشف العيب ، فإنه لا يكون مسئولا . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩١ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « لا يكون العامل أو الصانع مسئولا قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه ، من عيوب فى المادة ، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها » (مشروع تنقيح القانون المدنى – مذكرة إيضاحية ٣ العقود المسماة ص ٤٦١ – وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

شأنه أن يوقف العمل لتنصرف المطبعة إلى العمل الذى صدر فى شأنه أمر التكليف ، وجب أيضاً فى هذه الحالة على المقاول إخطار رب العمل فوراً . وإلا كان مسئولا عن النتائج التى تترتب على عدم الإخطار . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٩ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ — إذا حدثت أوظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أوقامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك . ٢ — فإذا أهمل فى الإخطار ، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[1]، وهو فى الواقع ليس إلا تطبيقاً لها .

ولما كانت مسئولية المقاول فى هذا الخصوص مسئولية عقدية ، فإنه إذا تلف الشىء أوضاع أوهلك ، وقع عبء الإثبات على رب العمل . فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل فى حفظ الشىء عناية الشخص المعتاد ، وأن هذا الإهمال هو الذى ترتب عليه تلف الشىء أوضياعه أوهلاكه . وللمقاول من جانبه أن يثبت ، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية ، أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، أو أن التلف أو الضياع أوالهلاك كان بسبب أجنبي لايد له فيه ، فتنتفى مسئوليته فى الحالتين[2]. كذلك المفروض أن المقاول يتوافر على الكفاية الفنية الكافية ، وعلى رب العمل يقع عبء إثبات أن المقاول قد تسبب بقصور كفايته الفنية فى جعل المادة أو بعض منها غير صالحة للاستعمال . وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن ، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور فى من جانبه ، بل يرجع إلى سبب أجنبي[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٣ فى الهامش — ونصت المادة ٦٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى أيضاً على ما يأتى : « إذا حدث فى أثناء القيام بالعمل أن فى المواد التى قدمها صاحب الأمر ، أو فى الأرض التى يراد إقامة بنيان أوغيره عليها ، عيوباً أو نقائص من شأنها أن تحول دون إجراء العمل على ما يرام ، وجب على الصانع أن يخبر عنها صاحب الأمر بلا إبطاء . وإذا لم يفعل كان مسئولا عن الضرر الذى ينجم عنها ، ما لم تكن من نوع لا يتسنى حمه لعامل مثله أن يعرفها » .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ .

(٣) قارن مازو ٣ فقرة ١٣٥٠ ص ١١١٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٨ .

٤٢ — مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه : ويخلص مما تقدم أن المقاول يكون مسئولا عن خطأه مسئولية عقدية . ويثبت فى جانبه الخطأ ، فتتحقق مسئوليته . إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة وعرفها ، أو أساء اختيار المادة التى قدمها من عنده ليستخدمها فى العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على المادة التى قدمها له رب العمل . أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفنى ، وبوجه عام إذا هو خالف واجباً من واجباته التى فصلناها فيما تقدم .

فإذا ثبت خطأه على هذا النحو ، وكان هو الذى قدم المادة . فضاعت أو تلفت بسبب خطأه ، تحمل هو الخسارة . فلا يرجع على رب العمل لابقيمة المادة التى 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 هو الذى قدم المادة . وجب عليه أن يعوضه قيمتها ، ولا يرجع عليه بأجر العمل ، ويكون فوق ذلك مسئولا عن التعويض كما سبق القول . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة[1].

أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل ، فإن مسئولية المقاول تنتفى ، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المقاول[2] .

---

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٢١ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ — وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوصاً فى هذا المعنى فنصت المادة ٦٣٦ منه على ما يأتى : « إن مؤجر العمل أو الخدمة لا يكون مسئولا عن خطأه فقط ، بل يسأل أيضاً عن إهماله وقلة تبصره وعدم جدارته . ولا مفعول لكل اتفاق مخالف » . ويلاحظ أن مسئولية المقاول عقدية ، فالنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية يكون مخالفاً للقواعد العامة التى تجيز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية . ونصت المادة ٦٣٧ من نفس التقنين على ما يأتى : « إن المؤجر يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها ، إذا كانت صريحة ولم يكن لديه سبب كاف فى عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ولم يكن ثمة خطر فى التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ — وإذا أمن المقاول على الشىء من الضياع أو التلف ، فإنه يدفع مبلغ التأمين الذى يقبضه من الشركة لرب العمل ، ويكون هذا الأخير ملزماً حينذاك بدفع —

وإذا استعان المقاول بشخص يساعده فى إنجاز العمل ، أو استخدمه فى ذلك ، فإنه يكون مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تقصيرية ، بل هى مسئولية عقدية[١] . ويكون المقاول مسئولا أيضاً قبل رب العمل عن المقاول من الباطن ، ولو أن هذا الأخير غير خاضع لتوجيه المقاول أو إشرافه ، بل يعمل مستقلا عنه فلا يعتبر تابعاً له ، وقد نصت المادة ٢/٦٦١ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « ولكنه (المقاول) يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »[٢].

٤٣ — عدم التأخر فى إنجاز العمل : ويلتزم المقاول كذلك بأن ينجز

= الأجر (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ هامش ٢ — باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ٥ — ٥) .

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ — وانظر عكس ذلك وأن المسئولية مسئولية تقصيرية فيجب أن تتوافر فيمن يستخدمه المقاول شروط التابع فى المسئولية التقصيرية : بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ .

(٢) انظر عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ (ومع ذلك يذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن المقاول يكون مسئولا عن المقاول من الباطن إذا ترك رب العمل يعتقد أن المقاول من الباطن مستخدم عنده أو أنه وكيله — انظر فى هذا المعنى أيضاً هيك ١٠ فقرة ٤٣٢) .

وقد نصت المادة ٦٣٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى : « يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه — غير أنه إذا اضطر بسبب ماهية العمل إلى الاستعانة بأشخاص آخرين ، فهو لا يتحمل تبعة ما ، على شرط أن يقيم البرهان : أولا — على أنه بذل كل العناية اللازمة فى اختيار عماله وفى مراقبتهم . ثانيا — على أنه استنفد ما فى وسعه ليحول دون التخلف عن إجراء الموجب ويتلافى نتائجه المضرة » .

وبديهى أنه إذا انتفت مسئولية المقاول من الباطن نحو المصاب ، انتفت تبعاً لذلك مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن . وقد قضت محكمة النقض بأن المقاول من الباطن يعتبر من أصحاب العمل فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات 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 ، وبالتالى لا تخضع لهذه الأحكام علاقة المقاول الأصلى بذلك العامل ، إذ القانون فى هذه الحالة لا يجعل المقاول الأصلى مسئولا إلا على اعتباره مجرد ضامن من الباطن ، وبناء على ذلك فإنه كلما كانت المسئولية عن المقاول من الباطن منتفية للقرابة ، فإن مسئولية المقاول الأصلى تكون لا محل لها (نقض مدنى ١٣ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٨ ص ٢٤٥) .

العمل فى المدة المتفق عليها . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة . فالواجب أن ينجزه فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفة وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله[١].

والالتزام بإنجاز العمل فى المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاماً ببذل عناية . فلا يكفى ، لإعفاء المقاول من المسئولية عن التأخر ، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل فى الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك[٢] . بل يجب عليه ، حتى تنتفى مسئوليته ، أن يثبت السبب الأجنبى . فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو فعل الغير ، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسئوليته . ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مسبوقاً بخطأ منه ، وإلا كان مسئولا بقدر هذا الخطأ[٣] . وقد قضى بأن برودة الطقس فى الشتاء لا تعد قوة قاهرة ، لأنها أمر متوقع[٤]. كذلك تنتفى مسئولية المقاول عن التأخر فى إنجاز العمل ، إذا كان هذا التأخر راجعاً لخطأ رب العمل . فإذا تأخر رب العمل فى تقديم المادة التى تعهد بتقديمها ، وكان هذا التأخر سبباً فى تأخر المقاول فى إنجاز العمل ، لم يكن هذا الأخير مسئولا[٥] . كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول فى مواعيدها حتى يتمكن هذا من إنجاز العمل ، فترتب على هذا التأخر تأخر المقاول فى إنجازه العمل فى ميعاده ، لم يكن هذا الأخير

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ .

(٢) حتى لو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لإنجاز العمل ، إذ أنه يكون مخطئاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل فى هذه المدة غير الكافية (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٧ ص ١٠٨٤ – أنسيكلوپيدى فى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٤٧ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥) .

(٣) نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ – ١ – ٥٩٤ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠ .

(٤) رن ٥ يونيه سنة ١٨٧١ سيريه ٧٢ – ١ – ١٧٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣ .

(٥) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ .

مسئولا عن التأخر[١] . وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقاً عليها من قبل ، فتسبب عن ذلك أن تأخر المقاول فى إنجازه العمل فى ميعاده ، لم يكن هذا الأخير مسئولا عن التأخر مادام قد أنجز التعديلات فى ميعاد معقول[٢] .

المطلب الثانى

جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل

٤٤ — تطبيق القواعد العامة : إذا أخل المقاول بالتزامه من إنجاز العمل على التفصيل الذى قدمناه ، فخالف مثلا الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن ، أو أظهر قصوراً فى كفايته الفنية ، أو أساء اختيار المادة التى يستخدمها فى العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه ، أو تأخر فى إنجاز العمل دون أن يثبت السبب الأجنبى ، فإن مسئوليته تتحقق كما قدمنا . ويكون لرب العمل فى هذه الحالة ، تطبيقاً للقواعد العامة ، إما أن يطلب التنفيذ العينى وإما أن يطلب الفسخ ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض[٣] . ويجب أن يعذر رب العمل المقاول ، كما تقضى القواعد العامة .

فيطلب رب العمل التنفيذ العينى ، بشرط أن يكون ذلك لايزال ممكناً .

---

(١) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ (Bull. som.) ١ — ١٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ٣١ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠ — محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ — وإذا توقف العمل فى البناء مدة من الزمن بسبب خطأ رب العمل ، وتسبب عن هذا التوقف تأخر فى إنجاز العمل ولو مدة أطول من مدة التوقف ، لم يكن المقاول مسئولا (استئناف مختلط ٥ نوفبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٥) .

(٣) وقد قضى بأن المقاول الذى تعهد باستعمال بئر الساقية لتشغيل طلمبة (pompe) ، فلم ينجح بسبب خطأه فى تقدير صعوبة العمل ، يجب عليه أن يرد لرب العمل ما تقاضاه من أجر ، هذا إذا لم يكن هناك وجه للحكم عليه أيضاً بالتعويض (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٣) .

فإن كان العمل المطلوب إنجازه عملا روعيت فيه شخصية المقاول ، كعمل تصميم أورسم لوحة أو نحت تمثال أوإجراء عملية جراحية ، وأصر المقاول على الامتناع عن التنفيذ ، جاز لرب العمل الالتجاء إلى طريقة التهديدالمالى إذا كانت هذه الطريقة مجدية[١] ، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض . أما إذا كان العمل المطلوب إنجازه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار ، كإقامة بناء أو صنع أثاث أوتصليح ساعة أو ترميم منزل ، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً[٢] ، ويجوز فى حالة الاستعجال ، كما هو الأمر فى ترميم منزل آيل للسقوط ، أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدنى)[٣] .

وقد يختار رب العمل فسخ عقد المقاولة ، إذا كان الإخلال بالالتزام جسيما بحيث يبرر الفسخ[٤] . وللقاضى ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يجيب

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٦٩ ص ٨٩ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ – ولكن لا يجوز لرب العمل ، إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ولم يتم صنعها ، أن ينتزع منه المادة لإعطائها لمقاول آخر لإتمام صنعها ، لأن المادة قبل إتمام الصنع لا تزال ملكا للمقاول الأول ، فلا يجوز انتزاعها منه دون رضاه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢) .

(٣) كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه فى حالة تأخر 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 – بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه ، قد أقام قضاءه ، على أن « المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر فى تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل فى الميعاد المتفق عليه ورغم إمهاله فى ذلك مرارا ، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له فى إتمام العمل فى فترة حددها قبل المطعون عليه التماسه على ألا يعد هذا القبول تنازلا منه عن قرار السحب السابق ، وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه » . وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص فى بند منه على أنه فى حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق فى حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التى استحضرها الطاعن واستعملها فى إتمام العمل دون أن يكون مسئولا عن دفع أى أجر عنها ، فإن النعى على الحكم مخالفة قانون العقد والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) .

(٤) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

رب العمل إلى الفسخ ، كما أن له أن يمهل المقاول حتى يقوم بتنفيذ التزامه ، كما أن للمقاول أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضى بالفسخ ولكنه يقضى بالتعويض إن كان له محل[١] .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ ، كإن له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال المقاول بتنفيذ التزامه ،وذلك طبقاً للقواعد العامة[٢] . وصورة من صور التعويض مقترناً بالفسخ هى أن يترك رب العمل الشيء المصنوع للمقاول(laissé pour compte)،إذا كان هذا قد أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها ، فلا يتقبله منه ولا يعطيه عنه أجراً، بل يسترد منه قيمة المادة إذا كان هو الذى قدمها ، مع تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر آخر[٣] . وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه ، فتسرى أحكامه[٤] ، ويجوز تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من الضرر ،

---

(١) وقد يشترط رب العمل أن له الحق فى فسخ العقد إذا رأى أن المقاول متأخر فى إنجازه ، فى هذه الحالة يكون تقدير التأخر فى إنجاز العمل موكولا إلى رب العمل ، إلا إذا تعسف فى هذا التقدير ، وعلى المقاول يقع عبء إثبات هذا التعسف (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥١) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس فى إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين ، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه ، كان هذا الأخير مسئولا عن هذا الضرر (جرينوبل ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٦ – ٤٩١ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ هامش ٢) .

وقد يكون الضرر أدبياً غير مادى ، ومع ذلك يجب التعويض عنه . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها ، وتأخر فى ذلك ثم لم يقم إلا ببعضه ، لا شك يعتبر الضرر متوافرا ، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذى أخذته من المتعهد ضمانا لعدم التأخير يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط فى التعهد (استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

(٣) نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١–١١٠ – بيدان ١٢ فقرة ١٩١ مكررة – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه 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 المطعون 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 أولا فى –

كما يجوز الإعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلا[1] .

وليس رب العمل مضطراً إلى الانتظار إلى نهاية المدة حتى يستعمل حقه فى طلب التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين . بل إن له ، متى رأى منـــذ البداية أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لشروط العقد أو أنه تأخر فى البدء فيه أو تأخر فى إنجازه على وجه لا يرجى معه مطلقاً أن ينجز العمل فى الميعاد ، أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهل المقاول إلى نهاية المدة . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقاً لهذا المبدأ فى حالة ما إذا ثبت أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، وأورد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تطبيقاً آخر فى حالة ما إذا تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه . ونستعرض كلا من هذين التطبيقين .

٤٥ — قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد — نص قانونى : تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ .

— العقد ، ثم تباطأ فى إنجازه رغم إمهاله فى إتمامه أكثر من مرة ، مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه ، ثم قبل الطاعن الاستمرار فى العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور ، فإن المطعون عليه يكون على حق فى احتساب غرامة التأخير عليه (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) . ولكن إذا عهد رب العمل إلى تكليف مقاول آخر بإنجاز العمل بترخيص من القضاء ، فإن الضرر الذى يكون قد أصابه من تأخر المقاول الأول قد خف إلى درجة تبرر تخفيض الشرط الجزائى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠٠) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٤ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الشرط الجزائى يحوى مبلغاً عظيم المقدار لا يتناسب مع قيمة المقاولة ، فإن المقصود منه أن يكون تهديدياً لا جزائياً ، ليكون حافزاً للمقاول على أداء العمل المطلوب منه فى موعده (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١١٥ ص ٢٤٤) .

« ٢ – على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا »[1]

ويخلص من هذا النص أن رب العمل ، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل وهذا هو الذى يميز المقاولة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٧١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما إذا لم يكن من شأن العيب فى طريقة التنفيذ أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له ، فلا يجوز فسخ العقد ». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، وأدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار رقمه ٦٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى تعديلا من شأنه الإحالة إلى القواعد العامة التى تتضمنها المادة ٢٠٩ مدنى دفعاً لشبهة استحداث حكم جديد ، وأصبح رقم النص ٦٥٠ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦ – ص ١٩) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٦٤ : يجب على الصانع فى جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التى تنجم عن عمله .

م ٦٦٥ : يجوز لصاحب الأمر فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة أن يرفض المصنوع ، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده فى الأسبوع الذى يلى التسليم ، وأن يحدد الصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً . وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ – أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكنا . ٢ – أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ – أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشىء لحساب من صنعه . ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أداؤه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر . وإذا كان صاحب الأمر هو الذى قدم المواد ، حق له أن يسترجع قيمتها – إن أحكام المواد ٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ (ضمان العيب فى البيع) تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و٣ المتقدمين .

(والتقنين اللبنانى يعرض لحالة ما إذا كان هناك عيب فى الصنعة وعرض الشىء على رب العمل لتسلمه ، ولكن يمكن أن يقاس على ذلك حالة ما إذا كان الشىء لا يزال فى يد المقاول يعمل فيه على وجه معيب أو مناف للعقد ، فلا ينتظر رب العمل حتى يعرض عليه الشىء ، بل له أن يبادر وينبه على المقاول أن يعدل من طريقة العمل) .

عن عقد العمل كما قدمنا ، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو فى يد المقاول ليراقب ما إذا كان يجرى طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة . فليس رب العمل إذن ملزماً بالتربص حتى ينتهى العمل ويقدمه له المقاول ، ليرى ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة فى عمله فيقبل العمل ، أو لم يراعها فيرفضه . والخير فى أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيباً أو منافياً لشروط العقد ، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم . وهذا ضرب من الوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أو عيب .

فإذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء ، وهو يقيم البناء ، قد أخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلا الأساس أو يصل به إلى العمق الكافى أو لم يجعل الحيطان فى السمك المتفق عليه ، أو لاحظ أن النجار الذى يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة فى صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشباً فى هذه الوحدات غير الخشب المتفق عليه أو من صنف أقل جودة ، فإن لرب العمل فى هذه الحالة حق التدخل لمنع المقاول من المضى فى عمله المعيب أو المنافى لشروط العقد . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا . مثل ذلك أن يقيم مقاول البناء المبنى ويعلو بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه ، فعند ذلك لا يستطيع تدارك هذا هذا الخطأ ، إذ أن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة ، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله . وفى هذا الفرض يكون لرب العمل الحق منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لمخالفة المقاول للشروط ، ولا حاجة به للتربص إلى أن يتم البناء معيباً ثم يطلب الفسخ بعد ذلك . وللقاضى حق التقدير ، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بالفسخ وبالتعويض ، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه فإنه يقضى على المقاول بإصلاح العيب على نفقته .

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

مثل ذلك أن يلقى مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو يقيم حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب ، أو يبدأ الحائك صنع الثوب على خلاف ما اشترطه رب العمل . فى هذا الفرض ، لما كان إصلاح طريقة التنفيذ ممكناً ، يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يصلح طريقة التنفيذ ، بأن يعمق الأساس أو يجعل الحائط فى السمك الواجب أو يصلح العيب فى صناعة الثوب . وليس له أن يبادر إلى طلب الفسخ ، مادام العيب ممكناً إصلاحه . وقد يكون المقاول غافلا عن العيب ، فيجب تنبيهه حتى لا يمضى فى عمل معيب[1] . 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 المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغى . وقد يكون الأمر من الهوادة بحيث يكفى التنبيه الشفوى ، كما إذا كان الحائك قد بدأ صنع الثوب معيباً . ويحدد رب العمل للمقاول أجلا معقولا يصلح فيه العيب . فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل ، وأصلح العيب فى الأجل المحدد ، فإن له أن يمضى فى العمل على الوجه الصحيح ، ولا سبيل عليه لرب العمل . أما إذا نازع المقاول فيما تقدم به رب العمل وادعى أن العمل غير معيب ، أو سلم بالعيب ولكنه لم يصلحه فى الأجل المحدد ، فإن لرب العمل فى الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، أو دون أن ينتظر انتهاء الموعد المحدد لإنجاز العمل . ويطلب رب العمل إما 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 المقاول ، إذا رأى أن عمله معيب ، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض إن كان له محل . وإن طلب رب العمل التنفيذ العينى ، ورأى القاضى أنه محق فى ادعائه أن العمل معيب ، قضى على المقاول بإصلاح العيب . ولرب العمل

---

(١) فإذا أهمل رب العمل فى تنبيه المقاول إلى ما فى العمل من عيوب ، أو تعمد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً ، فإنه يكون قد أخل بواجبه من التعاون مع المقاول فى تنفيذ المقاولة ، كما تقضى القواعد العامة فى تنفيذ العقود ، ومن ثم لا يستحق تعويضا عن الضرر الذى كان يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المقاول بما فى عمله من عيب فى الوقت المناسب (دائيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ٨٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٣) .

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 الأول إذا كان هذا ممكناً . وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدنى . ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقاول بالتعويض إن كان له محل . وقد يكون العمل مستعجلا لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء ، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط[1] ، فى هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدنى لرب العمل أن يلجأ إلى مقاول 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 .

٤٦ - تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ٨٧٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا تأخر المقاول فى أن يبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (م ٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولونى (م ٨٨٤) والتقنين التونسى (م ٨٧٠) والتقنين اللبنانى (م ٦٦١) . وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذ تأخر المقاول فى إنجاز العمل تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به فى المدة المتفق عليها . والتقنين الألمانى (م ٦٣٦) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين أنه لا أمل مطلقاً فى إنجاز العمل فى المدة المتفق عليها . وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المبدأ عن التقنين الانجلوسكسونى ، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادر فى سنة ١٩٣٣ ، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً إذا تأخر المقاول فى تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتاً أو محتملا جداً أنه لن يتمكن من إتمامه فى الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بالتزامه . وهذا الحكم

(١) أو إقامة جناح فى معرض على وشك الانتفاع (محمد لبيب شنب فقرة ٧٢ ص ٩٢) .

يخالف القواعد العامة ، التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا » . وقد حذف النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[١] .

والنص المحذوف يعرض للصورة العملية الآتية : يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه فى ميعاد معين ، أو يتفق عارض مع مقاول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها فى معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن المقاول ينجز العمل قبل افتتاح المعرض . وتتأخر المطبعة أو يتأخر المقاول ، إما فى البدء بالعمل وإما فى إنجازه بعد البدء فيه ، بحيث يتبين جلياً ، قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمناً ، أن المطبعة أو المقاول لن يتمكن من إنجاز العمل فى الميعاد . وليس من الضرورى أن يكون هناك ميعاد متفق عليه صراحة أو ضمناً ، فقد لا يكون هناك اتفاق على ميعاد معين ولكن المقاول يتأخر فى البدء فى تنفيذ العمل أو فى إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين فى جلاء أنه لن يتمكن من إنجاز العمل فى المدة المعقولة التى تحددها طبيعة العمل وعرف الصناعة وقدرة المقاول[٢] . فى جميع هـذه الأحوال يظهر جلياً أن المقاول — كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمناه — « قد أخل مقدماً بالتزامه » . فيجوز إذن لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول ، ويبادر منذ أن يتبين استحالة إنجاز العمل فى الميعاد إلى طلب فسخ العقد . وله مصلحة ظاهرة فى ذلك . فهو لو انتظر حلول الميعاد ، فالعمل لن يكون قد تم ، ويتكلف من المشقة والضرر ما يجعله يطالب المقاول بالتعويض ، فالأولى أن يبادر إلى طلب الفسخ فيجنب المقاول التعويض إلا بقدر ما لحقه من الضرر عند طلب الفسخ ، ويجنب نفسه تأخيراً أكبر فيما لو انتظر حلول الميعاد . ومن ذلك يتضح أن طلب الفسخ هو فى مصلحة كل من الطرفين »

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٤ فى الهامش — وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى نص مماثل ، فقد نصت المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه « إذا تأخر المقاول فى الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغى فى المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . ونصت المادة ٦٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يحق لصاحب الأمر أن يطلب حل العقد بعد إنذار الصانع : أولا — إذا تمادى الصانع فى تأجيل الابتداء بالعمل لغير سبب مشروع . ثانياً — . . . . »

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

رب العمل والمقاول معاً . وإذا شئنا أن نستند إلى نص ، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التى عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدنى حين تقول : « على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا »[١]. ففى الحالتين ارتكب المقاول خطأ لا يمكن تداركه ، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذاً معيباً لا يمكن تداركه ، وإما أن يكون قد تأخر فى البدء به أوتأخر فى إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه فى الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضاً مشوباً بعيب لا يمكن تداركه . وقد رأينا أن هناك نصاً صريحاً (م ٦٥٠/٢ مدنى) فى إحدى الحالتين يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فوراً ، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى.

لذلك يبدو لنا أنه ليس دقيقاً ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من أن الحكم الوارد فى النص المحذوف « يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا » . فإن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدماً وعلى وجه محقق ، كما تقول المذكرة الإيضاحية نفسها . وحذف النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » لا يمنع فى نظرنا من تطبيقه بالرغم من حذفه ، إذ هو فى الواقع متفق مع القواعد العامة كما رأينا . وقد صيغت لهذه الحالة ونظائرها نظرية الجحود المبتسر ، وهى نظرية تدخل فى نطاق القواعد العامة[٢]

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥ .

(٢) داقيد فى رسالته فى عقد الاستصناع ص ٨٤ – ص ٨٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٦ – وانظر له أيضاً بحثاً فى نظرية الجحود المبتسر (anticipatory repudiation of contract) دراسة فى القانون الأمريكى مقارنة بالقانونين الفرنسى والمصرى فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص ٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة ص ١٣٩ وما بعدها .

ولا يقتصر الأمر ، طبقاً لنظرية الجحود المبتسر ، على حالة تأخر المقاول فى البدء بالعمل أو فى إنجازه ، بل يتناول أيضاً حالة ما إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً ينم عن هذه النية أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا . ويضرب الأستاذ محمد لبيب شنب لذلك مثلا : « تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه فى خلال أسبوع معين ، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل فى خلال الأسبوع نفسه . ففى هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحوداً من الفرقة ، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، وذلك حتى له أن يتعاقد مع فرقة أخرى ، وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلافرقة وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول » (عمر لبيب شنب فقرة ٧٧) .

المبحث الثانى

تسليم العمل

٤٧ – وجوب التسليم والجزاء على الإخلال بهذا الواجب : نعرض فى هذا المبحث لمسألتين : (١) وجوب التسليم ، فنبين المحل الذى يقع عليه التسليم ، وكيف يكون التسليم ، ومتى ، وأين . (٢) الجزاء على الإخلال بواجب التسليم من تنفيذ عينى أوفسخ مع التعويض فى الحالتين ، ويدخل فى ذلك بحث من يتحمل تبعة استحالة التسليم لسبب أجنبى .

المطلب الأول

وجوب التسليم

٤٨ – المحل الذى يقع عليه التسليم : المحل الذى يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه . فإذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ، وجب عليه تسليمها مصنوعة عن النحو المتفق عليه . أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فإن المقاول يلتزم بردها بعد أن يجرى فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أوتصليح ، وهو فى ذلك إنما يرد لرب العمل ملكه إذ ملكية الشىء لا تزال باقية لرب العمل . وهو فى الحالتين يسلم العمل بموجب التزام فى ذمته بالتسليم ناشئ من عقد المقاولة . ويمكن أيضاً ، فى الحالة الأولى ، أن يلزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التى قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع ، إذ قدمنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع[1] . أما فى الحالة الثانية ، إذا قدم رب العمل المادة ، فإن المقاول يلزم أيضاً بردها بموجب دعوى استرداد[2] ، إذ رب العمل يبقى مالكاً للمادة كما قدمنا .

ويلتزم المقاول فوق ذلك برد ما بقى من المادة التى قدمها رب العمل ، فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدنى تقضى بأنه « إذا كان رب العمل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ – وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٥٨٢ .

(٢) انظر فى ذلك بلانيول وريبير ورواست فقرة ٩٢٥ ص ١٦٢ .

هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها »[١] . كذلك يلتزم المقاول برد ما تسلمه من رب العمل من تصميم ورسومات ونماذج ورخص (كرخصة البناء فى مقاولة البناء) ومستندات مثبتة للملكية (ملكية الأرض التى يقام عليها البناء) وأدوات ومهمات يكون قد تسلمها من رب العمل ، ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد أن أنجز العمل [٢].

٤٩ — كيف يكون التسليم : يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق ، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل فإن هذا هو التسلم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المقاول .

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل . فالحائك يسلم الثوب المصنوع إلى رب العمل يداً بيد ، وكذلك النجار والسباك والصائغ وغير هؤلاء من أرباب الحرف والصناعات . ومقاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما سبق القول ، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل . والمقاول الذى قام بصنع شىء أو بتحويله أو بتحسينه أو بإصلاحه يسلمه إلى رب العمل بوضعه إياه تحت تصرفه على النحو سالف الذكر . وإذا قام المقاول بعمل لا ينقل حيازة الشىء من رب العمل ، كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن الحيطان ، فإن التسليم يكون بتخلية السبيل أمام رب العمل لينتفع بالشىء الذى تم العمل فيه .

٥٠ — متى يكون التسليم — حق المقاول فى حبس العمل : يكون التسليم فى الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل ، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة [٣]. وعلى كل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٢) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل ، ما لم يتفق على ميعاد آخر . وقد يستخلص هذا الاتفاق من الظروف ، فالشيء المصنوع لتقديمه فى مسابقة أو لعرضه فى معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أوقبل حلول افتتاح المعرض(١) .

وقد يحل ميعاد التسليم ، ويكون للمقاول أجر مستحق فى ذمة رب العمل. فى هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره ، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى الحبس (م ٢٤٦ مدنى) وفى الدفع بعدم التنفيذ (م١٦١ مدنى) . وينقضى حق الحبس إذا استوفى المقاول أجره ، أوإذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر (م ١/٢٤٦ مدنى) . والحق فى الحبس لا يقتصر على الأشياء التى صنعها المقاول بمادة من عنده ، بل يتناول أيضاً كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها فى إنجاز العمل ومن أدوات ومهمات ومستندات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل(٢) . ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شيء ظل فى حيازة صاحبه ، كالسباك يصلح مواسير المياه والمقاول يحفر مكاناً أو يردم حفرة أو يهدم حائطاً ، فليس للمقاول الحق فى حبس المكان الذى عمل فيه حتى يستوفى الأجر(٣) ، لأن هذا المكان لم يخرج من حيازة صاحبه حتى يمكن حبسه عنه . وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفى مواجهة دائنى رب العمل العاديين والممتازين(٤).

٥١ — أين يكون التسليم : يكون التسليم فى المكان المتفق عليه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، ففى المكان الذى يحدده عرف الصنعة . وإذا كان العمل واقعاً على عقار ، كان التسليم فى مكان العقار . أما إذا كان واقعاً على منقول بقى فى حيازة رب العمل ، فإن التسليم يكون فى مكان وجود المنقول ، فإذا

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨١ .

(٢) دلفو فقرة ١٤٢ ص ١٢٨ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٤) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠٢ .

انتقلت حيازة المنقول إلى المقاول ، ولم يكن هناك اتفاق أوعرف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ويكون التسليم فى موطن المقاول أو يكون فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل عادة ضمن هذه الأعمال لأنه هو المدين بالتسليم (م ٣٤٧/١ مدنى)[١] .

المطلب الثانى

جزاء الإخلال بواجب التسليم

(تحمل التبعة)

٥٢ — تطبيق القواعد العامة : إذا لم يقم المقاول بتسليم العمل كاملا فى الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم . ويكون لرب العمل ، وفقاً للقواعد العامة ، طلب التنفيذ العينى أو طلب الفسخ مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض . ويجب على رب العمل فى جميع الأحوال أن يبدأ أولا بأن يعذر المقاول بالتسليم .

ويطلب رب العمل التنفيذ العينى ، فيجبر المقاول على التسليم إذا كان هذا ممكناً . وإذا كان التسليم يقتضى تدخل المقاول شخصياً ، جاز الالتجاء إلى طريقة التهديد المالى . وإذا كان يمكن الحصول على مثل الشىء ، جاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المقاول[٢] ، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال . ولا يجبر المقاول على التسليم إذا كان العمل فنياً ورأى حتى بعد أن أتمه أنه غير راض عنه كعمل فنى أو أدبى وأن تسليمه على الوجه الذى هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية ، فإن تقدير ذلك أمر شخصى موكول إلى رأيه هو ، وفى هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل إلا طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض[٣] .

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨٢ .

(٢) دائيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١١٠ .

(٣) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٩٧ — باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ — ٣٣٦٣ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind- فقرة ٥٧ .

لكن إذا امتنع الفنان من تسليم عمله دون أن يعلن أنه غير راض عنه ، وكان امتناعه —

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد . وخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا ، فتبرأ ذمته من دفع الأجرة ، ويرجع فوق ذلك بتعويض عما أصابه من الضرر . وللقاضي تقدير وجاهة طلب الفسخ ، فقد يجد أن المقاول قد سلم أكثر العمل وأن ما بقى منه قليل الأهمية لايبرر الفسخ ، وقد يرى أن يمهل المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العينى ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ ، فإن له أن يطلب فى الحالتين التعويض عما أصابه من الضرر من جراء إخلال المقاول بالتزامه .

ولما كان التزام التسليم التزاماً بتحقيق غاية ، فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعتبر إخلالا منه بالالتزام . ولاحاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول ، فعدم التسليم ذاته هو الخطأ . ولاتنتفى مسئولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، أو إلا إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل فى المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفى لانتفاء المسئولية فيه أن يثبت أنه قد قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد [1]. وفى غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول ، كما قدمنا ، أن يثبت السبب الأجنبي لينفى عن نفسه المسئولية . فإذا كان الإخلال بالالتزام هو مجرد التأخر فى تسليم العمل بعد إعذار رب العمل المقاول بالتسليم ، كان المقاول مسئولا عن تعويض رب العمل عن هذا التأخر ، مالم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى كأن كانت طرق المواصلات قد تعطلت [2] ، أو أن هذا راجع إلى فعل الغير ، أو إلى خطأ رب العمل نفسه

= التعنت أو طمعاً فى زيادة الأجر ، فإنه يجبر على التسليم (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا – فال فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ٢٠١ – محمد لبيب شنب فقرة ٨٥ ص١٠٣ – انظر عكس ذلك باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ٢ – ٤٦٥) .

(١) قارن محمد لبيب شنب فقرة ٨٧ ص ١٠٤ .

(٢) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٢ م ٤٤ ص٢٠٦ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤م ٤٨ ص ٤٩ – ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢م ٥٥ ص٥ – نقض فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ – ١ – ٦٧ (توقفت الملاحة النهرية بسبب الجليد) – وإذا كان التأخر راجعاً إلى صعوبة فى الحصول على المواد اللازمة للعمل لندرتها أو لارتفاع الأسعار ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة ، ويبقى المقاول مسئولا عن التأخر (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١ – محمد لبيب شنب فقرة ٨٧ ص ١٠٥) هذا والأشياء التى سلمها رب العمل إلى المقاول لاستخدامها فى العمل تعتبر أشياء قد سلمت =

كأن يكون هذا قد تأخر فى تسليم المواد اللازمة للعمل أو فى دفع الأقساط المستحقة أو أمر بإدخال تعديلات اقتضت هذا التأخر . أما إذا كان الإخلال بالالتزام هو عدم التسليم أصلا ، فإن المقاول لا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كما سبق القول . فإذا لم يثبت ذلك ، وجب عليه دفع التعويض كاملا . أما إذا أثبت السبب الأجنبي ، فإن مسئوليته تنتفى ، ويجب البحث فيمن يتحمل التبعة فى هذه الحالة ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٥٣ — تحمل تبعة هلاك الشيء قبل تسليمه — نص قانونى : تنص المادة ٦٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين » .

« ٢ — أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ منه ، وجب عليه أن يعوض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل » .

« ٣ — فإذا كان رب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب فى المادة التى قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء »[1]

— إليه « لاستعمالها فى أمر معين لنفقة المالك أو غيره » . بحسب نص المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات ، فإذا غير المقاول نيته من حيازة هذه الأشياء حيازة موقتة إلى حيازة دائمة بنية تملكها ، فإنه يكون مرتكباً لجريمة التبديد (أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات الأهلى طبعة ثانية ص ٧٧٠ وص ٧٩٧ — محمد مصطفى القللى فى جرائم الأموال ص ٣٧١ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وصار رقم النص ٦٩٤ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلات لفظية أخرى وتغيير فى ترتيب العبارات حتى صار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٥ ، مع ملاحظة أن الهلاك المشار إليه فى المادة يشمل السرقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٩ — ص ٦٢)

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٤٧ / ٥١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : —

والمفروض فى تحمل التبعة ، كما يتبين من النص ، أن الشىء لم يسلم إلى رب العمل ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه ، وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائى أثبته المقاول[1] . أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم ، فالذى يتحمل التبعة هو رب العمل ، سواء كان هو الذى قدم المادة أو كان المقاول هو الذى قدمها ، ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملا للمقاول[2] .

فإذا فرضنا مثلا أن رب العمل تعاقد مع نجار على صنع أثاث ، أو مع

= إذا أحضر الصانع المهمات اللازمة للعمل المأمور به وتلف العمل، كان تلفه عليه ما لم يسبق تسليم للعمل لصاحبه اوقبوله أوعرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفاً رسمياً . وأما إذا كانت المهمات محضرة من صاحب العمل وكان الصانع مقاولا على عملها وحصل التلف بسبب قهرى ، فيكون تلف المهمات على المالك وتضيع على الصانع أجرته . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧١ : فى جميع الأحوال التى يقدم فيها الصانع المواد ، لا يكون مسئولا عن هلاك المنشأ كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة ، ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبدل إذا كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر متأخراً فى الاستلام ، فتكون المخاطر إذن على الصانع . وفى هذه الحالة يجب على الصانع أن يقيم البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشىء .

م ٦٧٢ : فى الحالة التى لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أوصنعته ، لا يكون مسئولا عن الهلاك بسبب قوة قاهرة ، ويمكنه أن يطلب أجره إذا كان الشىء قد هلك لعيب فى المواد أو كان صاحب الأمر قد استلمه أوكان متأخراً عن استلامه . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) ذلك أن عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى يقع ، كما قدمنا ، على عاتق المقاول ، إذ هو لا يتخلص من المسئولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبى (نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ - ١ - ٢١ - بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤ - دى باج ٤ فقرة ٨٧٧ ص ٩٠٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٦ ، كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٢) .

(٢) ويعدل هلاك الشىء بعد التسليم أن يهلك قبل التسليم فى يد المقاول وهو حابس له حتى حتى يستوفى الأجر ، فالهلاك يكون فى هذه الحالة على رب العمل ، لأنه هو المخطىء إذ لم يدفع الأجر فدفع المقاول بخطأه إلى حبس الشىء (محمد لبيب شنب فقرة ٩٥) .

حائك لصنع ثوب ، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو الحائك الثوب احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب . أو نفرض أن الأثاث أو الثوب قد سرق ، وكانت الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير فى جانب المقاول ، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة ، ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة . ولبيان ذلك نفرض أولا أن المقاول هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب . فمادام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل[1] ، فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول . فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه ، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئاً . وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التى قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ، لأنه لم يسلم الشىء إليه[2] ، وإذا فرضناه بائعاً للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها ، فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل

---

(١) ذلك أن تقبل العمل يعدل التسليم ، فإذا ذهب رب العمل إلى مكان المقاول وعاين الشىء المصنوع وتقبله ، فإنه يكون فى حكم من تسلمه ، وتركه إياه مؤقتاً عند المقاول إنما هو على سبيل الوديعة إلى أن يستولى عليه فيكون الهلاك إذن على رب العمل من حيث المادة والأجر ، ويجب أن يدفع للمقاول الأجر كاملا كما لو كان قد تسلم الشىء (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٥ — وانظر عكس ذلك محمد لبيب شنب فقرة ٩٤) . وقد يكون تقبل العمل جزءاً فجزءاً بمجرد إنجاز كل جزء ، ويعتبر قرينة على التقبل الجزئى دفع ثمن الجزء الذى أنجز (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٢) ويذهب القضاء فى فرنسا إلى أنه فى مقاولات البناء ، إذا كان المقاول يبنى بمواد من عنده فى أرض رب العمل ، فإن المواد تصبح مملوكة لرب العمل بطريق الالتصاق ، ويكون هلاكها عليه إذ الهلاك على المالك (نقض فرنسى ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ — ١ — ١٠٥ — ١٩ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ — ١ — ١٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩١) . ولكن الفقه الفرنسى وبعض أحكام القضاء تذهب إلى أن التملك بالالتصاق لا يكون بالرغم من إرادة صاحب الأرض ، ومن ثم فيكون تحمل التبعة قبل التسليم حتى فى هذه الحالة على المقاول لا على رب العمل (هيك ١٠ فقرة ٤١٤ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩١٠ — فقرة ٣٩١١ — أوبرى وروو إسمان ٥ فقرة ٢٧٤ ص ٤٠٢ هامش ٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'onv. et d'ind. فقرة ٤٩ — نقض فرنسى ٤ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ٢١١) .

التسليم كما تقضى القواعد العامة[١] . ونفرض ثانياً أن رب العمل هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب ، فإن تبعة الهلاك تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته ، ولايستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يفد شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات . أما المادة التى قدمها رب العمل من خشب أوقماش ، فهو الذى يتحمل تبعة هلاكها ، لأنه يبقى مالكاً لها وهى فى يد المقاول ، والشىء يهلك على مالكه (res perit domino) كما تقضى القواعد العامة[٢].

٥٤ — الهلاك بخطأ المقاول : وقد فرضنا فيما قدمناه 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 الشىء فلايسلمه — فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدنى سالفة الذكر تجعل الهلاك على المقاول لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ولايسترد نفقاته ، ولايرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ،

---

(١) وحتى لو كان رب العمل يشرف على المقاول فى العمل ، فلا يزال المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل وهو ما يتميز به عقد المقاولة . فإذا كان الإشراف كاملا بحيث ينقلب إلى خضوع ويصبح العقد عقد عمل ، فلا يزال رب العمل هو الذى يتحمل التبعة ، لأن العامل فى عقد العمل لا تقع تبعة عليه (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٣ ص ١٠٨٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا افترض تاجر المجوهرات ذهباً وأعطاه الصانع يصوغه ، فسرق الذهب بقوة قاهرة دون خطأ الصانع ، فإن الصانع تبرأ ذمته من رد الذهب إلى تاجر المجوهرات ، ويبقى هذا مديناً برد مثل الذهب إلى المقرض (باريس ١٧ يوليه سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٦-٢-١٠٢ — أنسيكلوپيدى داللوز لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠١) — ولا يعتبر تحمل التبعة على هذا النحو من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك وأن يتحمل المقاول التبعة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) . وإذا كان المقاول قد أمن على الشىء ، فإنه يرجع على الشركة بمبلغ التأمين ، ويرجع عليه رب العمل بهذا المبلغ (باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ٥ — ٢٣ مايو سنة ١٩١١ جازيت دى پاليه ١٩١١-٢-٤٠٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٠٠) .

ويدفع تعويضاً لرب العمل عما أصابه من الضرر من جراء هذا الخطأ[١] . وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش ، فإن المقاول ، وقد هلك الشيء بخطأه 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[٢] .

٥٥ — الهلاك بخطأ رب العمل : أما إذا كان الهلاك ، فى المثل الذى قدمناه ، بخطأ رب العمل — أو ما يعدل الخطأ بأن يكون رب العمل قد أعذر ليتسلم الشيء[٣] فلم يفعل أو كان سبب الهلاك عيباً فى المادة التى وردها للمقاول[٤] — فإن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدنى سالفة الذكر تجعل الهلاك على رب العمل لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم ، فإنه يجبر على دفع الأجر كاملا للمقاول كما لو كان قد تسلم الشيء ، ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك . وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش ، فإنه ، وقد هلك الشيء بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم أو كان الهلاك بسبب عيب فى الخشب أو القماش الذى ورده ، يتحمل وحده

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٩ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٩ — وقد يلتزم المقاول بعقد المقاولة أن يحافظ على أمتعة رب العمل ، كما إذا دخل شخص ملعباً وأودع معطفه مخزن الأمانات ، فإن قصر المقاول وترتب على تقصيره أن سرق المعطف أو ضاع ، كان مسئولا عن تعويض رب العمل (باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ — ٧٥٨ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠٩) .

(٣) أو أعذر أن يعاينه ليقبله ، فهذا يعدل الإعذار بالتسلم (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٤) وذلك ما لم يكن المقاول قد علم أو ينبغى أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصناعة ، مثل ذلك البيطار يضع للحصان حدوة معيبة قدمها له صاحب الحصان . فى هذه الحالة لا يكون رب العمل مخطئاً ، ويتحمل المقاول التبعة وحده وفقاً للقواعد التى سبق تفصيلها (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٦ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ — ١ ص ٤٠٢ هامش ٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٠ — فقرة ١١٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٩٠ ص ١٠٧ — نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥١ — ٧٦) — وانظر آنفاً فقرة ٤١

هنا أيضاً الخسارة ، ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملا للمقاول ، ولايرجع بشيء عليه عن الخشب أو القماش الذى ورده له .

المبحث الثالث

الضمان

٥٦ — مسألتان : وضع القانون أحكاماً خاصة فى ضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشييدها ، لما لذلك من أهمية خاصة . فنستعرض أولا أحكام الضمان بوجه عام ، ثم نستعرض هذه الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول .

المطلب الأول

الضمان بوجه عام

٥٧ — ضمان المقاول للمادة التى يقدمها — إعمال : قدمنا أن المادة ٦٤٨ مدنى تنص على أنه « إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » . وقررنا أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة . فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل له رب العمل وجودها فيه ، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول . وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1] .

٥٨ — مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها رب العمل — إعمال : أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فبديهى أن المقاول لا يكون ضامناً لعيوبها ضمان البائع للعيوب الخفية ، لأنه لم يبعها لرب العمل بل رب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ .