وإذا لم يوجد لا اتفاق ولاعرف ، فقد كان الواجب تطبيق القواعد العامة ، وهى تقضى بأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (م ١/٣٤٦ مدنى) . فكان يجب أن يكون الوفاء بالأجر بمجرد تمام عقد المقاولة وترتب الالتزام بالأجر نهائياً فى ذمة رب العمل ، أى أن يدفع الأجر مقدماً قبل إنجاز العمل . ولكن المادة ١/٣٤٦ مدنى تتحفظ كما رأينا فتقول : « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وقد وجد النص الذى يقضى بغير ذلك فى المادة ٦٥٦ مدنى سالفة الذكر ، إذ تقول : « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل » . أى تدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً ، وعند تسلم العمل . وهذا الحكم هو الذى تقضى به طبيعة عقد المقاولة ، فالمقاول يتعهد بموجب هذا العقد بإنجاز عمل معين فى مقابل أجر معين ، وبمجرد تمام عقد المقاولة يصبح دائناً بالأجر فى مقابل عمل لم ينجزه ، فمن الطبيعى ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل رب العمل إياه[1] .

على أن دفع الأجرة عند تسلم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٥٦ مدنى سالفة الذكر يشير إلى ذلك إذ يقول : « يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويراعى فى ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ماوود فى العقد من شروط أوما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل » . وقد حذفت

= الأشغال يعتبر مؤقتاً ، وكل ما دفع فى خلال هذه الأشغال يخصم من أصل مبلغ المقاولة إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » . ولم ينقل التقنين المدنى الجديد هذا النص ، ولكن ورد فى المشروع التمهيدى نص يقابله هو المادة ٨٩٤ من هذا المشروع (انظر آنفاً فقرة ٨٤ فى الهامش) ، والنص على كل حال ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن العمل به استناداً إلى هذه القواعد .

(١) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ – جيوار ٢ فقرة ٨٢١ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ . وهذا هو أيضاً ما قررناه فى ميعاد دفع الأجرة فى عقد الإيجار ، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فتدفع الأجرة مؤخرا لا مقدماً ، إذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق إلا باستيفائها (الوسيط ٦ فقرة ٣٤٣ ص ٤٧٠ – ص ٤٧١) .

هذه الإشارة فى لجنة المراجعة ، إذ هى ليست إلا تقرير للقواعد العامة[١] . ونخلص من ذلك أن لرب العمل حبس الأجر ، فلايدفعه لا فى الميعاد المتفق عليه ولا فى الميعاد الذى يقضى به العرف ولاعند تسلم العمل ، إذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة أو غير متفق مع ما تقضى به أصول الصنعة . ويبقى الأجر تحت يده محبوساً حتى يصلح المقاول العيوب التى شابت العمل[٢] . وهذا ما تقضى به القواعد العامة ، إذ دفع الأجر التزام فى ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب ، فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضاً تنفيذ التزامه بدفع الأجر . وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م ١٦١ مدنى) . ويترتب على ذلك من باب أولى أنه إذا تأخر المقاول فى تسليم العمل ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر ولو كان الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل . وإذا كان الأجر يدفع على أقساط ، كل قسط عقب إتمام جزء معين من العمل ، وتأخر المقاول فى إتمام هذا الجزء عن الميعاد المتفق عليه ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع القسط من الأجر المقابل للجزء الذى لم يتم[٣] .

ويبقى الأجر فى ذمة رب العمل واجباً دفعه فى الميعاد على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . وإذا تأخر رب العمل فى الدفع ، بقى الأجر فى ذمته قائماً حتى يسقط بالتقادم . وقد نص القانون ، فى خصوص بعض المقاولين ، على مدة تقادم خاصة ، فنصت المادة ٣٧٦ مدنى على أن « تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ – ص ٣٦ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ .

(٣) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٠ – انظر فى حبس رب العمل للأجر حتى يتسلم العمل مطابقاً للشروط والمواصفات وأصول الصنعة ، وأن صورة عملية لهذا الحبس هى أن يترك رب العمل الشىء للصانع دون أن يدفع له الأجر (laissé pour compte) : بلانيول وريبير وروالو ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ – ص ١٧٤ – نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١١٠ .

عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » . ونصت المادة ٣٧٨ مدنى على أن « تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) . . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم . . » . وفيمن عدا من ورد فيهم نص خاص من المقاولين ، لايسقط أجر المقاول بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأجر ، وذلك طبقاً للقواعد العامة[1] .

١١٣ — مكان الدفع : لا يوجد نص خاص يعين المكان الذى يجب فيه دفع الأجر ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن يكون الدفع فى المكان المتفق عليه . فإن لم يوجد اتفاق كان الدفع فى المكان الذى يقضى به العرف . وأكثر ما يقضى به العرف أن يكون الدفع فى المكان الذى يتم فيه تسليم العمل ، فيسلم المقاول العمل ويتقاضى الأجر فى مكان واحد . وقد جعل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى القاعدة العامة أن يكون مكان تسليم العمل هو المكان الذى يدفع فيه الأجر ، فنصت المادة ٦٧٦ من هذا التقنين على أنه « يجب الدفع فى المكان الذى يجب فيه تسليم المصنوع » .

فإذا لم يوجد اتفاق ولاعرف ، وجب تطبيق المادة ٣٤٧ مدنى ، وهى تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ — نقض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ١ — ٣٤٤ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ١٣٢ — وتقضى المادة ٢٢٧١ مدنى بتقادم حقوق العمال والخدم (ouvriers et gens de travail) فى أجورهم اليومية ومرتباتهم وثمن ما قاموا به من توريدات بستة أشهر . أما فى مصر فتتقادم بسنة واحدة « حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ماقاموا به من توريدات » (م ١/٣٧٨ مدنى) . ويجرى القضاء الفرنسى على التمييز فى المقاولين بين مقاول صغير يعمل بنفسه أو بمساعدة بعض العمال كصغار الصناع وأرباب الحرف (artisans) من نجار وحداد وسباك الخ وهذا يكون فى حكم العامل ويتقادم حقه فى الأجر بستة أشهر ، وبين مقاول كبير ترتفع به مكانته الاجتماعية عن طبقة العمال (entrepreneur patron) وهذا لايتقادم أجره إلا بثلاثين سنة (نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ٣٠٨ — ٧ يونيه سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ — ١ — ٣٣٣ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠١ — ١ — ١١١ — ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ١١٠ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ١١٧ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٢٤ (ومع ذلك قارن فقرة ٣٠٠٠ — أنسيكلوپيدى ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٩١) .

المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما فى الالتزامات الأخرى ، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » . فإذا كان الأجر شيئاً معيناً بالذات — وهذا نادر — فالوفاء يكون فى مكان وجود هذا الشىء وقت إبرام المقاولة . أما إذا كان الأجر من المثليات ويكون غالباً من النقود ، فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز أعماله إذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال[1] .

وإذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل ، وغير هذا موطنه بعد إبرام عقد المقاولة ، فمكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى كان له وقت انعقاد المقاولة ، إذ نص المادة ٢/٣٤٧ مدنى صريح فى أن يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء . وإذا اتفق على أن يكون الدفع فى موطن المقاول عمل بهذا الاتفاق ، وإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل بدفع الأجر فى الموطن الجديد خلافاً للمسألة السابقة . وذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لايتوسع ، وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك[2] .

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو المتقدم الذكر ، لم يجز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك ، كأن حجز مثلا دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة .

§ ٣ — ضمانات الدفع

١١٤ — تطبيق القواعد العامة : وإذا لم يدفع رب العمل الأجر ، أو تأخر فى الدفع ، أولم يدفع فى المكان الواجب الدفع فيه ، أو أخل بأى التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، فللمقاول أن يطالب بما تقضى به القواعد العامة من جزاء .

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣١ .

(٢) انظر فى هذه المسألة فيما يتعلق بمكان دفع الأجرة فى عقد الإيجار : الوسيط ٦ فقرة ٣٤٤ ص ٤٧٥ .

فله أولا أن يطلب التنفيذ العينى ، فيستصدر حكماً على رب العمل بالأجر المستحق ، وينفذ هذا الحكم على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذى أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن جميع ما أصابه من ضرر من جراء إخلال رب العمل بالتزامه . وله أن يتقاضى فوائد عن الأجر بالسعر القانونى منذ المطالبة القضائية بهذه الفوائد وفقاً للقواعد العامة ، وقد تقدم بيان ذلك[1] . وللمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العينى على أموال رب العمل ، أن يستعمل حقه فى الامتياز حيث يقرر له القانون حقاً فى ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى[2] .

وللمقاول ، بدلا من طلب التنفيذ العينى ، أن يطلب فسخ عقد المقاولة . والقاضى يقدر هذا الطلب . فإما أن يجيبه إليه إذا وجد مبرراً لذلك فيقضى بالفسخ وبالتعويض إذا كان له مقتض ، كأن يكون المقاول قد أنفق مصروفات على إنجاز العمل فيرجع بها على رب العمل كما يرجع بجميع ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الصفقة عليه ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة . وإما أن يرى القاضى ألا مبرر لإجابة المقاول إلى طلب الفسخ ، كأن يكون الأجر الباقى دفعه مبلغاً غير كبير أو يكون التعويض الذى يقضى به على رب العمل فيما إذا حكم بالفسخ مبلغاً جسيما لاتبرره الظروف ، وفى هذه الحالة لا يحكم القاضى بالفسخ ، وله أن يمهل رب العمل حتى يقوم بوفاء التزامه كاملا من دفع الأجر ، وهذا كله طبقاً للقواعد العامة (م١٥٧ مدنى) .

١١٥ — الحق فى حبس العمل لاستيفاء الأجر : رأينا فيما تقدم[3] أن لرب العمل أن يحبس الأجر حتى يسلم المقاول العمل مطابقاً للمواصفات المشترطة ولأصول الفن . والآن نقرر أن للمقاول ، هو أيضاً ، أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٢ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ، ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٢ .

قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص أنه مقتبس من تقنينات مختلفة منها التقنين المدنى الألمانى ، ويقرر هذا التقنين (م ٦٤٨) الحق للمقاول فى أعمال البناء فى أن يطلب رهناً على العقار الذى بناه ضماناً لاستيفاء ما له من حقوق قبل رب العمل . ويغنى عن ذلك فى مصر ما للمقاول من حق امتياز على البناء (م ١١٤٨ مدنى) . وقد حذف النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس »[1] .

والقواعد العامة فى حق الحبس مقررة فى المادة ١/٢٤٦ مدنى ، وتنص على ما يأتى : « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أومادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . وقد طبق هذا الحق فى الحبس تطبيقاً خاصاً فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، فنصت المادة ١٦١ مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »[2] .

ويخلص من هذه النصوص أن للمقاول أن يحبس ما تحت يده من العمل حتى يستوفى ما هو مستحق له من الأجر . ولا فرق فى ذلك بين منقول وعقار ، وقد كانت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى المحذوفة تقتصر على المنقول ، فأصبح لامبرر لهذا القيد بعد حذف المادة استغناء عنها بتطبيق القواعد العامة[3] . ويحبس المقاول ما تحت يده ، لا المادة التى قدمها فحسب بل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ – ص ٤٨ فى الهامش .

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نصوص تقابل هذه النصوص ، ومع ذلك فالفقه والقضاء فى فرنسا يقرران للمقاول حق الحبس ، بناء على مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ومدا لحق حبس المقاول للمادة التى وردها من عنده باعتباره بائعاً لها ، وعملا بالمادة ٤٨ من الباب الأول من تقنين العمل التى تعطى للعامل الصانع حق الحبس بشروط معينة (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ – فقرة ٤٠٢٣ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥) .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٩ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ .

المادة التى قدمها رب العمل نفسه والأدوات والمهمات التى تسلمها منه . فهذه كلها واجب تسليمها لرب العمل فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم إلى أن يستوفى أجره[١] . وتنص المادة ٦٧٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى على أنه « يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الأشياء التى استلمها من صاحب الأمر للقيام بالعمل ، إلى أن يدفع له البدل أو الأجر وما يكون قد أسلفه عند الاقتضاء ، مالم يكن العقد يقضى بالدفع فى أجل معين . وفى هذه الحالة يكون الصانع مسئولا عن الشىء الذى يحبسه وفاقاً للقواعد المختصة بالمرتهن »[٢] .

وتسرى فى حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره القواعد العامة المقررة فى الحق فى الحبس[٣] . ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر . وذلك مالم يتفق على أن الأجر يدفع أقساطاً بحسب ما يتم إنجازه من العمل ، فما تم إنجازه ودفع أجره لايجوز حبسه ، ولا تحبس إلا الأجزاء من العمل التى تمت ولم يستوف المقاول أجرها[٤] . وإذا سلم المقاول العمل مختاراً ، انقضى حق حبسه . وينبنى على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل ، ثم أرجعه رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه ، جاز للصانع أن يحبسه فى الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة ، دون الأجر المستحق لصنع

---

(١) فللمقاول أن يحبس رخصة البناء ومستندات ملكية الأرض ، وللمهندس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل ، وللمحامى أن يحبس المستندات التى سلمها إياه موكله (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ – نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ – ١ – ٤٠ – ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ جازيت دى پاليه ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤) .

(٢) وإذا اقتصر عمل المقاول على الحفر والردم فى مكان ملك فى حيازة مالكه ، فليس للمقاول الحق فى حبس هذا المكان حتى يستوفى أجره (محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ – استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤) .

ويسقط الحق فى الحبس إذا قدم رب العمل تأميناً كافياً للوفاء بالأجرة . ويحتج المقاول بحقه فى الحبس فى مواجهة ورثة رب العمل وخلفه الخاص ودائنيه العاديين والممتازين (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ – محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ وفقرة ١٤٧) .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٦٦٨ وما بعدها .

(٤) جيوار ٢ فقرة ٧٧٧ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٨٨

الشيء ذاته فقد سقط حقه فى الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل[1] .

١١٦ — حقوق الامتياز — إجمال : لم يعط القانون للمقاول بوجه عام حق امتياز على العمل ضماناً لحقه فى الأجر ، ولكنه أعطى هذا الحق للمقاول فى مواضع متفرقة يمكن حصرها فيما يأتى :

أولا — نصت المادة ١١٤٨ مدنى على ما يأتى : « ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه . ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

ثانيا — نصت المادة ١١٤٠ مدنى على ما يأتى : « ١ — المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ — وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها » .

ثالثا — إذا قدم المقاول المادة من عنده اعتبر بائعا لها[2] ، ويترتب على ذلك أن يكون له حق امتياز بائع المنقول على هذه المادة (م ١١٤٥ مدنى) .

وليس هنا مجال بحث حقوق الامتياز هذه ، فمكان بحثها يكون عند الكلام فى التأمينات العينية .

الفرع الثالث

المقاولة من الباطن

١١٧ — التنازل عن المقاولة : لم يعرض التقنين المدنى للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاولة من الباطن ، وذلك لأن التنازل عن المقاولة أقل

---

(١) جيوار فى حق الحبس فقرة ٢٦ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ ص ١١٤٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ .

وقوعاً فى العمل من المقاولة من الباطن ، وإذا وقعت فيكفى فى تنظيمها القواعد العامة .

والتنازل عن المقاولة تتخذ إحدى صورتين[١] .

(الصورة الأولى) وهى الأكثر وقوعاً تتحقق بأن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق ، وتجرى فى شأنها أحكام حوالة الحق . فتصح باتفاق بين المقاول وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال له ، ويكفى لسريانها فى حق رب العمل إعلانه بالحوالة (م ٣٠٥ مدنى) . ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لما يمول به عملية المقاولة ، فينزل عن حقه فى الأجرة وقد يكون ذلك على سبيل الرهن ، للحصول على المال اللازم من أحد المصارف أو من أحد الممولين . وفى هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة فى مكان المقاول[٢] ، ويجوز لرب العمل أن يتمسك قبله بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول وقت نفاذ الحوالة فى حقه كما يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة ، وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حوالة الحق (م ٣١٢ مدنى) .

(والصورة الثانية) تتحقق بأن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل فى عقد المقاولة ، ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل[٣] . ويجب فى هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلى ، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته . فيتم التنازل عن المقاولة إذن

---

(١) وهناك صورة ثالثة نادرة فى العمل ، وهى تتحقق بأن رب العمل نفسه هو الذى يتنازل عن عقد المقاولة ، كأن يبيع مثلا الأرض التى قاول على إقامة بناء فيها ويتنازل فى الوقت ذاته لمشترى الأرض عن عقد المقاولة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات (انظر فى هذه الصورة بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٣ — فقرة ٤٠٧٤) .

(٢) ولا يجوز لموردى المقاول الرجوع على المتنازل له عن الأجرة بأثمان ما وردوه للمقاول (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٣) .

(٣) وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل ، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاولة بنفسه فيتنازل عن المقاولة لآخر ويدفع له مبلغاً يحدد به خسارته (انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٩) . وإذا لم يشترط دفع مقابل ، كان التنازل دون مقابل (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٩) .

باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له ، ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً فى حقه ، لأن الإعلان وحده لايكفى إلا فى نقل حقوق المقاول قبله ، أما فى نقل التزامات المقاول نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين (م ٣١٦ مدنى) .

وإذا تم التنازل عن المقاولة على هذا الوجه ، أصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل ، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول . ويختفى المقاول المتنازل ، ولايعود له شأن فى المقاولة التى انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول المتنازل له . بل إن المقاول المتنازل لا يكون مسئولا عن المقاول المتنازل له ولاضامناً له ، كما يضمن المستأجر الأصلى المتنازل له عن الإيجار بموجب نص صريح (م ٥٩٥ مدنى) ، لأن هذا النص إذا كان موجوداً فى عقد الإيجار فإنه لايوجد فى عقد المقاولة .

١١٨ — المقاولة من الباطن — الشرط المانع — نص قانونى : تنص المادة ٦٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — 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 » .

« ٢ — ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٦٩٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت « أو » التخييرية بواو العطف فى الفقرة الأولى قبل عبارة « لم تكن طبيعة العمل » لأن ذلك يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفى و« الواو » تفيد ضرورة اجتماع الشرطين . وأصبح رقم المادة ٦٦١ . وأقرها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩ — ص ٥١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م ٤١٣/٥٠٥ : يجوز للمقاول أن يقاول غيره على عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد فى عقد المقاولة ما يمنع من ذلك ، ولكنه يبقى مسئولا عن عمل —

ونخلص من النص المتقدم الذكر أن للمقاول أن يقاول من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه [١]، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك . والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً . فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة فى عقد المقاولة ، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها . فإذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية كما يقول النص ، كأن كان العمل محل المقاولة عملا فنياً لحأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفايته الفنية ، فإنه يكون هناك شرط مانع ضمنى من أن يكل المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول من الباطن ، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً . فإذا قاول شخص رساماً أو طبيباً أومهندساً ، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يقاول من الباطن كأن يعهد بالعمل أوببعضه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أومهندس آخر يقوم به مكانه . حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة فى عقد المقاولة على المنع من المقاولة من الباطن [٢] . وإذا قام شك فى أن هناك شرطاً

= المقاول الثانى . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٢ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٣٥ : من يؤجر عمله أو خدمته لا يجوز له أن يعهد فى الإجراء إلى شخص آخر إذا كان يستنتج من نوع العمل أومن مشيئة المتعاقدين أن من مصلحة المستأجر أن يقوم المؤجر نفسه بالعمل .

م ١/٦٣٨ يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) والمقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ، ويختلف فى ذلك عن العامل الذى يعمل بتوجيه المقاول الأصلى وتحت إشرافه (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦) .

(٢) أما فيما يتعلق بالمحامى فقد نصت المادة ٨٦ مرافعات على أنه « يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة فى التوكيل » .

مانعاً ضمنياً ، فسر الشك فى معنى المنع فيحرم على المقاول المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل فى ذلك[١] .

والشرط المانع ، سواء كان صريحاً أوضمنياً ، لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أوغير فنيين فى إنجاز العمل ، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقاولة[٢] .

ويجوز ، إذا وجد الشرط المانع الصريح أو الضمنى ، أن يتنازل عنه رب العمل ، فيتحلل منه المقاول ويكون له الحق فى المقاولة من الباطن[٣] . وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع الصريح أو الضمنى صريحاً ، كذلك قد يكون ضمنياً كأن يتعامل رب العمل مع المقاول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ماهو مدين به للمقاول الأصلى . وإذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، لم يجز له الرجوع بعد ذلك فى تنازله ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه .

وإذا وجد الشرط المانع ، صريحاً كان ضمنياً ، وجب على المقاول مراعاته ،

---

(١) وهذا الرأى هو الذى تأخذ به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « على أنه عند قيام الشك يحرم المقاول من حق المقاولة من الباطن ، إلا إذا أذن له رب العمل بذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠) .

وفى فرنسا لا يوجد نص صريح يبيح المقاولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع ، ولكن الرأى السائد هو الإباحة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٥٩ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ – ص ٤٠٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩ ص ١٦٨ – وكانت هذه هى تقاليد القانون الفرنسى القديم : پوتييه فى الإيجار فقرة ٤٢٠ – فقرة ٤٢١) . ولكن بعض الفقهاء فى فرنسا لا يبيحون المقاولة من الباطن ولا التنازل عن المقاولة (هيك ١٠ فقرة ٤١٧) ، والبعض لا يبيحه إلا إذا كان العمل يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر ويعنى هذا الإباحة إلا إذا كانت طبيعة العمل تمنع ذلك (جيوار ٢ فقرة ٨١٨ : ولكنه يرى أن إقامة بناء على أساس تصميم معين عمل لا يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر) .

(٢) بيزوس ص ١٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٦٨٠ ص ٨٨ .

(٣) وكما يكون لرب العمل حق التنازل عن الشرط المانع ، كذلك يكون له وحده دون غيره حق التمسك بهذا الشرط (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢م ٢٥ ص ٤٥) . فلا يجوز للمقاول أن يتمسك به ضد المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

وإلا كان معرضاً للجزاء الذى تقضى به القواعد العامة . فيجوز لرب العمل أن يطلب من المقاول تنفيذ التزامه عيناً ، بأن يجبر المقاول على أن يقوم هو بتنفيذ العمل شخصياً دون المقاول من الباطن ، كما يجوز لرب العمل طلب فسخ المقاولة الأصلية بناء على أن المقاول لم يقم بالتزاماته ، وليست المحكمة ملزمة حتماً بإجابة رب العمل إلى ما يطلبه من فسخ الإيجار ، بل لها أن ترفض هذا الطلب وأن تكتفى بإلزام المقاول أن يقوم هوشخصياً بتنفيذ العمل الموكول إليه . ولرب العمل ، سواء طلب التنفيذ العينى أوطلب الفسخ ، أن يطلب تعويضاً من المقاول إذا كان قد أصابه ضرر ، والمسئول عن التعويض فى الحالتين هو المقاول الأصلى لا المقاول من الباطن . وللمقاول من الباطن ، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالتنفيذ العينى أو بالفسخ ، أن يرجع بدوره على المقاول الأصلى يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن[1] .

---

(١٠) وفى فرنسا يقع أن يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لا تكون مهمته أن يقدم شيئاً من المواد اللازمة للعمل ، بل تنحصر هذه المهمة فى أن يقوم بالعمل مع عمال هو الذى يحضرهم بنفسه . ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين المقاول الأصلى وهؤلاء العمال ، فهم لا يعرفون إلا المقاول من الباطن يتقاضون منه أجورهم ويتلقون منه التعليمات اللازمة للقيام بالعمل . ويتقاضى المقاول من الباطن من المقاول الأصلى أجراً معيناً ، يدفع منه أجور العمال ، وما بقى فهو ربح له . وهذا العقد يسمى فى القانون الفرنسى marchandage ، ويسمى المقاول من الباطن marchandeur أو tâcheron . وأكثر ما يخشى من هذا العقد أن يستغل المقاول من الباطن العمال فيبخسهم أجورهم ، حتى يحتفظ لنفسه بأكبر ربح ممكن . ومن أجل ذلك صدر دكريتو ٢ مارس سنة ١٨٤٨ (وأعقبه قرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨) يحرم استغلال المقاولين من الباطن العمال ، ويجعل هذا الاستغلال جريمة معاقباً عليها . وقد أدمج هذا الدكريتو فى المادتين ٣٠ (ب) و١٠٣ من الكتاب الأول من تقنين العمل . وقد فسرت محاكم الاستئناف فى فرنسا هذه النصوص على أنها تحرم أصلا كل مقاولة من الباطن يكون الغرض الوحيد منها توريد عمال يشتغلون بتوجيه المقاول من الباطن ويأخذون أجورهم منه (أورليان ١١ يوليه سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ - ٢ - ٣٩٣ - Bourges ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ٣٠٠) . ولكن محكمة النقض فى فرنسا قضت بأن عقد المقاولة من الباطن فى هذه الحالة ليس محرماً فى ذاته ، بل المحرم هو استغلال المقاول من الباطن العمال ، فإذا ثبت أن عقد مقاولة من الباطن مكن المقاول من الباطن أن يستغل العمال فهذا العقد يكون باطلا ويستوجب العقوبة الجنائية (نقض فرنسى جنائى ٤ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ - ١ - ٣٦٩ - ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ - ١ - ١٦٩ (الدوائر المجتمعة) - ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢١٦) . ثم صدر مرسوم بقانون فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يحرم هذا النوع -

١١٩ — قيام علاقات متنوعة فى حالة المقاولة من الباطن : فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أو ضمنى ، إوكان هناك شرط مانع وتنازل عنه رب العمل ، وعقد المقاول مقاولة من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه ، فإن المقاولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى فى حق رب العمل . ويلجأ المقاول إلى المقاولة من الباطن عادة فى المقاولات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب ، فيعهد المقاول الأصلى لمقاولين من الباطن ، إذا كان العمل بناء مثلا ، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التى تشتمل عليها المقاولة ، ويقوم المقاول الأصلى بالتنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن[1] .

ويترتب على المقاولة من الباطن قيام بعلاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلى : (١) علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن . (٢) علاقة المقاول الأصلى برب العمل . (٣) علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن . ونستعرض هذه العلاقات الثلاث :

§ ١ — علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن

١٢٠ — علاقة رب عمل بمقاول : تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول ، ينظمها عقد المقاولة من الباطن . فيكون المقاول الأصلى بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل ، عليه جميع التزامات رب العمل . ويكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلى مقاولا ، عليه جميع التزامات المقاول .

ومن ثم يوجد عقدا مقاولة : عقد المقاولة الأصلى يحكم العلاقة بين رب

= من الاستغلال . انظر فى هذه المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦١ — فقرة ٤٠٦٣ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٩ — فقرة ٩٢٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٥ — چوسران ٢ فقرة ١٢٨٨ ص ٦٧٦ .

أما مقدمو الأنفار فى مصر فهم لا يعملون بأنفسهم ، بل يقتصرون على توريد العمال ومنهم عمال التراحيل .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٨ .

العمل والمقاول الأصلى ، وعقد المقاولة من الباطن يحكم العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن . وليس من الضرورى أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين ، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة ، كمقدار الأجرة وشروط العقد . فقد تكون الأجرة فى المقاولة من الباطن أقل أو أعلى من الأجرة فى المقاولة الأصلية . وقد لا يوجد الشرط المانع فى المقاولة الأصلية ، ويوجد هذا الشرط فى المقاولة من الباطن . وقد يضع المقاول الأصلى شرطاً جزائياً فى المقاولة من الباطن ، ولا يوضع هذا الشرط فى المقاولة الأصلية .

١٢١ — التزامات المقاول الأصلى نحو المقاول من الباطن : ويلتزم المقاول الأصلى كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل . وقد رأينا أن هذه الالتزامات هى تمكين المقاول من إنجاز العمل ، وتسلم العمل بعد إنجازه ، ودفع الأجر.

فيلتزم المقاول الأصلى بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل . فإذا كان المقاول من الباطن فى حاجة إلى مهمات وأدوات ومواد تعهد المقاول الأصلى بتقديمها له ، وجب على هذا الأخير أن ينفذ تعهده ، وأن يسلم المقاول من الباطن هذه المهمات والأدوات والمواد فى وقت مناسب . وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضى أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج ، وجب على المقاول الأصلى أن يقدم له ذلك لتمكينه من العمل . وعلى المقاول الأصلى أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن ، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعددين ، بحيث لا يحول أحد دون تمكن الآخرين من تنفيذ أعمالهم . فإذا لم يقم المقاول الأصلى بالتزامه من تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل على هذا النحو ، كان للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالى فيما يقتضى تدخل المقاول الأصلى كما إذا كان هذا ملزماً بتقديم مواصفات ورسوم ونماذج ، وكان له كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض . وقد سبق بيان التزام رب العمل بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٨ – فقرة ٧٩ .

ويلتزم المقاول الأصلى أيضاً بتسلم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه . متى أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلى ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل ، اعتبر أنه قد تسلمه . وله أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول من الباطن قد خالف ماورد فى عقد المقاولة من الباطن من الشروط أوما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ويكون تسلم المقاول الأصلى للعمل فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة ، وفى جميع الأحوال يجب على المقاول الأصلى أن يقوم بتنفيذ التزامه من تسلم العمل وتقبله بمجرد أن يتم المقاول من الباطن العمل ويضعه تحت تصرفه أى يسلمه إياه . ويكون التسلم فى مكان التسليم ، ويتم باستيلاء المقاول الأصلى على العمل وفقاً لطبيعته . وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة أوكان الأجر محدداً بسعر الوحدة ، جاز لكل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل جزء أو وحدة من العمل . والمفروض أن المقاول الأصلى ، إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول من الباطن تحت الحساب . وإذا لم يقم المقاول الأصلى بالتزامه من تسلم العمل وتقبله فى الميعاد القانونى ، كان للمقاول من الباطن أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا ، ويمكن فوق ذلك وطبقاً للقواعد العامة أن يلجأ المقاول من الباطن إلى إجراءات العرض الحقيقى . وقد بسطنا التزام رب العمل بتسلمه وتقبله تفصيلا فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[1] .

ويلتزم المقاول الأصلى أخيراً بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن . فيدفع له الأجر المتفق عليه بينهما ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر وجب الرجوع فى تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذى قام به المقاول من الباطن والنفقات التى صرفها فى إنجازه (م ٦٥٩ مدنى) . وإذا اتفق على أجر بمقتضى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٠ – فقرة ٨٦ .

مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول من الباطن أن يخطر فى الحال المقاول الأصلى بذلك ، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الأجر ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات . وإن هو أخطر المقاول الأصلى ، كان له أن يرجع بزيادة فى الأجر تقابل المجاوزة المحسوسة لتقديرات المقايسة . فإذا كانت هذه المجاوزة جسيمة ، جاز للمقاول الأصلى أن يقف تنفيذ العمل وأن يتحلل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٥٧ مدنى) . أما إذا اتفق على أجر إجمالى جزافى على أساس تصميم معين ، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حصل فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من المقاول الأصلى أو أن يكون مأذوناً به منه . فإذا أذن المقاول الأصلى فى تعديل التصميم أو فى الإضافة إليه ، وجب عليه أن يدفع زيادة فى الأجر تقابل ماوقع فى التصميم من تعديل أو إضافة ، وذلك دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه وبين المقاول من الباطن لا على التعديل فى ذاته ولا على مقدار الزيادة فى الأجر . وإنما وجب الاتفاق الكتابى طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى فى العلاقة مابين رب العمل والمقاول الأصلى ، لافى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، وقد سبق ببيان ذلك[1] . وليس للمقاول من الباطن ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدى العاملة أوغيرها من التكاليف ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر الإجمالى الجزافى المتفق عليه ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ المقاولة من الباطن عسيرا . على أنه إذا انهار التوازن بين التزامات كل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد (م٦٥٨/٣ و٤ مدنى) . والمدين بالأجر هو المقاول الأصلى وورثته من بعده ، دون رب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

العمل بالرغم من أنه هو الذى انتفع بالعمل ، ومع ذلك سنرى أن للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل بمقدار ماهو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى . والدائن بالأجر هو المقاول من الباطن ، وورثته من بعده . ويستحق دفع الأجر للمقاول من الباطن عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ويكون الدفع فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق فى المكان الذى يقضى به العرف ، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف فى موطن المقاول الأصلى وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وإذا أخل المقاول الأصلى بالتزامه من دفع الأجر ، فللمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العينى ، وله أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، وفى الحالتين له أن يطلب التعويض إذا كان له محل . وله أن يحبس العمل حتى يستوفى الأجر ، كما أن له حقوق امتياز فى المواضع التى نص القانون على أن يكون فيها للمقاول حق امتياز . وقد بينا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى التزام رب العمل بدفع الأجر للمقاول ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[1].

١٢٢ — التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلى : ويلتزم المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل . وقد قدمنا أن هذه الالتزامات هى إنجاز العمل ، وتسليمه بعد إنجازه ، وضمانه بعد التسليم .

فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به إليه من المقاول الأصلى ، سواء كان هو كل العمل محل المقاولة الأصلية أوكان جزءاً من هذا العمل ؛ ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة من الباطن ، وبالشروط الواردة فى هذا العقد . فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٧ — فقرة ١١٦ — ويجوز كذلك للمقاول الأصل أن يتحلل من عقد المقاولة من الباطن ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول من الباطن عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى وسيأتى بيانها (انظر عكس ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٧ : ولكنهما يسلمان أنه يجوز أن يشترط المقاول الأصل على المقاول من الباطن ثبوت هذا الحق له ، بل يجوز أن يشترط المقاول الأصل على المقاول من الباطن جواز التحلل من عقد المقاولة من الراس دون أن يدفع أى تعويض ، ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٥ — ١ — ٨١ — وانظر فى المعنى الذى نقول به محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠) .

اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول من الباطن . وإذا احتاج المقاول من الباطن فى إنجازه للعمل إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلى بتقديمها له ، فعليه هو أن يأتى بها على نفقته ، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أولم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل . وقد يحتاج المقاول من الباطن إلى أيد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل . فنى هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . وإذا كان المقاول من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المادة التى يستخدمها ، كالأخشاب للأبواب والشبابيك وكالأدوات الصحية ، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلى . وفى اختيار المادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها ، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب عليه أن يتوخى فى الاختيار أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى عقد المقاولة من الباطن أومما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له . وإذا لم يتفق مع المقاول الأصلى على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أومن أى ظرف آخر ، التزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط . وهو ضامن للعيوب الخفية التى توجد فى المادة التى يقدمها ، ويضمن هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها ، ولكن لايضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . وإذا كان المقاول الأصلى أو رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً عما استعملها فيه ويرد مابقى منها . فإذا صار شىء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشىء . ويلتزم كذلك بأن ينجز 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 وتبعا لعرف الحرفة . وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل على الوجه المتقدم ، جاز للمقاول الأصلى أن يطلب التنفيذ العينى ، كما يستطيع طلب فسخ المقاولة من الباطن ، وله أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض . وإذا ثبت فى أثناء

سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز للمقاول الأصلى أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ فى خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة ، جاز للمقاول الأصلى أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن . على أنه يجوز طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح مافى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا (م ٦٥٠ مدنى) . وإذا تأخر المقاول من الباطن 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 للمقاول الأصلى طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن دون انتظار لحلول أجل التسليم . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى التزام المقاول بإنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[1] .

ويلتزم المقاول من الباطن أيضاً بتسليم العمل بعد إنجازه . ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف المقاول الأصلى ، بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه دون عائق . ويكون ذلك فى الميعاد المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق فى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة . ويسلم العمل فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق فى المكان الذى يعينه عرف الحرفة ، وإن لم يكن هناك عرف فى مكان وجود العقار أو المنقول ، وإلا ففى موطن المقاول من الباطن أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وجزاء الإخلال بالتزام التسليم هو طلب التنفيذ العينى إذا كان ممكناً فيجبر المقاول من الباطن على التسليم ، وإلا جاز للمقاول الأصلى طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض . وإذا هلك الشىء وهو فى يد المقاول من الباطن قبل تسليمه للمقاول الأصلى بسبب حادث مفاجئ ، تحمل المقاول من الباطن تبعة الهلاك ، فليس له أن يطالب بالأجر ولا برد النفقات . ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها ، سواء كان هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلا عند

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦ – فقرة ٤٦ .

الكلام فى التزام المقاول بالتسليم ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[١] .

ويلتزم المقاول من الباطن أخيراً بضمان العمل . وقد تقدم أنه إذا كان المقاول من الباطن قدم المادة من عنده فإنه يكون مسئولا عن جودتها ، وعليه ضمان العيوب الخفية فيها . وإذا كان الذى قدم المادة هو المقاول الأصلى أو رب العمل ، فإن المقاول من الباطن لايكون ضامناً لعيوبها الخفية لأنه ليس هو الذى قدمها ، ولكن إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة ، وجب عليه أن يخطر المقاول الأصلى فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولا عن كل مايترتب على إهماله من نتائج . وسواء كان الذى قدم المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أورب العمل ، فإن المقاول من الباطن يكون فى جميع الأحوال ضامناً لأى عيب فى الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه . فإذا كان العيب فى الصنعة واضحاً ، بحيث يمكن للمقاول الأصلى أن يكشفه ، وتسلم هذا العمل وتقبله دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه فى الرجوع على المقاول من الباطن ، ويبقى مسئولا عن العيب نحو رب العمل ، ومن ثم ينقضى ضمان المقاول من الباطن للعيب الواضح بمجرد تسلم المقاول الأصلى العمل وتقبله إياه . وهذا لايمنع من أن يتحفظ المقاول الأصلى عند تسلم العمل ، ويقرر أن التسلم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد فى العمل عيباً ، وفى هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب فى المدة التى يتفق عليها مع المقاول من الباطن ، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففى مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف المهنة . وإذا كان العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل ، بقى المقاول من الباطن ضامناً للعيب المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة . وقد بسطنا هذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى ضمان المقاول بوجه عام لعيوب الصنعة ، فما قدمناه هناك ينطبق هنا[٢] .

بقى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، وقد قدمنا أنه فى العلاقة التى نحن بصددها بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن لاتسرى المادة ٦٥١

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧ – فقرة ٥٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧ – فقرة ٥٩ .

مدنى ، وهى التى تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فى المبانى أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع مايوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته : بل يكون المقاول من الباطن ضامناً لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى فى حدود القواعد العامة ، ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى العمل مع تمكنه من فحصه وكشف مابه من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لا يكون المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحرفة ، لا إلى مدة عشر سنوات كما هى الحال فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى . وقد قدمنا أن السبب فى ذلك هو أن المقاول الأصلى من أهل الخبرة والفن ، فلا يوجد مقتض لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المقاول من الباطن مدة عشر سنوات ، ويكفى فى حماية المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها حماية كافية له[1] .

§ ٢ – علاقة المقاول الأصلى برب العمل

١٢٣ – عقد المقاولة الأصلى هو الذى ينظم هذه العلاقة : أما فى تنظيم العلاقة ما بين المقاول الأصلى ورب العمل ، فقد قدمنا أن عقد المقاولة الأصلى يبقى قائماً ، وهو الذى ينظم العلاقة فيما بينهما . ولاشأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن ، فهذا العقد لايكسبه حقاً ولايرتب فى ذمته التزاماً لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير ، وذلك فيما عدا مانص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود معينة سنبحثها تفصيلا فيما يلى .

فعقد المقاولة الأصلى إذن ، دون عقد المقاولة من الباطن ، هو الذى يحدد التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى ، ويحدد التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣ – ويبقى المقاول الأصلى مسئولا نحو رب العمل عن ضمان مايظهر فى صنعة المقاول من الباطن من عيوب خفية مدة عشر سنوات . وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان ، فإن المقاول الأصلى الذى تسلم العمل من المقاول من الباطن ، لا يستطيع الرجوع عليه بالضمان إذا انقضت المدة القصيرة التى يقضى بها العرف فانتهت بانقضائها مسئولية المقاول من الباطن عن الضمان . (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ – وانظر آنفاً فقرة ٦٣ فى آخرها فى الهامش . وانظر ما يلى فقرة ١٢٥) .

١٢٤ — التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى : ومن ثم يبقى رب العمل ملتزماً نحو المقاول الأصلى ، دون المقاول من الباطن ، والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلى . فيلتزم نحو المقاول الأصلى بتمكينه من إنجاز العمل ، على النحو المفصل الذى أسلفناه . ويلتزم كذلك بتسلم العمل وتقبله من المقاول الأصلى لا من المقاول من الباطن ، وقد قدمنا ما يشتمل عليه هذا الالتزام من المسائل التفصيلية . ويلتزم أخيراً بدفع الأجر للمقاول الأصلى لا للمقاول من الباطن ، والأجر الذى يدفعه هو الأجر الذى ينشأ الالتزام به من عقد المقاولة الأصلى لا من عقد المقاولة من الباطن . وإنما يلتزم رب العمل استثناء بدفع ما فى ذمته من الأجر للمقاول الأصلى مباشرة إلى المقاول من الباطن ، بموجب نص خاص فى هذا الشأن سيأتى بحثه .

١٢٥ — التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل : ويبقى المقاول الأصلى ملتزماً نحو رب العمل ، والتزاماته تنشأ هى أيضاً من عقد المقاولة الأصلى لا من عقد المقاولة من الباطن . فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلى ، على التفصيل الذى قدمناه فى خصوص هذا الالتزام . ويلتزم كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه لرب العمل ، ويدخل فى ذلك العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن ، فإن هذا العمل يتسلمه المقاول الأصلى من المقاول من الباطن ثم يسلمه لرب العمل . ويلتزم أخيراً بضمان العمل ، لا ضماناً بموجب القواعد العامة فحسب ، بل أيضاً بضمان التهدم والعيوب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى خلال عشر سنوات على التفصيل الذى قدمناه . وقد رأينا أن المقاول من الباطن لا يضمن التهدم والعيوب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى إلا فى حدود القواعد العامة . ويترتب على ذلك أنه إذا تسلم المقاول الأصلى من المقاول من الباطن مبنى أقامه ، وسلمه لرب العمل ، فإن ضمان المقاول من الباطن لعيوب هذا المبنى نحو المقاول الأصلى لا يقوم إلا مدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلى للمبنى ، أما ضمان المقاول الأصلى لهذه العيوب نحو رب العمل فيبقى قائماً خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى .

١٢٦ — مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن نحو رب العمل

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦١ مدنى تنص على ما يأتى: « ولكنه (المقاول الأصلى) يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »[١].

ومعنى ذلك أن التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلى ، وقد سبق بيانها ، يبقى المقاول الأصلى مسئولا عنها نحو رب العمل[٢] . ولا يكون المقاول من الباطن مسئولا مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسئولا نحو المقاول الأصلى ، ثم يكون المقاول الأصلى هو المسئول نحو رب العمل[٣].

فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة ، كان المقاول الأصلى مسئولا عن ذلك نحو رب العمل . فيرجع رب العمل على المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن .

وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزاماته من تسليم العمل بعد إنجازه ، كان المسئول عن ذلك نحو رب العمل هو المقاول الأصلى لا المقاول من الباطن ، فيرجع رب العمل على المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن .

وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه بضمان عيوب الصنعة وظهر فى عمله عيب ، كان مسئولا عن هذا العيب ، نحو المقاول الأصلى ، وكان المقاول الأصلى مسئولا عن نفس العيب نحو رب العمل . فيرجع هذا الأخير على

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١٣ من القانون المدنى (القديم) ، ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك ، إلا أنها تعده مسئولا عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لا يقطع مسئولية هذا المقاول ، خصوصاً إذا كان فى شروط التعاقد ما يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) — وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٣٨٧ .

(٣) داليد رسالته فى عقد الاستصناع ص ٨١ — محمد لبيب شنب فقرة ٦٨ .

المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن . فإذا كان العيب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى ، كان المقاول الأصلى هو المقاول من الباطن ضامناً لهذا العيب خلال عشر سنوات ، أما المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان فى مدة قصيرة كما سبق القول .

ومسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن تابعه ، فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ولا يعتبر تابعاً له . وإنما هى مسئولية عقدية تنشأ من عقد الإيجار الأصلى ، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلى ، فيكون هذا مسئولا عنها قبله[1] .

§ ٣ ـ علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٢٧ العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة : وقد قدمنا أن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى يحكمها عقد المقاولة الأصلى ، ويحكم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن . ويترتب على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل ، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أى تعاقد ، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلى ، ويربط المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن .

وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة ، إذ يتوسطهما المقاول الأصلى . فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢ ـ ولما كانت مسئولية عقدية فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن وألا يكون مسئولا عن المقاول من الباطن . كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصل مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلى فى كل حقوقه والتزاماته ، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة . كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلى أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل ، فيكون هذا اشتراطاً من المقاول الأصل لمصلحة رب العمل ، ويستطيع رب العمل فى هذه الحالة أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصل بموجب عقد المقاولة (انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩) .

بالتزاماته ، بل الذى يطالب بها المقاول الأصلى . ولايطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وإنما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الأصلى[1].

١٢٨ — لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته : والتزامات المقاول من الباطن الثلاثة إنما يطالب بها مباشرة المقاول الأصلى لا رب العمل .

فالالتزام بإنجاز العمل يطالب به المقاول الأصلى المقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن كما قدمنا . ولايستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة المقاول من الباطن بهذا الالتزام ، لا بموجب عقد المقاولة الأصلى لأن المقاول من الباطن ليس طرفاً فيه ، ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن لأن رب العمل ليس طرفاً فيه . وإنما يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه المقاول الأصلى .

ولايستطيع كذلك رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتسليم العمل ، وإنما يستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلى قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .

ولايجوز أخيراً لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان ، ولكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلى فى الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .

١٢٩ — لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته : والمقاول من الباطن لا يستطيع كذلك أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته ، والذى يطالب بها مباشرة هو المقاول الأصلى .

فالالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، والالتزام بتسلم العمل وتقبله ، لا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بهما مباشرة على رب العمل ، وإنما يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلى فى الرجوع على رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة .

---

(١) ومع ذلك فقد قدمنا أن رب العمل قد يقبل المقاول من الباطن صراحة أو ضمناً ، فيحل هذا محل المقاول الأصلى فى حقوقه وفى التزاماته . ومن ثم يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته ، كما يستطيع المقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة (انظر آنفاً فقرة ١٢٦ فى الهامش) .

والالتزام بدفع الأجر لايستطيع فى الأصل المقاول من الباطن الرجوع به مباشرة على رب العمل ، ولكن يجوز أن يستعمل حق المقاول الأصلى فى أجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون أورد هنا استثناء هاماً ننتقل الآن إليه .

١٣٠ — جواز مطالبة المقاول من الباطن وعمال وعمال المقاول الأصلى لرب العمل بالأجر مباشرة — نص قانونى : تنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل » .

« ٢ — ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » .

« ٣ — وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى القديم ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية كانت تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية طفيفة على النص ، وحذفت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » من آخر الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١ — ص ٥٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم : م ٤١٤/٥٠٦ — لا يجوز للمقاولين من المقاول الأول مطالبة المالك إلا بالمبالغ المستحقة لذلك المقاول فى وقت الحجز الواقع من أحدهم أو بعده . م ٤١٥/٥٠٧ — ولهم حق الامتياز على تلك المبالغ كل منهم بقدر ما يخصه فيها ، ويجوز دفعها إليهم من طرف المالك بدون احتياج لأمر بذلك .

وقد رأينا أن المقاول من الباطن يستطيع أن يرجع على رب العمل فى خصوص الأجر المستحق له قبل المقاول الأصلى ، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الأصلى ويطالب فيها بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى . ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائنى المقاول الأصلى أن يزاحموا المقاول من الباطن ، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل ، بل يقاسمه فيه سائر دائنى المقاول الأصلى مقاسمة الغرماء . ومن أجل هذا جاء النص سالف الذكر يحمى المقاول من الباطن من مزاحمة دائنى المقاول الأصلى ، ومد حمايته إلى عمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن إذ أن هؤلاء العمال لا يقلون فى الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن ، فأعطى هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة[1] وحق امتياز يجنبانهم مزاحمة دائنى المقاول الأصلى .

= وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « يطابق هذا النص (م ٦٦٢ مدنى المادتين ٤١٤ – ٥٠٦/٤١٥ – ٥٠٧ من التقنين الحالى (القديم) ، مع تعديل يسير قضى به المشروع على النزاع الذى أثاره وجود كلمة الحجز فى النص الحالى (القديم) . والمشروع يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المختلط : ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٥٣ – حيث لم تقصر تطبيق المادة على حالة حجز ما للمدين لدى الغير ، بل طبقتها فى حالة الدعوى المباشرة التى يرفعها المقاول من الباطن على رب العمل . والفقرة الثالثة تقر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة ؛ ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢١٦ – ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٣٣٥ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧٨ : إن جميع الذين استخدموا فى إقامة المنشأ يحق لهم أن يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مديوناً به للمقاول وقت إقامة الدعوى . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) ولو اقتصر القانون على الدعوى غير المباشرة التى يزاحم فيها سائر دائنى المقاول الأصلى ، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية ، فالمقاول من الباطن والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلى معسراً ، فزاحمة دائنيه للمقاول من الباطن والعمال تنقص كثيراً =

ونبحث فى صدد هذه المطالبة الى يقرر النص توجيهها إلى رب العمل المسألتين الآتيتين : (١) من يكون طرفاً فى المطالبة . (٢) ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز.

١٣١ — من يكون طرفا فى المطالبة : يقرر النص سالف الذكر أن الدائنين فى المطالبة هم المقاولون من الباطن وعمال المقاول وعمال المقاول من الباطن .

فالمقاول من الباطن يكون طرفاً فى المقاولة ، وهو دائن يطالب فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلى وما يتبع الأجر من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد [1]. والطرف الآخر فى هذه المطالبة ، أى الطرف المدين ، هو رب العمل ، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن . فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن

= من قيمة رجوع هؤلاء الأخيرين على رب العمل (لوران ٣٠ فقرة ٤٥ – جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٧ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٢ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٩) .

والتقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٧٩٨ ليس صريحاً فى إعطاء الدعوى المباشرة لعمال المقاول ، ولكن الفقه الفرنسى يذهب كما رأينا إلى تفسير المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى بأنها تعطى لعمال المقاول دعوى مباشرة ، بل وتعطيها أيضاً لصغار المقاولين من الباطن الذين يعملون بأيديهم . وذهب القضاء الفرنسى أيضاً هذا المذهب (نقض فرنسى ١٨ يناير سنة ١٨٥٤ سيريه ٥٤ – ١ – ٤٤١ – ١٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٥٦٣ – دويه ١٣ أبريل سنة ١٨٣٣ سيريه ٣٣ – ٢ – ٥٣٦ – ليون ٢١ يناير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦ – ٢ – ٢٦٢ – مونپلييه ٢٢ أغسطس سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٣ – ٢ – ٦٨٥) . انظر فى مناقشة إعطاء الدعوى المباشرة للعمال فى القانون الفرنسى بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٨ – فقرة ٤٠٣٠ (ويذهبان إلى أن المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى لا تعطى للعمال إلا الدعوى غير المباشرة يرفعونها باسم المقاول الأصلى طبقاً للقواعد العامة : انظر بوجه خاص فقرة ٤٠٣٧ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠١٢) . ولكن بعد صدور تقنين العمل انتفى كل شك فى وجود الدعوى المباشرة ، فقد قضت المادة ٤٧ من الجزء الأول من هذا التقنين صراحة بوجود هذه الدعوى لصالح البنائين والنجارين وغيرهم من العمال بالشروط المقررة فى المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى .

(١) ويدخل فى ذلك أيضاً استرداد التأمين من رب العمل (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١م ١٣ ص ٢١٦) .

دائن للمقاول الأصلى بأربعمائة ، وأن المقاول الأصلى دائن لرب العمل بخمسمائة ، فإن المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة . أما إذا كان المقاول الأصلى دائناً لرب العمل بثلثمائة ، فإن المقاول من الباطن لايطالب رب العمل إلا بثلثمائة .

والعامل الذى يعمل عند المقاول مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة ، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أوقاول على بعضه من الباطن . ففى جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع ، فى حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له فى ذمق المقاول بموجب عقد العمل[1] ، على رب العمل بما هو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل .

والعامل الذى يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة ، ويرجع فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل : (أولا) على المقاول الأصلى باعتباره رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن ، فهو مدين مدينه ؛ ويرجع بما هو مستحق فى ذمة المقاول الأصلى للمقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على المقاول الأصلى . (ثانيا) على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلى ، فهو مدين مدين مدينه . ويرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل . وهذا مانصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر ، إذ تقول : « ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل » .

---

(١) أما إذا كان مصدر حق العامل فى ذمة المقاول سبباً آخر غير عقد العمل ، كالمسئولية التقصيرية ، فلا يرجع العامل فى هذه الحالة على رب العمل بالدعوى المباشرة ، ولكن يجوز له الرجوع بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٥) . وقد قضى بأنه إذا وقع حادث للعمال الذين عينهم المقاول من الباطن وقبلوا أن يعملوا تحت إشرافه ، فيكون هو المسئول وحده عن كل ما يصيبهم بسبب إهماله فى عمله (الإسكندرية الوطنية ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٦٢ ص ١٢٩) .

أما إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضاً بدوره من الباطن ، فالمقاول من الباطن الثانى يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلى باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول ، ولكنه لايرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر لاتعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قاول مقاوله وهو هنا المقاول الأصلى . وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم ، وعلى المقاول الأصلى وهو مدين مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم ونصوص المادة ٦٦٢ مدنى تقصر عن ذلك بالنسبة إلى العمال[1].

١٣٢ — ما يترتب عليه النتائج على الدعوى المباشرة وهى الامتياز : ونفرض أن المقاول من الباطن أوعاملا للمقاول يريد الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل . وقد قدمنا أنه يرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة .

فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء[2] ، يجوز للمقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه المترتب فى ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ، ويكون هذا التصرف سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل . يستطيع المقاول الأصلى أن يستوفى هذا الحق من رب العمل كله أوبعضه ، ويكون

---

(١) وليس لموردى المقاول الأصلى (fournisseurs) دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وردوه للمقاول الأصلى ولا حق امتياز ، لأن نص المادة ٦٦٢ مدنى لا يشمل الموردين كما شمل المقاولين من الباطن والعمال (انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى القديم استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٨) . ولكن يجوز ، فى دفتر الشروط مثلا ، أن يكفل رب العمل المقاول فى الديون التى تنشأ فى ذمة هذا الأخير للموردين ، ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنين معينين (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٣ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢١١ : ويذهبون إلى أن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير) .

ومن جهة أخرى لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلى عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه ، وقد استمدوا حقوقهم من القانون (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٤٣ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣).

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

هذا الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل[١]، ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٩٥ مدنى[٢] . وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل وما عليه له ، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء . ويستطيع المقاول الأصلى كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل ، مادام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء[٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩ – إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ٣٥٧ هامش ٣ – ويكون الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص ٢١٣ – قارن دعوى المؤجر المباشرة قبل المستأجرين من الباطن حيث تنص المادة ٢/٥٩٦ مدنى على ما يأتى : « ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى ، ما لم يكن قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت ثم وقت الإيجار من الباطن » – وانظر كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٩) . وكذلك يكون الحجز الموقع من دائن المقاول الأصلى تحت يد رب العمل سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل إذا كان قد حكم بصحة هذا الحجز قبل إنذار رب العمل بالوفاء (باريس ١٢ أبريل سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ٥ – ٢٩١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص٢١٣) – وانظر فى كل ذلك أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٢١ . ولكن قضى بأن الحجز تحت يد رب العمل لا يمنعه من أن يسدد أجر المقاول من الباطن وأجر العمال حتى يقوموا بإنجاز العمل ، إلا إذا فعل رب العمل ذلك غشا إضراراً بحق الدائن الحاجز (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣) .

وهناك رأى يذهب إلى أن الوفاء ، حتى يكون سارياً فى حق المقاول من الباطن والعامل ، يجب أن يكون بحسن نية (جيوار ٢ فقرة ٨٩٨) . ولكن الصحيح أن الوفاء يكون سارياً فى حق المقاول من الباطن والعامل حتى لو كان رب العمل عالماً بأن فى ذمة المقاول الأصلى مبلغاً مستحقاً لهما ، ما داما لم ينذرا رب العمل بالوفاء (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٣٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦١) ، وذلك ما لم يثبت أن هناك غشاً وتواطؤاً بين رب العمل والمقاول الأصلى . ويكفى أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء حتى يغل يد المقاول الأصلى ، وليس من الضرورى أن يسبق ذلك حجز تحت يد رب العمل (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥) .

ولا يجوز للمقاول من الباطن أو العامل أن يرجع على المقاول الأصلى الذى استوفى حقه من رب العمل قبل الإنذار بالوفاء ، بحجة أن المقاول الأصلى قد أثرى على حسابه دون سبب ، فإن المقاول الأصلى قد قبض ما يستحقه بموجب عقد المقاولة الأصلى وهذا هو السبب فى إثرائه ، فلا يكون إثراؤه إذن دون سبب (نقض فرنسى ٢ مايو سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ – ١ – ٢٤٧ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢١ هامش ٤٤) .

(٣) ويستطيع رب العمل أن يجنب عمال المقاول من الباطن كل هذه الدفوع لو أنه ، فى –

ثم يقع بعد ذلك أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء تمهيداً لرفع الدعوى المباشرة عليه . ولايحتاج ، حتى يمكنه رفع هذه الدعوى ، أن يرجع أولا على المقاول الأصلى ، وليس من الضرورى أن يكون المقاول الأصلى معسراً ، فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه المقاول من الباطن أو العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل[1] . ومن وقت الإنذار بالوفاء يمتنع على المقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه ، ويكون هذا التصرف غير سارفى حق المقاول من الباطن أو العامل . فإذا وفى رب العمل المقاول الأصلى حقه كله أو بعضه ، فإن هذا الوفاء لايسرى فى حق المقاول من الباطن أو العامل ، بل إن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله فى حدود ما له فى ذمة المقاول الأصلى ، ويرجع رب العمل على المقاول الأصلى بما دفعه للمقاول من الباطن أو العامل[2] . كذلك لاتجوز المقاصة بين حق المقاول الأصلى فى ذمة رب العمل ودين فى ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة . ومن ذلك الوقت أيضاً لايجوز للمقاول الأصلى إبراء رب العمل .

ويخلص من ذلك أن المقاول من الباطن أو العامل ، متى رفع الدعوى المباشرة على رب العمل ، أمكنه أن يحصل من طريق هذه الدعوى على جميع ما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت الإنذار بالوفاء ، وذلك

= دفتر الشروط مثلا ، اشترط لمصلحة هؤلاء العمال على المقاول الأصلى أن يدفع هذا الأخير لهم أجورهم . فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ، بموجبه يرجع عمال المقاول من الباطن على المقاول الأصلى مباشرة بأجورهم ، ولا يستطيع المقاول الأصلى أن يحتج عليهم بأنه سبق أن وفى المقاول من الباطن كل ما يستحقه ولو كان هذا الوفاء قد وقع قبل رفع العمال الدعوى المباشرة على المقاول الأصلى . كذلك لا يستطيع المقاول الأصلى أن يحتج على العمال بحجز وقعه دائنو المقاول من الباطن تحت يده أو بمقاصة وقعت ، حتى لو كان الحكم بصحة الحجز أو وقوع المقاصة قد حصل قبل رفع الدعوى المباشرة . ولكن يجب أن يكون معنى الاشتراط لمصلحة الغير واضحاً ، فلا يكفى أن يشترط رب العمل أن يدفع المقاول من الباطن لعماله أجورهم بانتظام (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وروا ست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٤ – نقض فرنسى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٣٢٤) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٨ – وإذا أفلس المقاول الأصلى فتقدم المقاول من الباطن أو العامل فى تفليسته ، فإن هذا لا يمنعه من الرجوع أيضاً بالدعوى المباشرة على رب العمل ، حتى يستوفى جميع حقوقه من التفليسة ومن رب العمل (باريس ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ – ٢ – ١٥٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٨) .

(٢) حتى لو كان الوفاء للمقاول الأصلى واقعاً على حق مستحق الأداء .

فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول الأصلى . فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائنى المقاول الأصلى ، وهذه هى المزية الكبرى للدعوى المباشرة[١] .

ويستطيع أيضاً أن يحصل على هذه المزية ، فيتجنب مزاحمة دائنى المقاول الأصلى ، لو أنه بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة وقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى[٢]. فإنه فى هذه الحالة يكون له حق امتياز ، يتقدم به على سائر دائنى المقاول الأصلى . ومحل هذا الامتياز هو المبلغ الذى يكون فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت توقيع الحجز[٣] ، والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل فى ذمة المقاول الأصلى[٤] . فيتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التى فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت توقيع الحجز ، متقدماً على سائر دائنى المقاول الأصلى[٥] فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر فى هذا المعنى : « ولهم (للمقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الأصلى) فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة ». فقبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل[٦] ،

---

(١) أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم ، فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى يفى بجميع حقوقهم ، قسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم ، كل بنسبة حقه . ويستوى فى ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن ، أو هم وعمال المقاول ، أو هؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن .

(٢) فإذا كان المطالب هو عامل للمقاول من الباطن ، فإنه يوقع الحجز تحت يد رب العمل ، أى تحت يد مدين مدينه خلافاً للقواعد المقررة فى الحجز تحت يد الغير .

(٣) وحق الامتياز موجود بحكم القانون ، فالحجز لا يوجده ، ولكن فائدة الحجز هى فى تحديد محل الامتياز (محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩) .

(٤) أو هو ما لعمال المقاول من الباطن فى ذمة المقاول من الباطن ، يرجعون به ، كما قدمنا ، إما على المقاول الأصلى فى حدود ما فى ذمته للمقاول من الباطن ، وإما على رب العمل فى حدود ما فى ذمته للمقاول الأصلى .

(٥) قارن محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ .

(٦) أو تحت يد المقاول الأصلى فى حالة عمال المقاول من الباطن .

يستطيع رب العمل أن يوفى المقاول الأصلى[١] ما لهذا فى ذمته . ولكن من وقت توقيع الحجز تحت يده ، يجب عليه أن يوفى أولا حقوق المقاولين من الباطن والعمال ، مقدماً إياهم على سائر دائنى المقاول الأصلى حتى لو حجز هؤلاء تحت يده . فإذا لم يف مافى ذمته للمقاول الأصلى بحقوق المقاولين من الباطن والعمال ، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء ، كل بنسبة حقه ، ولم يأخذ سائر دائنى المقاول الأصلى شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل . ويجوز لرب العمل ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضى ، أن يؤدى هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال على النحو السالف الذكر[٢].

بقى أن نواجه فرضاً أخيراً ، هو أن ينزل المقاول الأصلى عن حقه فى ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق ، وكانت القواعد العامة تقضى بأن هذه الحوالة تسرى فى حق المقاول من الباطن أو العامل إذا صارت نافذة فى حق الغير (بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء فى حالة استعمال الدعوى المباشرة ، وقبل توقيع الحجز فى حالة استعمال حق الامتياز[٣]. ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر تنص على ما يأتى :

---

(١) أو المقاول من الباطن فى حالة عمال المقاول من الباطن .

(٢) وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة ». وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » . فحذفت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » فى لجنة المراجعة دون أن يبين سبب الحذف ، والغالب أن يكون الحذف لعدم الحاجة إلى العبارة المحذوفة ، فيبقى المعنى بالرغم من حذف العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣ – وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الهامش) .

ونرى مما تقدم أن للمقاول من الباطن أو العامل دعوى مباشرة وحق امتياز ، وقد كان أحدهما يغنى عن الآخر ، فيستغنى مثلا بحق الامتياز عن الدعوى المباشرة . ومزية حق الامتياز على الدعوى المباشرة تظهر فيما إذا لم يكن للمقاول من الباطن أو العامل إلا الدعوى المباشرة ، ورفع دائن آخر للمقاول الأصلى الدعوى غير المباشرة على رب العمل فوفى له هذا الأخير بما فى ذمته للمقاول الأصلى . فى هذه الحالة لا يملك المقاول من الباطن أو العامل – وليس له إلا الدعوى المباشرة وقد ضاعت عليه إذ لم يرفعها قبل وفاء رب العمل بما فى ذمته للمقاول الأصلى – إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء . وهذا بخلاف ما إذا كان للمقاول من الباطن أو العامل حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة ، فإنه فى هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر (انظر الوسيط ٢ فقرة ٥٥٥ ص ٩٧٩ هامش ١) .

(٣) انظر فى هذا المعنى الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

« وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقرره بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل ». ويؤخذ من هذا النص أن الحوالة لاتسرى فى حق المقاول من الباطن أوالعامل ، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أوعلى توقيع الحجز ، بل يقدم فى جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أوالعامل على حق المحال له . ويقطع فى صحة هذا التفسير أن المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى تقول فى صدد الفقرة الثالثة السابقة الذكر ما يأتى : « والفقرة الثالثة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة »[1]. وقد جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة فى عهد التقنين المدنى القديم بهذا المعنى ، فقضت هذه المحكمة فى دوائرها المجتمعة بتقديم المقاول من الباطن على المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة على الحجز[2].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣ – وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ – وانظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ – ١٨ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٥ – ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٣ – ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٩ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٢ – ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥ – ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٢ – الوسيط ٢ فقرة ٥٥٧ ص ٩٨٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ – ص ١٦١ .

الفصل الثالث

انتهاء المقاولة

١٣٣ — بيان أسباب انتهاء المقاولة : تنتهى المقاولة الانتهاء المألوف بتنفيذها . وتنتهى كذلك ، قبل تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة . وهناك أخيراً سببان لانتهاء المقاولة خاصان بها .

١٣٤ — الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة : الانتهاء المألوف لعقد المقاولة يكون بتنفيذ هذا العقد ، فينفذ رب العمل التزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه منه ودفع الأجر ، وينفذ المقاول التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل[1]. ولا يتخلف بعد ذلك إلا التزام المقاول بالضمان. فيبقى التزام المقاول بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية فى المادة التى قدمها مدة قصيرة أومدة سنة بعد تسلم العمل ، ويبقى ضمان المقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت التسلم على النحو الذى يسطناه تفصيلا فيما تقدم .

وقد تنتهى المقاولة بانقضاء المدة ، ويكون هذا تنفيذاً مألوفاً لها . والمدة ليست عنصراً أساسياً فى عقد المقاولة كما هى فى عقد الإيجار ، ولذلك ليست لها من الأهمية هنا ما لها هناك . ومع ذلك قد يقترن عقد المقاولة بمدة معينة ينجز فى أثنائها العمل . وقد تكون هذه المدة عنصراً أساسياً فى المقاولة بحيث تجعلها عقداً زمنياً . مثل ذلك أن يتعاقد رب العمل مع شركة لصيانة آلات ميكانيكية أو أجهزة كهربائية ، كصيانة المصعد أو السيارة أوالآلات الزراعية أو أجهزة الكهرباء أو أجهزة تكييف الهواء ، لمدة سنة . فالعقد هنا عقد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه أوعلى حسب العمل الذى يعمله ، أنه يعتبر منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل ، بتسلم الشىء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٤٠ ص ١١٠٧) .

مقاولة لمدة سنة ، والزمن عنصر جوهرى فيه . وتنتهى المقاولة بانقضاء مدتها[١]، ويجوز تجديدها تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمنيا . والتجديد الضمنى يكون على الوجه الذى يجدد به عقد الإيجار تجديداً ضمنياً . وقد سبق بحث ذلك فى عقد الإيجار[٢]. إلا أنه إذا جددت المقاولة تجديداً ضمنياً ، وبنفس الشروط السابقة ، فإنها تجدد لمدة غير معينة ، ويكون لكل من المتعاقدين إنهاء المقاولة فى أى وقت بعد إخطار يراعى العرف فى تحديد مدته[٣] .

١٣٥ — الانتهاء قبل التنفيذ وفقا للقواعد العامة — نص قانونى : وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف ، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة . وأهم أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها وفقاً للقواعد العامة هى استحالة التنفيذ والفسخ والتقايل .

ولم يعرض التقنين المدنى لهذه الأسباب مكتفياً بتطبيق القواعد العامة ، فيما عدا السبب الأول منها وهو استحالة التنفيذ ، فقد نص عليه نصاً صريحاً حتى يعرض بعد ذلك لما يترتب على استحالة التنفيذ الراجع لهلاك الشىء من تحمل التبعة[٤] . فنصت المادة ٦٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه[٥] » . وليس هذا النص إلا

---

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة : أولا — بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل . ثانيا — . . . » .

(٢) انظر الوسيط ٦ فى التجديد الضمنى لعقد الإيجار .

(٣) ومع ذلك قد قضى بأن التجديد الضمنى يكون لنفس المدة السابقة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) — انظر فى هذه المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٦ مكررة — محمد لبيب شنب فقرة ١٤٩ ص ١٨٢ .

(٤) ولكن حذف من النص فى مراحله التشريعية ، كما سنرى ، الجزء الخاص بتحمل التبعة اكتفاء بالقواعد العامة ، فبقى النص مقصوراً على تقرير انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذ العمل .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان المقاول مستعداً لتنفيذ العمل ، ثم استحال التنفيذ لسبب يرجع إلى رب العمل ، ولكنه سبب تتوافر فيه شروط الحادث الفجائى ، كان للمقاول الحق فى ثمن ما أنجز من عمل وفى استرداد ما أنفق من مصروفات لم تدخل فى هذا الثمن . ٢ — ويجوز فى هذه الحالة لرب العمل أن ينقص مما يؤديه للمقاول قيمة ما اقتصده هذا من جراء عدم إتمام العمل . ٣ — أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ من رب العمل ، فللمقاول أن يطالب فوق ذلك بالتعويض » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « ١ — تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل =

تطبيقاً للمبدأ العام فى انقضاء الالتزام الذى تقرره المادة ٣٧٣ مدنى إذتقول : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه » . فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبى ، كأن كان العمل رسما فنياً لا يقوم به إلا هو ثم أصيب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه كأن قطعت يده التى يرسم بها أوفقد بصره ، أوكان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة لاتحتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية ، أو كان العمل إعطاء دروس للإعداد لامتحان معين وبعد إعطاء بعض هذه الدروس مرض المدرس مرضاً استغرق الوقت الباقى لحلول موعد الامتحان ومنعه المرض من المضى فى إعطاء

= المعقود عليه . ٢ – وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدنى) . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣ مدنى) هى التى تسرى » . وأصبحت المادة رقمها ٦٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، واستبدلت عبارة « ينقضى عقد المقاولة » بعبارة « تنتهى المقاولة » الواردة فى صدر الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٦٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٧ – ص ٥٩) .

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

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٦ : ١ – تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه . ٢ – وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٩ . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكن يكون مسئولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة هى التى تسرى . (ونص التقنين العراقى مطابق لنص المشروع النهائى للتقنين المصرى ، وتتفق أحكامه مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٤٣ : تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة : أولا – . . . ثانيا – . . ثالثا – باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

الدروس[١] ، فى جميع هذه الأحوال ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى ، وينقضى التزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ مدنى التى تقضى بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه ، استحق المقاول تعويضاً ، لا بموجب المقاولة فقد انتهت ، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب . وقد فصلت المادة ٦٦٧ مدنى ذلك فى خصوص موت المقاول ، بعد أن ألحقت به أن يصبح المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لايدله فيه ، فقالت : « ١ — إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ماتم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقـــدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . ٢ — ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا . ٣ — وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه» . وسنعود إلى بحث هذا النص عند الكلام فى موت المقاول . ونكتفى هنا ، فيما نحن بصدده ، بأن نقول إن المقاول فى الأمثلة السالفة الذكر يقتضى تعويضاً من رب العمل أقل القيمتين ، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل[٢]. فالرسام ، إذا كان

---

(١) ومثل ذلك أيضاً أن يكون العمل فى حاجة لرخصة إدارية وامتنعت الإدارة عن إعطاء هذه الرخصة ، أو تكون الأرض التى تراد إقامة البناء عليها قد نزعت ملكيتها للمنفعة العامة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٥) .

(٢) وقد كان المشروع النهائى للمادة ٦٦٤ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدنى) . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ، ولكنه يكون مسئولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣) هى التى تسرى » . وقد حذفت هذه الفقرة فى مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٨ — ص ٥٩ . وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

وتطبيق القواعد العامة يؤدى ، فى حالة استحالة التنفيذ لسبب قهرى ، إلى الأحكام التى بسطناها فى المتن . أما فى حالة الاستحالة بخطأ المقاول ، فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع

قد أنجز جزءاً من عمله ذا قيمة فنية ، يتقاضى قيمة هذا الجزء من رب العمل ويسلمه إياه ، والمدرس يتقاضى أجراً عادلا عن الدروس التى أعطاها قبل مرضه ، وهكذا . أما إذا كانت المقاولة تقتضى استخدام شيء للعمل فيه وهلك هذا الشيء بسبب أجنبي ، فقد رأينا المادة ٦٦٥ مدنى تجعل تبعة هذا الهلاك قبل تسايمه على المقاول . ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى تبعة هلاك الشيء قبل التسليم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1] .

بقى من أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها الفسخ والتقايل .

أما الفسخ ، فكالانفساخ فيما قدمناه ، ينهى العقد قبل تنفيذه . ويجوز طلب فسخ المقاولة إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وفقاً للقواعد المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين . فإذا أخل المقاول بأحد التزاماته ، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التى تقضى بها أصول الصنعة ، أو تأخر

= التعويض إذا كان له مقتض . أو طلب التنفيذ عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العينى . وفى حالة الاستحالة بخطأ رب العمل ، يجوز القول بأن رب العمل يكون فى حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة ، ومن ثم تسرى أحكام المادة ٦٦٣ مدنى على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٣) ، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة سنديك الطرف المفلس ، وإذا امتنع السنديك عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٢ – فقرة ٤٠٨٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨) . وإذا أفلس المقاول وكان هو الذى قدم المادة التى استخدمها فى العمل ولم يتم العمل قبل الإفلاس ، فإنها تبقى ملك المقاول (انظر آنفاً فقرة ٤٠) ، ولا يجوز لرب العمل أن يستردها من التفليسة حتى لو كان دفع الأجر كله مقدماً (انظر بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٣ : ويذهبان إلى أن العبرة بتسلم رب العمل لا بإنجاز العمل ، فقبل التسلم يبقى الشيء ملكاً للمقاول) . وقد نصت المادة ٨٩٠ من التقنين المدنى العراقى ، فى خصوص إفلاس رب العمل ، على ما يأتى : « إذا أشهر إفلاس رب العمل ، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأى منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ » . وقد ورد فى والمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى نص مماثل لنص التقنين المدنى العراقى ، هو المادة ٨٨٩ من هذا المشروع (مشروع تنقيح التقنين المدنى – مذكرة إيضاحية – ٣ العقود المسماة ص ٨٨٩ . وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

وانظر فى أن بيع أحد الطرفين لمحل عمله (fonds de commerce) أو توقفه عن مزاولة أعماله هو ، كالإفلاس ، لا يكون سبباً فى انتهاء المقاولة : بودرى وفال فقرة ٤٠١٦ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٣ – فقرة ٥٥ .

فى تسليم العمل ، أوظهر فى العمل عيب خفى واجب الضمان ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد ، والمحكمة تقدر هذا الطلب ، فإن أجابته فسخ عقد المقاولة واعتبر كأن لم يكن . وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته ، كأن امتنع عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقبل العمل وتسلمه أومن دفع الأجر ، جاز للمقاول هو أيضا أن يطلب فسخ العقد . وقد بسطنا وجوه الفسخ تفصيلا ، كل وجه فى موضعه ، ونكتفى هنا بالإحالة على كل ذلك[1].

وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقايل . فيتفق المقاول ورب العمل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة ، وكما انعقدت المقاولة بتراضى الطرفين فإنها تنتهى كذلك بتراضيهما[2] . ويغلب أن يسوى المتعاقدان الحساب فيما بينهما باتفاق يضمنانه التقايل ، فإذا سكتا عن ذلك فإن المبادئ العامة ، وأخصها مبدأ الإثراء بلاسبب ، تتكفل بتسوية الحساب .

١٣٦ — سببان للانتهاء خاصان بالمقاولة : ويبقى بعد ذلك سببان للانتهاء خاصان بعقد المقاولة ، وقد وردت فى شأنهما نصوص خاصة فى التقنين المدنى : (السبب الأول) هو تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة . (والسبب الثانى) موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار . ونظراً لأهمية هذين السببين ، تخصص لكل منهما مبحثاً مستقلا .

المبحث الأول

تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

١٣٧ — نص قانونى : تنص المادة ٦٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تنتهى إجارة الخدمة الخدمة أو الصناعة : أولا — . . . ثانيا — بصدور حكم من القاضى بفسخ العقد فى أحوال معينة فى القانون . ثالثا — . . . » — وللمحكمة ، عند فسخ العقد ، أن تعطى تعويضاً للطرف الذى طلب الفسخ عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من الأعمال قبل الفسخ وتعويضه عنها تعويضاً عادلا (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٧ — فقرة ٤٠٨٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ — نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ — ٢ — ٨٨ — مجلس الدولة الفرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ — ٣ — ١٣٢) .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ .

« ١ – لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » .

« ٢ – على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق لـ فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد ومايكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٠٧/٤٩٥[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٢٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٦٦٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٨٨٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٦٣٤[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥ – ص ٥٧) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٠٧/٤٩٥ : وفى جميع الأحوال يجوز لصاحب العمل أن يوقفه مع أدائه التعويضات اللازمة للمقاول فى مقابلة المصاريف المنصرفة لتهيئة العمل الذى صار إيقافه . ولكن إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاولة معه على العمل كله ، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تطابق الفقرة الأولى نص المادة ٤٠٧/٤٩٥ من التقنين الحالى (القديم) مع تحديد أدخله المشروع عليها . أما الفقرة الثانية فقد قررها المشروع اقتباساً من بعض التقنينات الحديثة مع مراعاة ما ورد فى أحكام محكمة الاستئناف الأهلية : ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ قسم ثان ص ٩٢ رقم ٤٨ – والمختلطة : ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٥١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٦) – والظاهر أن محل دفع رب العمل للمقاول الربح الذى كان ينتج من تنفيذ المقاولة ، فى التقنين المدنى القديم ، هو أن يكون العقد بأجر إجمالى (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٩ (مطابق) .

١٣٨ — النص تطبيق للقواعد العامة لوضعت فيه مسايرة طبيعة عقد المقاولة : ويتبين من النص سالف الذكر أن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة ، لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لابد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه . فقد يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أن من الخير له العدول عنها والرجوع فى العقد ، وقد تتغير الظروف التى أبرم فيها العقد كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة ، وقد يكون رب العمل قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر المقاولة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر ، وقد يصاب رب العمل فى أثناء تنفيذ المقاولة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضى فى تمويل المقاولة ، وقد يصبح العمل المطلوب أداؤه غير مجد لرب العمل . فأجاز القانون ، لسبب من هذه الأسباب أو لأى سبب آخر يبدو وجيها فى نظر رب العمل ، أن يرجع هذا الأخير فى العقد ويتحلل من المقاولة ، على أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ، وهذا خير له من المضى فى العمل إلى نهايته والإنفاق فى غير فائدة[1] . ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر مبدأ يخرج به على القواعد العامة ، إذ رب العمل يتحلل بإرادته وحده من عقد ملزم له ، والقاعدة المقررة هى أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » (م ١٤٧/١ مدنى)[2]. ولكن عندما

= التقنين المدنى الليبى م ٦٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٥ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا يوجد نص مقابل تماما . وأقرب النصوص هى المادة ٦٣٤ من هذا التقنين وتجرى على الوجه الآتى : « من التزم بالقيام بعمل أو بخدمة ولم يتمكن من إتمامها لسبب يتعلق بمستأجره ، يحق له أن يتقاضى كل الأجر الذى وعد به إذا كان قد بقى على الدوام قيد تصرف المستأجره ولم يؤجر خدمته لشخص آخر . على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض الأجر المعين بحسب مقتضى الحال » .

(١) دائيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٦٨ — دى پاج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٧٤٥ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥٤ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ .

(٢) وهذا ما قال به كثير من الفقهاء (لوران ٢٦ فقرة ١٧ — جيوار ٢ فقرة ٨٠٣ — =

نتأمل الجزاء على رجوع رب العمل فى العقد ، وهو أن يعوض المقاول ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب ، نرى أن ذلك يؤدى إلى أن رب العمل ، وقد أجاز له القانون أن يعدل عن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بإتمام العمل محل المقاولة ، لم يعفه مع ذلك من تنفيذ العقد عن طريق التعويض ، فهو ملزم بدفع تعويض كامل بعنصريه مجتمعين : ما تجشمه المقاول من خسارة وما فاته من كسب. فلو أن النص سالف الذكر لم يوجد ، ووقف رب العمل تنفيذ المقاولة لسبب قام به ، لكانت القواعد العامة تقضى بأن يكون للمقاول الحق فى طلب التنفيذ العينى والمضى فى تنفيذ العمل فيتقاضى الأجر كاملا ، ويجوز كذلك بدلا من التنفيذ العينى أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض فيتقاضى ما تجشمه من خسارة وما فاته من كسب. ولما كانت طبيعة عقد المقاولة تأبى على المقاول أن يتمسك بطلب التنفيذ العينى ، إذ لا مصلحة له فى أن يتم العمل حتما والمصلحة فى ذلك إنما هى لرب العمل ، ومصلحة المقاول فى أن يتقاضى التعويض كاملا ، فقد أقفل القانون فى وجهه باب التنفيذ العينى إذ لا مصلحة له فيه ، وأبقى باب التعويض مفتوحاً يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذى يتفق مع مصلحته . وإذا ثبت أن للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام العمل ، فسنرى أن القانون يسمح أيضاً بتعويضه عن هذه المصلحة . فالنص إذن يؤول فى النهاية إلى أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المقاولة بالنسبة إلى المقاول[1]. أما بالنسبة إلى رب العمل فالأمر يختلف ، فإن هذا له مصلحة محققة فى أن يتم العمل وهو من أجل هذا قد أبرم عقد المقاولة ، ومن ثم لم يجز القانون للمقاول أن يرجع فى عقد المقاولة بإرادته المنفردة كما أجاز ذلك لرب

= بودرى وفال ٢ فقرة ٨٠٩٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – ولكن قارن كولميه دى سانتير ٧ فقرة ٢٤٧ مكررة – ٢ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ .

(١) ويصل الأستاذ محمد لبيب شنب إلى نفس النتيجة عن طريق نظرية الجحود المبتسر العقد فيقول : « . . الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التى كان فى استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م ١/٢٢١) ، فذلك يفرض عليه التزاماً بتخفيف المضار ، ووفقاً لهذا الالتزام لا يجوز للمقاول أن يمضى فى تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على التحلل من العقد . جحوده له ، وذلك إذا كان من شأن هذا الإستمرار أن يزيد فى الأضرار التى تصيبه . فإن استمر فى التنفيذ رغم ذلك ، لم يحق له تقاضى تعويض عن هذه الأضرار على أساس أنه كان فى وسعه توقيها » (محمد لبيب شنب فقرة ٤٥ ؛ ص ١٨٩ – وانظر أيضاً بحثه فى نظرية الجحود المبتسر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٢ ص ٢٩٣ – ص ٢٩٤) .

العمل ، بل جعل لهذا الأخير الحق فى إجبار المقاول على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض[١] .

بقى أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى سالفة الذكر تجيز تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب ، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء عدم إتمام تنفيذ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر . وليس فى هذا أيضاً إلا تطبيق للقواعد العامة . فإنه عند حساب الخسارة التى تحملها المقاول من جراء عدم إتمام تنفيذ المقاولة ، يجب أن يستنزل ما لم يتحمله فعلا من هذه الخسارة بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضى فى إنجاز العمل . وفى حساب الكسب الذى فات المقاول ، يجب أن يستنزل كذلك ما لم يفته فعلا إذا كان قد استخدم وقته فى أمر آخر عاد عليه بكسب معين . والذى يقطع فى ذلك أن القضاء ، فى عهد التقنين المدنى القديم الذى لم يشتمل على نص مماثل للفقرة الثانية سالفة الذكر ، كان يجرى هذا الحكم باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة[٢] .

بعد هذا التمهيد نتكلم ، فى صدد المادة ٦٦٣ مدنى ، فى المسائل الآتية : (١) ما يشترط للتحلل من المقاولة بإرادة منفردة . (٢) ما لا يشترط لإمكان هذا التحلل . (٣) كيف يقع التحلل . (٤) ما يترتب على التحلل من النتائج .

---

(١) انظر فيما يذهب إليه بعض الفقهاء من أنه قد يكون للمقاول مصلحة فى الرجوع فى عقد المقاولة بإرادته اذ قد يتبين أن المقاولة صفقة خاسرة بالنسبة إليه : بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠١ . لكن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحاً ، فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل ، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضاً كاملا كما قدمنا فيبقى متحملا لكل الخسارة ، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهمه وحده دون المقاول ، فإذا رأى لأسباب صحت عنده ألا مصلحة له فى إتمام للعمل جاز له وقف تنفيذه ، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ بعد أن تقاضى التعويض كاملا .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه لتحديد مقدار الكسب الذى فات المقاول ، لا يجوز التمسك بفرق حسابى بين أسعار التكلفة والأجر المتفق عليه ، إذ أن المقاول لم يؤد فعلا عملا يقابل هذا الفرق ولم يتحمل أية تبعة عنه ، فتقضى العدالة إذن بتخفيض مقدار هذا الكسب الاحتمالى (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥١) . وانظر أيضاً استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٨ ص ٩٢ .

١٣٩ – ما يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة :
يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدنى سالفة الذكر أن هناك شروطاً أربعة لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة .

(الشرط الأول) أن يكون العمل محل المقاولة لم يتم[١]. فإن العمل إذا كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاولة ، لأن رب العمل إذ ذاك يلتزم بدفع الأجر كاملا على سبيل التعويض ، فأولى أن يدفعه أجراً على عقد تم تنفيذه . ويثبت الحق فى التحلل من المقاولة منذ إبرام العقد ، حتى لو لم يبدأ العمل[٢] ، بل إن التحلل قبل البدء فى العمل أيسر على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل . ويبقى الحق فى التحلل قائماً ، حتى بعد البدء فى العمل والمضى فيه إلى ما قبل إتمامه . فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل أن يتسلمه ، انقطع حق رب العمل فى التحلل من المقاولة بعد هذا الإعذار[٣].

(الشرط الثانى) أن يكون الطرف الذى يتحلل من العقد هو رب العمل. فالمقاول ليس له الحق فى التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة ، بل يبقى ملزماً بتنفيذها إلى النهاية ، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض[٤] . ذلك أن لرب العمل مصلحة محققة فى هذا التنفيذ العينى دون التعويض ، إذ هو لم يبرم عقد المقاولة إلا للحصول على هذا التنفيذ . فرب العمل إذن هو وحده الذى يملك التحلل من العقد ، فى مواجهة المقاول أو فى مواجهة ورثة المقاول على ما سنرى ، وهو حق شخص

---

(١) دائيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٧٠ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٢٧ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩١ .

(٢) بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٥ .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٧ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٦ – فقرة ١٢٧ – نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ – ١ – ١١ .

(٤) هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٦ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠١ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind, فقرة ١٣١ .

متروك لمحض تقديره فلايجوز أن يستعمله دائنوه باسمه[١]. ولكنه حق ينتقل من رب العمل إلى الخلف العام والخلف الخاص . فلورثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق[٢] . فإذا تعدد الورثة وكانوا يصيرون مالكين فى الشيوع للعمل بعد إتمامه ، فإن الرجوع عن هذا العمل يعتبر فى حكم التصرف فيه . ومن ثم إذا اختلف الورثة فى استعمال هذا الحق ، جاز لمن كان يملك منهم ثلاثة أرباع العمل إذا تم أن يتحللوا من المقاولة إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجباً (م٨٣٢ مدنى)[٣]. كذلك يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة ، فلو نزل رب العمل عن المقاولة إلى غيره ، كان لهذا الغير أن يتحلل من العقد[٤] . أما إذا باع رب العمل الأرض التى يقام عليها البناء بعقد مقاولة ، فإن مشترى الأرض لاينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك ؛ فإذا انتقل إليه العقد ، جاز له التحلل منه بإرادته المنفردة باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم[٥].

(الشرط الثالث) أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعاً إلى مشيئته هو ، لا إلى خطأ المقاول[٦] . ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ ، فسبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة ، بل يطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ

---

(١) هيك ١٠ فقرة ٤٢٠ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٩ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ – ص ١٩١ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ .

(٣) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ وفقرة ١٥٥ ص ١٩٠ – وانظر فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص مماثل للمادة ٨٣٢ مدنى مصرى : بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٠ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ .

(٥) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٠ .

(٦) كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٦ – نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ – ٢ – ٨٨ .

يبرر الفسخ ، وفى هذه الحالة يكون المقاول هو المسئول عن تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الفسخ ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة ، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلاسبب . هذا إلى أن رب العمل يجوز له أيضاً ، فى حالة خطأ المقاول ، أن يطلب التنفيذ العينى . فيجبر المقاول على إصلاح خطأه عيناً مع المضى فى التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الخطأ .

(الشرط الرابع) ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد . ذلك لأن حق رب العمل فى التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة فى كل من شطريها . يجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد ، وفى هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المنفردة ، بل يستطيع المقاول أن يلزمه بالمضى فى فى تنفيذ المقاولة إلى أن يتم ، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل كما سنرى . ويجوز الاتفاق أيضاً ، على العكس مما تقدم ، على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أى تعويض للمقاول . أو دون أن يدفع تعويضاً كاملا بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول[1] .

١٤٠ — حالة يشترط فيها تحلل رب العمل من المقاولة بإرادة منفردة : فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة :

١ — ويستوى فى ذلك أن تكون المقاولة بأجر إجمالى جزافى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة ، ففى الحالتين يجوز التحلل . وهذا الحكم لا يتطرق إليه شك فى التقنين المدنى المصرى ، إذ نص المادة ٦٦٣ مدنى عام لم يفرق بين حالة وحالة . أما فى التقنين المدنى الفرنسى فالمادة ١٧٩٤ لا تذكر إلا المقاولة بأجر إجمالى جزافى ، فذهب بعض الفقهاء ، إلى أنه لا يجوز التحلل إذا كان الأجر مقدراً بسعر الوحدة[2] . ولكن بعضاً آخر ذهب إلى عدم التمييز ، وأجاز

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥٨ — نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ — ١ — ١١٠ .

(٢) لوران ٢ فقرة ١٨ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٤ — بلانيول وريبير ورواست —

التحلل فى المقاولة المقدر أجرها بسعر الوحدة من باب أولى ، إذ هى أقل ربطا لرب العمل وأيسر عند حساب التعويض[١] .

٢ – ويستوى كذلك أن يكون التحلل فى عقد مقاولة أو فى عقد مقاولة من الباطن . فيجوز للمقاول الأصلى ، باعتباره رب عمل ، أن يتحلل من المقاولة من الباطن قبل إتمام العمل[٢] . ولكن الرأى السائد فى فرنسا أن المادة ١٧٩٤ مدنى فرنسى لاتسرى فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، بل تقتصر على العلاقة ما بين رب العمل والمقاول[٣] .

٣ – ولافرق ، فى ثبوت الحق لرب العمل فى التحلل ، بين ما إذا كان هو الذى قدم المادة التى تستخدم فى العمل أوكان الذى قدمها هو المقاول[٤]. وفى حالة ما إذا كان المقاول هو الذى قدمها ، فإن له أن يأخذ تعويضاً عنها بعد أن يسلمها لرب العمل ، وله أن يحتفظ بها وفى هذه الحالة لا يتقاضى عنها تعويضاً .

٤ – ويثبت حق التحلل لرب العمل أياكان محل المقاولة . فقد يكون محلها بناء أومنشآت ثابتة أخرى ، وقد يكون محلها صنع آلات ميكانيكية

= ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ – جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ .

(١) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٧ – ديفرجييه ٢ فقرة ٣٧١ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٤ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٢ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٥ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et ind. فقرة ١١٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢١ فى آخرها فى الهامش .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٧ وفقرة ٤٠٩٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٢ .

(٤) لوران ٢٦ فقرة ١٩ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٣ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ وهامش ١١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – ص ١٧٨ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٥ – دائيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٦٩ – جوسران ٢ فقرة ٢٣٠٩ – أنسيكلوپيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٠ – عكس ذلك وأن الحق فى التحلل لا يثبت إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة : ترولون ٣ فقرة ١٠٣٠ – ماركاديه م ١٧٩٤ – م ١٧٩٩ فقرة ٢ – بيزوس ص ١٦١ .

أو سيارات أو أثاث أورسم أوغير ذلك من الأعمال ، ففى جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل بإرادته المنفردة أن يتحلل من المقاولة[١] .

٥ - ويثبت كذلك حق التحلل لرب العمل أيا كان المقاول . فقد يكون مقاول بناء ، أو مهندساً معمارياً[٢] ، أو طبيباً ، أومحامياً ، أو محاسباً ، أو نجاراً ، أو سباكاً ، أوغير ذلك . وفى جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل التحلل من العقد ، إذ النص عام لم يفرق بين حالة وأخرى .

٦ - ويجوز أخيراً لرب العمل التحلل من العقد أياكانت الأسباب التى يقدمها لهذا التحلل . بل هو غير مسئول عن تقديم أى سبب لتحلله من العقد ، ويكفى محض إرادته . وهو وحده الموكول إليه تقدير ما إذا كان يتحلل من العقد ، دون معقب على تقديره من المحكمة[٣] .

١٤١ — كيف يقع التحلل من المقاولة : ويقع التحلل من المقاولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته فى الرجوع فى المقاولة . والتكييف القانونى للتحلل هو أنه إرادة من جانب واحد ، أى تصرف قانونى يصدر من رب العمل للرجوع فى عقد المقاولة . وتكييف الرجوع فى المقاولة هو نفس تكييفه

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ١١ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ (ب) — چوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Luage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢١ .

(٢) جيوار فى الوكالة فقرة ٢٨ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٦ .

(٣) وقد قضى بأن لصاحب العمل وحده الحق فى فسخ عقد المقاولة والعدول عن إتمام العمل ، سواء لأنه وجد أن العمل غير محقق لمصلحة له ، أو حاقت به صعوبات مالية جعلته فى حالة مادية لا تمكنه من الاستمرار فى تنفيذه والصرف عليه ، ولايسأل عن هذا بياناً أوتدليلا ، ولايستطيع المقاول اعتراضاً على تصرفه إذ هو له بحكم القانون أن يتقاضى جميع ما كان يعود عليه من ربح فيما إذا تم العمل تنفيذاً للعقد (مصر الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٨ ص ١٢٨٣) . وانظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ — ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٩ .

غير أنه إذا أثبت المقاول أن رب العمل قد تعسف فى استعمال حقه فى التحلل من العقد ، كأن قصد من وراء التحلل أن ينال من سمعة المقاول الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته ، جاز للمقاول أن يرجع بتعويض على رب العمل طبقاً للقواعد المقررة فى التعسف فى استعمال الحق (قرب دى پاج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩٢ — ص ١٩٣).

فى عقود أخرى يجوز فيها الرجوع ، كالهبة والوكالة وعقد الإيجار والعمل إذا كانت مدتها غير معينة .

ولم يشترط القانون شكلا خاصاً للرجوع ، ولاميعاداً معيناً له . فوجب القول إن الرجوع يكون فى صورة إخطار يعلن به رب العمل إرادته فى التحلل من العقد . وقد يكون الإخطار فى ورقة رسمية على يد محضر ، وقد يكون فى كتاب مسجل أوغير مسجل ، وقد يكون شفوياً . ولكن عبء إثبات الإخطار ، وهو تصرف قانونى كما قدمنا ، يقع على رب العمل ، فإذا كانت المقاولة تزيد على عشرة جنيهات وجب إثباته بالكتابة أوبما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . ويجوز الرجوع فى أى وقت ، منذ إبرام المقاولة إلى ما قبل إعذار المقاول لرب العمل بتسلم العمل كما سبق القول[1].

ويتم الرجوع عن المقاولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول ، طبقاً للقواعد العامة المقررة فى إنتاج الإرادة لأثرها .

١٤٢ — ما يترتب من النتائج على التحلل من المقاولة : فإذا وقع الإخطار على الوجه المتقدم الذكر ، ترتبت النتائج الآتية :

(أولا) ينتهى عقد المقاولة بالرجوع فيه ، فلا يعود رب العمل ملزماًبدفع الأجر ، ولايعود المقاول ملزماً بإنجاز العمل[2] .

(ثانيا) ولكن رب العمل يلتزم بتعويض المقاول « عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، لا عقد المقاولة فقد انتهى كماسبق القول . فيلتزم رب العمل :

١ — بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، ولو كانت

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) وإذا جاز لرب العمل أن ينهى المقاولة بإرادته المنفردة ، فإنه لا يجوز له أن يوقف تنفيذ العقد بإرادته وحده ، فليس له إلا أن يمضى فيه أو أن يتحلل منه (نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ - ١ - ١١٠ - أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٨) .

مصروفات أولية لم تعد بأى نفع على رب العمل[١]. وكذلك يلتزم بتعويضه عما أنجزه من الأعمال ، ويدخل فى ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التى صرفها فى إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التى قدمها لاستخدامها فى العمل. وعلى المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل ، بعد أن يتقاضى قيمته على النحو السالف الذكر. على أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التى قدمها ، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز له ذلك على ألا يتقاضى تعويضاً عنها[٢]. ولا يتقاضى المقاول تعويضاً إلا عن الأعمال التى يكون قد أنجزها وقت علمه بإخطار رب العمل بالتحلل من العقد . أما الأعمال التى يقوم بها بعد ذلك فلا يرجع فيها على رب العمل إلا على أساس مبدأ الإثراء بلاسبب ، أى بأقل القيمتين ما صرفه فعلا وما عاد من نفع على رب العمل . وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل ، كما لو وضع أدوات صحية فى بناء فيثبت هذه الأدوات فى أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى تثبيت الأدوات .

٢ — بتعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[٣]. فإذا كان

---

(١) ولكن يشترط أن يكون هناك عقد مقاولة قائم وقت إنفاق هذه المصروفات ، أما إذا كان المقاول قد أنفق هذه المصروفات قبل إبرام عقد المقاولة وهو يأمل بذلك أن يبرم هذا العقد ، فليس له أن يستردها (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢١٤) .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص ١٩٣ .

(٣) فلا يكفى تعويض المقاول عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه على ما اتخذه المقاول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه ، إذ هو (المقاول) قد قام بما التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءاً من البناء ، وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء ، فضلا عن أنه استغنى عن عمله ووكل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء ، وكان الحكم الاستئنافى ، إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائى واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أتمه من بناء ، قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول فى ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع أو تأخر فى تقديم مواد البناء — إن الحكم الاستئنافى إذ ندّ عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ، ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائى من أسباب ، كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥ ص ٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاولة معه على العمل كله ، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى كان ينتج للمقاول أو للصانع المذكور من تنفيذ العمل (استئناف =

العمل مثلا بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر ثلاثين ألفاً ، وتحلل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار ، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى بناء خمسة الأدوار على الوجه الذى قدمناه . ثم يحسب ما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل ، فإذا كان مثلا ١٠٪ من الأجر المقدر(١)، فإن ما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يكون ثلاثة آلاف . فيرجع أيضاً بهذا المبلغ على رب العمل ، إذ هو الكسب الذى فات المقاول من جراء عدم إكمال العمارة إلى عشرة أدوار . وإذا كان أجر المقاولة مقدراً بسعر الوحدة ، فإن ربح كل وحدة يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التى يصرفها فى صنعها ، ويكون مجموع الربح الذى فاته هو هذا الفرق مضاعفاً بمقدار عدد الوحدات التى كانت مقدرة بموجب التصميم .

٣ – بتعويض المقاول عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر أدبى من جراء منعه من إتمام العمل . ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل ، كأن يكون عملا فنياً يفيد فى سمعته(٢) . فالنحات إذا منع من إتمام التمثال الذى كلف بنحته ، والمؤلف إذا منع من إتمام الكتاب الذى كلف بوضعه ، والمهندس إذا منع من بناء نموذجى وضع تصميمه ، كل هؤلاء قد ينالهم ضرر أدبى من جراء عدم إتمامهم للعمل ، فيرجعون بتعويض على رب العمل عن هذا الضرر .

(ثالثا) تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى كما رأينا : « على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن

= وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ١٤٨ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ .

(١) باعتبار أنه هو الفرق ما بين الأجر المقدر والنفقات الفعلية التى كان يصرفها فى بناء عشرة أدوار محسوبة على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فى بناء الخمسة الأدوار .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٩ – داڤيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٧١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص١٩٥– ص ١٩٦ – إكس ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٣ – ٢ – ٢٩٥ – دوبه ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ص ٤٦٥ – قارن دى پاج ٤ فقرة ٩١٥ ص ٩٤٦ .

تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر» . وهذا كما قدمنا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب : مثل ذلك أن يتضح ، بعد أن وقف المقاول تنفيذ عمل وحسب الربح الذى فاته على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فيما تمه من العمل ، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقى منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال ، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض مقدار الربح الذى فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور . وإذا كان يجوز تخفيض التعويض فى هذه الحالة ، فإنه يتعين تخفيضه فى حالتين أخريين . الحالة الأولى هى مايكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد . وهذا بديهى فإنه لا يرجع إلا بمقدار ما أنفقه فعلا ، فإذا اقتصد شيئاً ولم ينفقه بسبب تحلل رب العمل من العقد ، فإنه لا يرجع به[1] . والحالة الثانية هى ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر . فقد أتاح له عدم إتمام العمل فسحة من الوقت يصح أن يكون قد استخدمها فى عمل آخر درّ عليه ربحاً ، فيجب استنزال هذا الربح من الكسب الذى فاته . وليس من الضرورى أن يكون قد استخدم وقته فعلا فى عمل آخر ، بل يكفى أن يكون قد أتيحت له فرصة فى استخدامه ولم يغتنمها ، فإنه يكون بتقصيره قد أضاع على نفسه هذا الكسب[2] .

المبحث الثانى

موت المقاول

١٤٣ — نصوص قانونية : تنص المادة ٦٦٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) ويخفض التعويض أيضاً على أساس أن المقاول بعدم إنجازه بقية العمل لم يصبح مسئولا عن ضمان ما لم ينجزه منه (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥١) .

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نص يماثل المادة ٢/٦٦٣ مدنى مصرى ، ولذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى عدم جواز خصم ما كسبه المقاول أو ما كان يستطيع كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر (هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٢) .

« ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار ، فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولايجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، لا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » .

وتنص المادة ٦٦٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات » .

٢ « ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا » .

« ٣ — وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٦٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدى . وكان المشروع يتضمن فقرات أربعاً ، الفقرة الأولى تتفق مع النص على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد ، أما الفقرات الثلاث التالية فكانت تجرى على الوجه الآتى : « ٢ — وتعتبر دائما 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 ممائل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة . ٣ — وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك . ٤ — وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق ، لا صفات المقاول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد » . وفى لجنة المراجعة أدخلت على الفقرة الأولى تعديلات لفظية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وحذفت الفقرات الثلاث الأخيرة « لعدم الحاجة إليها » ، وأصبح رقم المادة ٦٩٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ — ص ٦٥) .

م ٦٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له فى جملتها ، إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير —

وتقابل النصوص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٠٢/٤١١ – ٥٠٣[١].
وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٢ – ٦٣٣ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٥ – ٦٦٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٨٨ – ٨٨٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٤٣ وم ٦٧٤[٢].

= ذلك من الأعمال الكبيرة » . فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٥ – ص ٦٧) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٥٠٢/٤١١ – ٥٠٣ : ينفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية منعته عن العمل . وفى هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينفعه مما استحضره الصانع من المهمات بما اشتراه به الصانع من الثمن . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٢ – ٦٣٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٥ – ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٨ : ١ – تنتهى المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء ذاته ، ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . ٢ – وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس أو معمارى أو مع غيرهم ممن يزاولون مهنة حرة أخرى . وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك . وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة فى أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق ، لا صفات المقاول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد .

م ٨٨٩ : ١ – إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له فى جملتها إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى . ٢ – ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا . ٣ – وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ونصوص التقنين الأول تطابق نصوص المشروع التمهيدى من التقنين الثانى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٤٣ : تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة ... (ثالثا) =

١٤٤ — موت رب العمل وموت المقاول : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن موت المقاول ينهى فى بعض الحالات عقد المقاولة . أما موت رب العمل فلم تعرض له النصوص . فنستعرض كلا من الفرضين .

١٤٥ — موت رب العمل : لم تعرض النصوص كما قدمنا لموت رب العمل ، فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة . ولما كانت شخصية رب العمل ليست فى العادة محل اعتبار فى عقد المقاولة . فإن موت رب العمل لاينهى المقاولة . بل يبقى العقد قائماً ما بين المقاول وورثة رب العمل وقد حلوا محله . فيبقى هؤلاء مرتبطين بعقد مورثهم ، لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته ، وذلك دون نظر لما إذا كانت المقاولة مفيدة للورثة فائدتها للمورث . ودون نظر لما إذا كان الورثة يستنسبون العمل محل المقاولة . فقد يكون هذا العمل بناء عمارة كبيرة ، وتكون ورثة رب العمل لايرغبون فى استثمار أموال التركة فى مثل هذه العمارة ، أو يؤثرون اقتسام هذه الأموال ، ومع ذلك يبقون ملتزمين بدفع الأجر كاملا للمقاول ، ولهم الحق فى أن يطلبوا منه إنجاز العمل وتسليمه وضمانه(١) .

وبديهى أن التزامهم بدفع الأجر للمقاول يكون فى حدود أموال التركة ومن هذه الأموال ، ويصبحون بعد إقامة العمارة مالكين لها فى الشيوع كل بقدر حصته فى التركة .

وإنما يجوز لورثة رب العمل ماكان يجوز لرب العمل نفسه لو أنه كان حياً ، وهو أن يتحللوا من المقاولة قبل إتمامها طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى

= باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة أو لوفاة المستخدم أو المستصنع . وتراعى فى هذه الحالة الأخيرة الأحكام الاستثنائية المنصوص عليها فى القانون . ولا تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة بوفاة السيد أو المولى .

م ٦٧٤ : إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى أتمه ، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، وإن كانت لم تشترط أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ، ولم تذكر صراحة أن ما يتبضه ورثة المقاول من الأجرة المناسبة للعمل الذى تم يكون على أساس مبدأ الإثراء بلاسبب) .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ — بيزوس ص ١٦٢ — بيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ .

التى تقدم بيانها ، على أن يدفعوا للمقاول من أموال التركة جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وذلك طبقاً لما فصلناه من القواعد فيما تقدم ، وبخاصة يجب أن يكون القرار الصادر منهم بالتحلل من المقاولة صادراً ممن يملك ثلاثة أرباع التركة مستندين فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجباً[١].

١٤٦ — موت المقاول ويلحق به أنه يصبح عاجزا عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه — ثالثا : والفرض الثالث هو أن يموت المقاول . ويلحق بموت المقاول أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه ، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه . فإذا كان رساماً وقطعت يده التى يرسم بها أو فقد بصره ، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية ، فقد قدمنا أن المقاولة تنفسخ كما كانت تنفسخ بموت المقاول ، ويأخذ العجز عن العمل حكم الموت[٢] . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٦ مدنى سالفة الذكر على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » . ويستوى أن يكون المقاول قد بدأ فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً ، أو أصبح عاجزاً بعد إبرام المقاولة وقبل البدء فى تنفيذ العمل . ونكتفى هنا بأن نذكر موت المقاول ، فيكون عجزه عن تنفيذ العمل ملحقاً بموته فيما سنعرض له من الأحكام[٣] .

ويجب التمييز عند موت المقاول بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . (الحالة الثانية) ألا تكون هذه المؤهلات محل اعتبار[٤] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) مع ملاحظة أنه فى حالة موت المقاول يرد رب العمل النفقات التى صرفها المقاول لورثته ، أما فى حالة العجز عن العمل فالنفقات ترد إلى المقاول نفسه .

(٤) وهذا التمييز لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى ، فإن المادة ١٧٩٥ من هذا التقنين —

١٤٧ — الحالة الأولى — مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار

فى التعاقد : تقول المادة ٦٦٦ مدنى فى صدرها كما رأينا : « ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد » . والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التى تكون ذات تأثير فى حسن تنفيذ العمل . فيدخل فى المؤهلات الشخصية سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة ، وتخصصه فى نوع العمل محل المقاولة وما حصل عليه من الشهادات الفنية فى هذا التخصص وما قام به قبلا من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه[1] .

والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى . وقد أورد المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٦ مدنى فقرات ثلاثاً تلقى ضوءاً على هذه المسألة الموضوعية ، وقد حذفت هذه الفقرات فى لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها » ، ونوردها هنا للاستئناس بها : « ٢ — 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 مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة — ٣ — وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع . إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ٤ — وفى سائر الأحوال الأخرى . وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق ، لا صفات المقاول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار فى التعاقد[2] . ويستخلص من هذه النصوص أن رجال الفن

= تنهى المقاولة بموت المقاول دون تمييز بين ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد أو كانت غير محل اعتبار . ولكن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٥ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ — ص١٧٦ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٣ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٤ : موت المقاول إنما ينهى عقد المقاولة إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار) .

(١) انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ — ص ٦٤ — وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش .

كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين ، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين .. كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . أما العمال والصناع ، كالنقاشين والساكين والنجارين والحدادين . فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هى محل اعتبار فى التعاقد ، إلا إذا قام دليل أوعرف يقضى بغير ذلك ، كأن كان العمل محل المقاولة عملا بسيطاً لايقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة ، فعندئذ لا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . وأما المقاولات الكبرى . كالعمارات والمدارس والمستشفيات ، فهذه يقوم بها عادة مقاولون كبار لايعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما توافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال بحيث تكون العبرة . لابصفات المقاول الشخصية ، بل بالمكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق . فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية فى الغالب محل اعتبار فى التعاقد . فإذا مات المقاول فإن أعماله تنتقل عادة إلى بعض من ورثته ممن كانوا يعملون معه . فيستطيعون بنفس المهندسين والأدوات والمعدات ورؤوس الأموال أن يستمروا فى تنفيذ المقاولات التى يكون المورث قد عقدها قبل موته[1] .

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، ومات المقاول ، فإن عقد المقاولة ينتهى من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موت المقاول ، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول[2] . ويفهم ذلك بطريق الدلالة العكسية ، حيث تقول المادة ٦٦٦ مدنى سالفة الذكر فى الحالة التى لا تكون فيها مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد : « لاينتهى العقد من تلقاء نفسه » .

---

(١) وهناك من المقاولات الكبيرة – كالعمارات الضخمة والجسور والخزانات والسدود والقناطر ومحطات الكهرباء – ما لا يقوم به عادة إلا الشركات الكبيرة . ولا محل هنا للكلام فى موت المقاول وإنما يكون البحث فى حل الشركة أو إفلاسها ، وفى هذه الحالة تتبع القواعد المقررة فى حل الشركات وتصفيتها (انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٤) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ – عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٨ – هيك ١٠ فقرة ٤٣١ .

فيستخلص من ذلك أنه حيث تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ، ينتهى العقد من تلقاء نفسه[١] . فالمقاولة تنفسخ من تلقاء نفسها فى هذه الحالة ، و لايستطيع ورثة المقاول أن يستمروا فى تنفيذها ، ولا يستطيع رب العمل أن يجبر الورثة على الاستمرار فى التنفيذ . وإذا أراد الطرفان المضى فى التنفيذ ، فلابد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديدين بين رب العمل والورثة ، ويكون تاريخ العقد من وقت الاتفاق الجديد لا من وقت المقاولة الأصلية[٢] .

وتنفسخ المقاولة بموت المقاول على الوجه الذى قدمناه ، سواء كان من قدم المادة التى استخدمت فى العمل هو رب العمل أو المقاول[٣] ، وسواء كانت المقاولة مقاولة أصلية أو مقاولة من الباطن[٤] ، وسواء كان الأجر جزافاً أو بسعر الوحدة ، وأياكان محل المقاولة بناء كان أو منشآت ثابتة أخرى أو أى شىء آخر .

١٤٨ — الحالة الثانية — مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار فى التعاقد : ويكون ذلك كما قدمنا فى المقاولات التى يكون محلها عملا بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة ، وكذلك فى المقاولات الكبيرة التى يقوم بها مقاولون كبار لايعتمدون على

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ — ويترتب على ذلك أن لورثة المقاول الحق فى التمسك بهذا الانقضاء (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥)

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير وروا ست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ .

وإذا تعدد المقاولون وكانوا متضامنين ، فموت أحدهم لا ينهى المقاولة إلا بالنسبة إليه ويبقى العقد ملزماً للآخرين ، ما لم يكن مشترطاً اجتماعهم فى تنفيذ العمل (دلفو فقرة ٣٤٩ ص ٢٧٩ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥) .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٧ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٣ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٤ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٧ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ — ويلاحظ أن موت المقاول الأصلى ينهى المقاولة الأصلية فتنتهى بانتهائها المقاولة من الباطن ، أما موت المقاول من الباطن فلا ينهى إلا المقاولة من الباطن وتبقى المقاولة الأصلية (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨) .

كفايتهم الفنية الشخصية بقدرما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنيين وما عندهم من أدوات ومعدات ورؤوس أموال . فى هذه الحالة تقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٦٦ مدنى كما رأينا : « لاينتهى العقد من تلقاء نفسه ، ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ». ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز ، فى هذه الحالة الثانية ، بين صورتين :

(الصورة الأولى) إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . مثل ذلك ألا يوجد أحد من ورثة المقاول يحترف حرفته ، أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يبعثوا الطمأنينة وليسوا متوافرين على الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . فى هذه الصورة لاتنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها ، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها . والقاضى يقدر ما إذا كانت الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية فيحكم بفسخ العقد ، أو أن فيهم من الضمانات ما يكفى للمضى فى العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ . أما الورثة أنفسهم ، فإذا كانوا لا يحترفون حرفة مورثهم أوكانوا لا يطمئنون إلى قدرتهم على المضى فى العمل فإن لهم أيضاً ، إذا أصر رب العمل على التنفيذ ، أن يطلبوا من القاضى فسخ العقد ، ويكون للقاضى تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه .

(الصورة الثانية) إذا توافرت فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ، بحيث لا يمكن أن يجاب إلى طلب الفسخ لا رب العمل ولا ورثة المقاول . فى هذه الصورة يبقى عقد المقاولة قائماً بالرغم من موت المقاول ، ويكون الورثة ملزمين بالمضى فى العمل إلى أن ينجزوه . وتنتقل إليهم حقوق مورثهم ، وكذلك تنتقل إليهم التزاماته فى حدود التركة . ولكن هذا لايمنع رب العمل من استعمال حقه فى التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، طبقاً للأحكام المقررة فى المادة ٦٦٣ مدنى والتى سبق تفصيلها .

١٤٩ — ما يترتب على انتهاء المقاولة بموت المقاول : وإذا انتهت المقاولة بموت المقاول ، سواء انتهت من تلقاء نفسها لأنها قامت على اعتبار مؤهلات خاصة فى شخص المقاول أو انتهت عن طريق الفسخ بناء على طلب رب العمل أو على طلب الورثة لأن هؤلاء لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية

لحسن تنفيذ العمل ، فإن الالتزامات التى أنشأها عقد المقاولة فى جانب رب العمل أو فى جانب المقاول تنقضى بانتهاء العقد . فلا يعود الورثة ملزمين بالمضى فى العمل . ولايعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر .

ومن اليسير الوقوف عند ذلك لو أن موت المقاول وقع قبل أن يبدأ تنفيذ المقاولة ، فلايرجع أحد من المتعاقدين بشىء على الآخر . إلا إذا كان رب العمل قد عجل شيئاً من الأجرة فإنه يسترده . ولكن الذى يحدث غالباً أن يكون المقاول قد بدأ تنفيذ المقاولة قبل موته . فاشترى المادة اللازمة لاستخدامها فى العمل ، وبدأ العمل فعلا فى هذه المادة أو فى المادة التى يكون رب العمل قد قدمها . فأنفق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز جزءاً من العمل أو مهد لإنجازه . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٦٧ مدنى إذ رأيناها تقول : « إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات» . فالنص كما نرى يطبق مبدأ الإثراء بلاسبب ، فيلزم رب العمل عند انتهاء المقاولة على النحو الذى بسطناه بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين : قيمة ما أنفقه المقاول فى الأعمال التى أتمها أو مهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال .

فإذا كان رب العمل هو الذى ورد القماش للخياط لصنع الثوب ، ففصله الخياط ومات قبل أن يخيطه ، استرد رب العمل من ورثة الخياط القماش المفصل ، ودفع لهم أجرة التفصيل ، ويستأنس فى تقديرها بالأجرة المتفق عليها لصنع الثوب كاملا فيدفع نسبة من هذه الأجرة بقدر مايقضى عرف الحرفة بأن تكون نسبة أجرة التفصيل إلى الأجرة الكاملة . وظاهر هنا أن رب العمل قد أفاد من عمل الخياط ، فإنه يستطيع أن يخيط الثوب بعد تفصيله عند خياط آخر . أما إذا كان رب العمل لم يفد من عمل المقاول ، أو أفاد منه فائدة أقل مما تكلف المقاول من مصروفات وجهد ووقت ، كأن كان المقاول لم ينجز من العمل شيئاً وإنما أنفق مصروفات للتمهيد لإنجازه ، وأعاد المقاول الذى تولى المضى فى المقاولة العمل من جديد أو أعاد الكثير منه كما تقضى أصول الصنعة ، فإن رب العمل فى هذه الحالة لايدفع لورثة المقاول الأول شيئاً أو يدفع لهم ما يعادل القدر المحدود الذى أفاده . مثل ذلك أن يعهد رب العمل إلى

مهندس فى وضع تصميم ، فبموت المهندس قبل أن يقطع شوطاً كبيراً فى إنجاز وضع التصميم بحيث يكون ماأنجزه منه غير ذى فائدة للمهندس الذى يأتى بعده . ويضطر هذا لإعادة وضع التصميم كله من جديد . ففى هذه الحالة لا ترجع ورثة المهندس الأول بشىء على رب العمل لأنه لم يفد من عمل مورثهم شيئاً . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٧ مدنى يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له (لرب العمل) فى جملتها إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة ». فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة . دون أن يبين سبب حذفها[1] . وكان النص المحذوف يضع قرينة قانونية على نفع الأعمال والنفقات التى قام بها المقاول قبل موته فى مقاولات البناء والأعمال الكبيرة . فلا يستطيع رب العمل رفضها بدعوى أنها غير نافعة له . وبعد حذف هذا النص أصبحت هذه القرينة قرينة قضائية بدلا من أن تكون قرينة قانونية . وللقاضى تقدير ما إذا كان يأخذ بها أو لا يأخذ » [2].

وإذا كان المقاول هو الذى ورد المادة ، كأن كانت المقاولة صنع أثاث فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة و صرف نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضاً منه . فإن رب العمل يدفع لورثة المقاول قيمة الخشب والرسوم ويرد النفقات التى صرفت فى إنجاز العمل أو فى التمهيد لإنجازه وأجر المقاول عن الوقت الذى صرفه فى كل ذلك ، على أن يكون هذا كله فى حدود النفع الذى عاد على رب العمل من ذلك . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المقاول لا يزال يملك ما بدأ فى صنعه من الأثاث لأنه هو الذى ورد المادة . ولا تنتقل إلى رب العمل إلا عند تمام الصنع . وكان مقتضى هذا أنه يجوز للورثة ، وقد انتقلت إليهم الملكية من مورثهم ، أن يستبقوا ما بدأ هذا الأخير فى صنعه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٦ – وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش .

(٢) وإذا غير رب العمل من مواصفات العمل بعد موت المقاول بحيث أصبح ما أنجزه المقاول من العمل بعد موته غير نافع ، فلا يعتد بذلك . والعبرة بالمواصفات الأولى (لوران ٢٦ فقرة ٢٤ – جيوار ٢ فقرة ٨٠١ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٠) . ولكن العمل يعتبر غير نافع إذا لم يستطع رب العمل بعد موت المقاول أن يجد مقاولا آخر يكمله ، فيضطر إلى تركه (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٠ ص ١١٧١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦) .

لأنفسهم على ألا يرجعوا بشيء على رب العمل وعلى أن يردوا ما يكون قد عجله من الأجر[١] . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٧ مدنى تقول كما رأينا : « ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا » . فجاء هذا النص بحكم يخرج على القواعد العامة ، ويجيز لرب العمل أن يجبر الورثة ، بعد أن يدفع لهم التعويض العادل على النحو الذى بيناه ، على أن يسلموا له المواد التى تم إعدادها من الأثاث والرسوم التى بدئ فى تنفيذها[٢] .

١٥٠ — مقارنة بين أحوال تموت فى التحلل من المقاولة : رأينا مما تقدم أن لرب العمل أن يتحلل من المقاولة قبل إنجاز العمل فى أحوال ثلاث :

(١) عندما يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمام العمل (م ٦٦٣ مدنى) .

(٢) عندما يبرم المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة وتثبت ضرورة مجاوزة المقدر فى المقايسة مجاوزة جسيمة ، فقد قدمنا أنه يجوز لرب العمل فى هذه الحالة « أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٥٧ مدنى) .

(٣) عندما يموت المقاول فتنتهى بموته المقاولة أو تفسخ ، وهى الحالة التى نحن بصددها .

فى الحالة الأولى — تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة — يجب على رب العمل تعويض المقاول تعويضاً كاملا ، فيعوضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب . والسبب فى ذلك أنه تحلل من المقاولة بمحض مشيئته ، فوجب عليه التعويض الكامل .

وفى الحالة الثانية — تحلل رب العمل من المقاولة للمجاوزة الجسيمة — يكون التعويض أقل منه فى الحالة الأولى ، إذ أن رب العمل لا يعوض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . والسبب فى ذلك واضح ، إذ هو فى

---

(١) وهذا هو الحكم فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يقابل المادة ٢/٦٦٧ مدنى مصرى (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦) .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٢ ص ١٨٧ — ص ١٨٨ .

هذه الحالة لا يتحلل من العقد بمحض مشيئته كما يفعل فى الحالة الأولى ، بل هو مضطر إلى التحلل من المقاولة نظراً لمجاوزة المقايسة مجاوزة جسيمة وما ينجم عن ذلك من إرهاق له .

وفى الحالة الثالثة — انقضاء المقاولة أو فسخها لموت المقاول — نجد أن التعويض أقل مما هو فى الحالتين السابقتين ، إذ يدفع رب العمل لورثة المقاول أقل القيمتين ، قيمة ما أنفق المقاول وقيمة ما أفاد هو . فهنا لم يتحلل من العقد بمحض مشيئته ، كما فعـــل فى الحالة الأولى فكانت مسئوليته كاملة وكان التعويض كاملا . ولم يتحلل من المقاولة بسبب المجاوزة الجسيمة للتكاليف ، كما فعل فى الحالة الثانية فكانت مسئوليته غير كاملة وكان التعويض ناقصاً . ولكنه تحلل من المقاولة لسبب لا يد له فيه ، فلا مسئولية عليه ، ولذلك لا يدفع تعويضاً إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب .

الباب الثانى

بعض أنواع المقاولات

الفصل الأول

التزام المرافق العامة(*)

١٥١ — التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين الملتزم والعميل : يجب التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل . إذ أن العقد الأول يدخل فى مباحث القانون الإدارى ولاشأن لنا به هنا إلا من حيث اتصاله بالعقد الثانى ، أما العقد الثانى فيدخل فى مباحث القانون المدنى إذا كيف على أنه عقد مدنى كما سيأتى .

وعقد التزام المرفق العام هو العقد الذى تبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام واستغلاله بشروط معينة تذكر فى عقد الالتزام . وهوطريق من طرق إدارة المرافق العامة كما سيجىء . وجهة الإدارة تعتبر فى حكم رب العمل ، ويعتبر الملتزم فى حكم المقاول ، ولكن هذه المقاولة هى كما قدمنا من مباحث القانون الإدارى .

أما العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل . وهو الذى يعنينا هنا . فإنه عقد يبرم بين ملتزم المرفق العام — كشركة سكك حديدية أوشركة نور أو غاز أو مياه — وبين أحد المستهلكين لهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية أو

(*) مراجع : توفيق شحاته فى التزام المرافق العامة رسالة بالفرنسية من القاهرة سنة ١٩٤١ — محمد فؤاد مهنا فى القانون الإدارى المصرى الجزء الأول فى المرافق العامة سنة ١٩٥٢ — ڤالين (Waline) فى القانون الإدارى الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٠ — بونار (Bonnard) فى القانون الإدارى سنة ١٩٣٥ — رولان (Rolland)فى القانون الإدارى الطبعة التاسعة سنة ١٩٤٧ .

مشترك فى النور أو الغاز أوالمياه ، فيكون هذا المستهلك عميلا للشركة . والعقد هنا أيضاً عقد مقاولة[١] ، ولكنه على خلاف عقد التزام المرفق العام من مقاولات القانون المدنى لا من مقاولات القانون الإدارى .

« وقد أصبحت العلاقات التى تقوم فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين المقاول وعملائه — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — من الأهمية بمكان . نظراً لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة فى الوقت الحاضر ، وصار من الضرورى أن يعرض التقنين المدنى لهذا النوع من المقاولات فيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة للمقاولات الصغيرة والكبيرة . بل إن الحاجة إلى التنظيم فى هذا النوع من المقاولات أشد منها فى الفرعين السابقين ، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التى تتولى استغلال المرافق العامة . مما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن . فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تجيز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم . وهكذا وجدت ، إلى جانب المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة . مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها » .

« ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدنى ، بالتقنين الإدارى ، ولابد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه ، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل المقاول الذى تمنحه استغلال مرفق عام . والمشروع لايتعرض بداهة إلاللناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التى يقررها فى هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان ، عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى (القديم) ، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنتفعين بها . كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التى يمكن أن تنسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثير من التطور فى المستقبل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

القريب . وقد استند المشروع فى تقريره للأحكام التى أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة ، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه ، وإلى أن من المجمع عليه الآن فى القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هى ملزمة للعملاء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية فى أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٩٩ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦) ، ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى ما لها من طبيعة اللائحة الإدارية . والأحكام التى أوردها المشروع فى هذا الفرع إنما تبنى على هذه الحقائق الثابتة والنتائج القانونية المترتبة عليها . وهى تكسب المبادئ العامة فى التقنين المدنى شيئاً من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق . وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة فى التقنين المدنى ، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل فهو يصل بين التشريع الصناعى الذى لا يزال فى بداية عهده فى مصر والأساس القانونى العام فى التقنين المدنى »[1] .

ولما عرضت النصوص المتعلقة بالتزام المرافق العامة على لجنة مجلس الشيوخ ، تقدم للجنة اقتراح بحذف هذا الموضوع « لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ، ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإدارى ، ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفر الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين الملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (انظر على سبيل المثال استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصاً دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٨ — ص ٦٩ .

المرافق العامة ، وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائماً وجعل الخيار للأفراد فى الالتجاء إلى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى ، وإنما هى تضع نظاماً سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلا لاختلاف الرأى والتقدير »[٢] .

ولما كان العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل يتصل اتصالا وثيقاً ، كما قدمنا ، بفكرة المرفق العام وإدارته عن طريق الالتزام ، لذلك نعقد مبحثاً تمهيدياً يتناول فى عرض سريع هذه المسألة إذ هى من مباحث القانون الإدارى كما سبق القول ، ثم نعقد مبحثاً آخر نعرض فيه للعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل .

المبحث الأول

المرفق العام وطرق إدارته ـ عقد التزام المرفق العام

§ ١ ـ المرفق العام

١٥٢ ـ المرفق العام وخصائصه : المرفق العام مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام . مثل ذلك مرافق الدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، ومثل ذلك أيضاً مرافق المياه والنور والغاز والمواصلات والتموين والرى . وللمرفق العام خصائص ثلاث :

أولا ـ يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام ، كتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة . فإن لم يكن ذا نفع عام ، وإنما كان لمصلحة خاصة ، فإنه لا يكون مرفقاً عاماً بل يكون مرفقاً مدنياً ، حتى لو أدارته الدولة . فإدارة الدولة لأملاكها الخاصة لا تعتبر إدارة لمرفق عام ، لأن أملاك الدولة الخاصة ليست ذات نفع عام .

ثانيا ـ يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٩ ـ ص ٧٠ .

الربح ، وإذا كانت إدارة المرفق العام تدر فى بعض الأحوال ربحاً ، فإن ذلك إنما يأتى عرضاً وكغرض ثانوى ، أما الغرض الأساسى فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة . فالمرافق الاقتصادية لا تكون مجانية ، بل هى بمقابل يدفعه المستهلكون فى صورة رسوم . ولكن الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم ، لا جنى ربح تجارى ، بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه بالذات ، ولو جعلته مجانياً لتحمل نفقاته دافعو الضرائب ، وليس من العدل فى المرافق الاقتصادية أن يتحمل نفقاتها دافعو الضرائب ولو كانوا من غير المستهلكين . فإذا قصدت الدولة من إدارة مشروع أن تجنى منه ربحاً — كاحتكار الحكومة الفرنسية للدخان — لما كان المشروع مرفقاً عاماً .

ثالثا — يجب أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف على إدارته جهة إدارية . فالمشروع الذى تديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقاً عاماً ولو كان ذا نفع عام ، كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح ، كما قدمنا . فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقاً عاماً إذا لم يكن ذا نفع عام . والجهات الإدارية التى تدير المرافق العامة أو تنظمها وتشرف على إدارتها إما أن تكون الدولة وما يتفرع عنها من مؤسسات عامة[1] ، وإما أن تكون أشخاصاً إدارية محلية وهى مجالس المحافظات والمدن والقرى .

١٥٣ — أقسام المرافق العامة : يمكن تقسيم المرافق العامة تقسيمين مختلفين :

(التقسيم الأول) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية وبلدية . فالمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين . فمرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية ، كل هذه مرافق

---

(١) انظر فى أن صفة المرفق العام تثبت للنشاط المصرفى وعمليات التأمين بعد تأميم البنوك وشركات التأمين بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، وكذلك تثبت هذه الصفة للنقل البحرى بعد أن خرج رأس المال الخاص من هذا القطاع بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ ، وذلك برغم إسناد أوجه النشاط هذه إلى شركات مساهمة : أكثم أمين الخولى فى مقاله حول تطور تشريعات القطاع العام فى مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ١٤٧ — ص ١٤٨ .

قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ، ولا يختص بها إقليم دون إقليم . أما المرافق الإقليمية والبلدية فيختص بها إقليم معين أو بلد معين ، وأهم هذه المرافق النور والغاز والكهرباء والماء والمواصلات المحلية من ترام وأوتوبيس وغيرها ، وهذه تكون عادة مرافق إقليمية وبلدية تقوم بها مجالس المحافظات والمدن والقرى .

(التقسيم الثانى) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق إدارية بحتة ومرافق اقتصادية . وهذا هو التقسيم الأهم ، وتظهر أهمية هذا التقسيم فى طرق إدارة المرفق . فالمرافق الاقتصادية تتسع لجميع الطرق التى سيأتى بيانها ، أما المرافق الإدارية البحتة فتدار بطريق الإدارة المباشرة (Régie) .

والمرافق الإدارية البحتة هى المرافق التى تؤدى خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية . وهذه هى المرافق التى كانت الدولة تقتصر عليها فى الماضى ، قبل أن تنشط حركة تدخلها فى النواحى الاقتصادية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية . وأهم هذه المرافق الإدارية البحتة هى مرفق الدفاع ومرفق الأمن ومرفق العدالة ومرفق الصحة ومرفق التعليم . وأكثر ماتكون هذه المرافق مرافق قومية .

أما المرافق الاقتصادية فهى مرافق تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية ، فهى مرافق صناعية وتجارية ومرافق للتوجيه المهنى والاقتصادى . وبعض هذه المرافق مرافق إقليمية وبلدية ، كتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز ووسائل النقل المحلية . وبعضها مرافق قومية ، كالسكك الحديدية والطيران والملاحة والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . والمرافق الاقتصادية فى تزايد مضطرد وتطور سريع ، وبخاصة فى أعقاب الحرب العالمية الأولى ، وقد ازدادت كثيراً بعد الحرب العالمية الثانية ، وأصبحت الدولة تتوغل فى النشاط الاقتصادى على وجه غير معهود . وعزز ذلك فى مصر حركة التأميم ، مذ أصبح النشاط الفردى فى الأيام الأخيرة عرضة فى كثير من الأحوال للتأميم والانتقال من القطاع الخاص إلى القطاع العام . فقد أمم كثير من الشركات الصناعية والتجارية ، وجميع البنوك وشركات التأمين ، والأدوية الطبية ، والمخابز ، والصحف .

١٥٤ — النظام القانونى للمرافق العامة : وللمرافق العامة نظام قانونى يقوم على المبادئ الآتية ، وهى كلها مبادئ تقتضيها طبيعة المرفق العام[١] :

أولا — يجب أن يكفل للمرفق العام الدوام والاستقرار . ويكون ذلك بأن يتوافر فيه : (١) الاستمرار (continuité) . (٢) والانتظام (régularité) — (٣) ومسايرة التطور (adaptation à l'évolution) . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا.

ثانياً — يجب أن تكفل المساواة التامة أمام المرافق العامة ، فتكون فرص الانتفاع بالمرفق العام أمام جميع المستهلكين متكافئة ، ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر .

ثالثا — يجب أن يكون المرفق العام فى متناول من يحتاج إليه ، فلا يحرم منه لعلو سعره . والمرافق الإدارية البحتة . تكون عادة مجانية فهى فى متناول الجميع ، كمرافق الدفاع والأمن ، وإذا اقتضى أجر عليها فهو أجر يلاحظ ألا يكون فيه عنت كالرسوم القضائية والمصروفات المدرسية ونفقات العلاج والأدوية فى المستشفيات . أما المرافق الاقتصادية ، فهذه تكون بمقابل يدفعه المنتفع فى صورة رسوم كما سبق القول . وسنرى أن الجهة الإدارية تبسط رقابة شديدة على أسعار المرافق الاقتصادية ، وتراعى فى ذلك ألا تكون مرهقة للمستهلكين .

رابعا — تسرى على المرافق العامة قواعد خاصة بها ، ليست هى قواعد القانون المدنى بل قواعد القانون الإدارى . فتنظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق ، وهذا المركز ليس مركزاً تعاقدياً بل هو مركز تنظيمى . وتنظم أيضاً الأحوال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالا خاصة بل أموالا عامة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرافق ، فتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقوداً إدارية ، ولهذه وتلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدنى . وتنظم أخيراً علاقة المرافق بالمنتفعين بالجمهور بوجه عام ، فتعين حقوق المنتفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير . وتخضع المرافق العامة عادة لولاية القضاء الإدارى دون ولاية القضاء العادى .

---

(١) رولان فقرة ٢٣ .

والمبادئ الثلاثة الأولى تسرى حتما على جميع المرافق ، إدارية كانت أو اقتصادية ، وذلك دون حاجة إلى نص تشريعى ، بل هذا تطبيق للمبادئ العامة فى القانون الإدارى حتى لو لم يوجد هذا النص . أما المبدأ الرابع فيسرى بصفة حتمية على المرافق الإدارية . أما المرافق الاقتصادية فقد اتسع نطاقها كما سبق القول ، ودخل فى نطاق القطاع العام كثير من أوجه النشاط التى كانت قبلا محصورة فى نطاق القطاع الخاص ، فوجب فى بعض الحالات استبقاء قواعد القانون المدنى وقواعد القانون التجارى لأنها أكثر ملاءمة لطبيعة النشاط فى بعض هذه المرافق .

§ ٢ ـ طرق إدارة المرفق العام

١٥٥ ـ طرق خمس: يسلك الشخص الإدارى الذى أنشأ المرفق العام، سواء كان هذا الشخص الإدارى هو الدولة فيكون المرفق قومياً أو كان شخصاً إدارياً محلياً فيكون المرفق إقليمياً أو بلدياً ، إحدى طرق خمس لاستغلال هذا المرفق وإدارته . وتتدرج هذه الطرق الخمس من ناحية تحمل تبعات الاستغلال المالى للمرفق تدرجاً ملحوظاً . فأقصى درجة لتحمل هذه التبعات ، بحيث يتحمل الشخص الإدارى كل الخسائر كما يستأثر بكل الأرباح ، هى طريقة الإدارة المباشرة أو الريجى (régie) . ويماثلها فى تحمل التبعات المالية طريقة الإدارة بواسطة مؤسسة عامة (établissement public)، فالمؤسسة العامة التى تدير المرفق تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ويلى ذلك الإدارة بطريق الريجى غير المباشر (régie intéressée)، وفيها تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة باستغلال المرفق وإدارته فى مقابل عوض معلوم ، وتبقى الإدارة هى التى تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . وتأتى بعد ذلك طريقة الاستغلال المختلط (économic mixte) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية باستغلال المرفق وإدارته إلى شركة مختلطة تساهم فيها بمقدار معين من الأسهم ، وتترك بقية الأسهم يكتتب بها الأفراد أو الشركات الخاصة . وهذه الشركة المختلطة التى تساهم فيها السلطة الإدارية هى التى تقوم باستغلال المرفق وإدارته ، بحيث تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . فتكون السلطة الإدارية ، عن طريق مساهمتها فى الشركة المختلطة ، قد ساهمت فى الخسارة وفى الربح ، دون أن

تتحمل الخسارة كلها أو تستأثر بالربح كله . وتأتى أخيراً طريقة الإدارة بمنح التزام المرفق العام (concession de service publie) لفرد أو شركة ، فيقوم الملتزم باستغلال المرفق وإدارته طبقاً لشروط معينة تضعها السلطة الإدارية ، ويستأثر وحده بكل الربح كما يتحمل وحده كل الخسارة .

فهذه طرق خمس — الإدارة المباشرة أو الريجى والإدارة عن طريق المؤسسات العامة والإدارة بطريقة الريجى غير المباشر والإدارة بطريقة الاستغلال المختلط والإدارة بطريقة الالتزام — تتدرج تدرجاً ملحوظاً كما رأينا . فى الطرق الثلاث الأولى تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة وتستأثر بكل الربح على تفاوت فى درجة اتصال هذه السلطة بإدارة المرفق ، وفى الطريقة الرابعة تساهم السلطة الإدارية فى الخسارة وفى الربح ، وفى الطريقة الخامسة لا تتحمل خسارة ولا تجنى ربحاً[1] .

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نصين فى هذا الموضوع . فكانت المادة ٩٠٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — تنقسم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، من حيث النظام المقرر لإدارتها ، إلى أنواع ثلاثة : (أ) مرافق يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة . (ب) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وبإدارتها . (ج) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها . ٢ — وتسرى على هذا النوع الأخير من المقاولات فيما يخص العلاقة ما بين المقاول وعملائه ، القواعد التى تسرى على النوع الأول منها . ٣ — أما النوع الثانى من هذه المقاولات ، فلا يجوز للأفراد استغلاله إلا بمقتضى عقد التزام . ٤ — ولا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملائه ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » . وكانت المادة ٩٠٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فى المرافق الحرة ، تظل العلاقة مابين المقاول وعملائه خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالعقود » . وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ — ص ٧٤ فى الهامش) .

ويبدو أنه يجب استبعاد المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، وكذلك المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها ، من نطاق المرافق العامة ، فقد قدمنا أن المرفق العام يجب أن تديره السلطة الإدارية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر (انظر آنفاً فقرة ١٥٢) . ومثل هذه المرافق التى لا تعتبر مرافق عامة الفنادق والمطاعم والمقاهى والأندية العامة ودور التمثيل والسينما والملاهى والطباعة والنشر والصحافة (قبل أن تؤمم) .

فيبقى إذن النوع الثانى الوارد فى المادة ٩٠٤ سالفة الذكر ، وهو المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . وهذا النوع الثانى يجوز للسلطة الإدارية إدارته بطريق مباشر أى بطريق الريجى ، كما يجوز أن يكون استغلاله بموجب عقد التزام (concession) . ولم يذكر النص الطرق الأخرى لإدارة المرفق العام ، وهى المؤسسات العامة والريجى غير المباشر والاستغلال المختلط .

١٥٦ — الطريقة الأولى — الإدارة المباشرة أو الريجى (régie) : تقوم السلطة الإدارية فى هذه الطريقة بإدارة المرفق العام مباشرة بعمالها وأموالها ، ويعتبر العمال موظفين عامين والأموال أموالا عامة . ويتبع فى تمويل المرفق العام القواعد المالية العامة المقررة فى ميزانية الدولة أو ميزانية الشخص الإدارى المحلى من مجلس محافظة أو مجلس مدينة أو مجلس قرية . وبذلك تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة التى عسى أن تنجم عن استغلال المرفق ، كما تستأثر بكل الربح إن كان هناك ربح .

وطريقة الإدارة هى التى تتبع فى المرافق الإدارية البحتة كمرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة . وبعضها ، كمرفق الدفاع والأمن ، يؤدى خدماته للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب . والبعض الآخر يؤدى خدماته للمنتفعين بالمرفق من أفراد الجمهور ، وذلك كمرفق العدالة ومرفق التعليم ، وقد يكون ذلك مجاناً أو يكون فى مقابل رسم معين يؤديه المنتفع حتى لا يتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق . وتتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية مما تقضى طبيعته أن يدار بهذه الطريقة ، وذلك كمرافق البريد والبرق والتلفون والراديو والتلفزيون . وقد تتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وهى مع ذلك مرافق ضرورية للجمهور ، وذلك كالسكك الحديدية والنقل البحرى والنقل الجوى ، أو لغرض التيسير على الجمهور والعمل على راحته ، وذلك كبعض المواصلات المحلية وتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز .

وعميل المرفق العام الذى يدار إدارة مباشرة حكمه هو حكم عميل ملتزم المرفق العام عندما يدار المرفق بطريق الالتزام[1] . وسنبين تفصيلا فيما يلى أحكام التعاقد بين العميل وملتزم المرفق العام .

---

(١) وتقول المادة ٤/٩٠٤ من المشروع التمهيدى ، وهى التى تقرر حذفها فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ١٥٥ فى الهامش) ، فى هذا المعنى ما يأتى : « ولا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملائه ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » .

١٥٧ — الطريقة الثانية — الإدارة عن طريق المؤسسات العامة (établissements publics) : والمرفق العام الذى يدار عن طريق مؤسسة عامة هو فى الواقع من الأمر مرفق يدار إدارة مباشرة بواسطة السلطة الإدارية — أى الريجى — ولكن السلطة القائمة على إدارة المرفق تمنح شخصية معنوية مستقلة عن الدولة أو عن الشخص الإدارى المحلى ، فتسمى لذلك مؤسسة عامة . ومن ثم تكون لها ذمة مالية مستقلة ، ولا تختلط إيراداتها ومصروفاتها بإيرادات الشخص الإدارى الذى تتبعه ومصروفاته ، وإذا زادت إيراداتها على مصروفاتها كان الزائد احتياطيا لها دون أن يختلط بأموال الشخص الإدارى ، ويكون لها الحق فى قبول الهبات والوصايا والتبرعات ، وتخاصِم وتخاصَم باسمها فى القضاء ، ويعتبر موظفوها مستقلين عن موظفى الشخص الإدارى الذى تتبعه المؤسسة . وتلجأ السلطة الإدارية إلى إنشاء المؤسسات لإدارة المرافق العامة لتخفيف العبء عن كاهلها وترك المرفق العام تديره هيئة متخصصة لإدارته ، مستقلة فى شخصيتها فتحمل مسئولية أكبر . وتتمكن من السير فى أعمالها إذا كانت تدير مرفقاً اقتصادياً وفقاً للنظم المتبعة فى إدارة المشروعات الحرة . والمؤسسة العامة تقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله ، وتتحمل جميع خسائره كما تستأثر بكل أرباحه . ومن أمثلة المؤسسات العامة الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات العامة القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين والشركات المؤممة : وتبسط عادة السلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة ، يبينها نظام المؤسسة .

وعميل المرفق العام الذى يدار بطريق المؤسسة العامة هو ، فى روابطه التعاقدية مع المؤسسة ، فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام .

١٥٨ — الطريقة الثالثة — الإدارة بطريقة الريجى غير المباشر (régie intéressée) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرفق العام واستغلاله ، على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر . أما مدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من صافى الأرباح أو من رأس المال ، أو مقابلا على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مربوط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود

القانون الإدارى ، ولكنه لا يعتبر موظفاً عاماً لا هو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق .

وهذه الطريقة تماثل طريقة الإدارة المباشرة بطريق الريجى من حيث إن السلطة الإدارية فى كل من الطريقتين هى التى تستقل بتبعات المرفق المالية ، فتتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ولكنها من جهة أخرى تخالف طريقة الريجى وتماثل طريقة الالتزام من حيث إن مدير المرفق شخص خاص كالملتزم لا موظف عام . وقد لجأت بعض البلديات فى أوروبا إلى هذه الطريقة ، ولكنها لم تسفر عن نجاح يساعد على انتشارها .

وعميل المرفة العام فى هذه الطريقة فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريقة الريجى أو بطريقة المؤسسات العامة أو بطريقة الالتزام .

١٥٩ — الطريقة الرابعة — الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط (économie mixte) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى شركة . تساهم فيها بنسبة معينة من رأس المال ، فى إدارة المرفق واستغلاله . وبذلك لا تستقل السلطة الإدارية بتبعات المرفق المالية ولكنها تساهم فى هذه التبعات ، فتشارك فى الخسائر وفى الأرباح بنسبة مساهمتها فى رأس مال الشركة . كذلك تشترك السلطة الإدارية فى إدارة المرفق واستغلاله عن طريق مساهمتها فى الشركة ، وتستطيع إذا كان لها من المال ما يزيد على النصف أن تسيطر على الإدارة . وهذه الطريقة تفضل ، فى إدارة المرافق الاقتصادية ، طريقة الريجى وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهى فى الوقت ذاته قد تفضل طريقة الالتزام التى سيأتى بيانها فى أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال ، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيراً . وتفضل أخيراً طريقة الريجى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها كل الخسائر ، بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح . واتبعت هذه الطريقة فى فرنسا فى مرافق النقل البرية والبحرية والجوية وفى مرفق الصناعات الحربية ، وفى انجلترا فى الصناعات البحرية وفى مشروعات إنتاج الكهرباء ، وفى مصر فى بنك التعاون والتسليف الزراعى

وفى البنك الصناعى وفى الشركات المؤممة نصف تأميم والشركات التى أممت أسهمها بالنسبة إلى حاملى ما تزيد قيمته على عشرة آلاف جنيه من هذه الأسهم .

والشركة المختلطة (société mixte) تخضع لأحكام القانون التجارى فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والنظم والأساليب التى تتبعها فى إدارة المرفق واستغلاله . ولما كانت السلطة الإدارية تساهم فى رأس مالها ، فإنه يكون لها فى مجلس إدارة الشركة ممثلون بنسبة حصتها فى رأس المال . ومن ثم تستطيع أن تراقب الإدارة رقابة داخلية ، بخلاف طريقة الالتزام فالسلطة الإدارية لا تراقب الملتزم إلا رقابة خارجية لا تتناول الأعمال اليومية بل تقتصر على الإشراف على نظام المرفق وحساباته .

وعميل المرفق العام فى طريقة الشركة المختلطة هو فى حكم عميل المرفق العام فى الطرق الأخرى : الريجى والمؤسسات العامة والريجى غير المباشر والالتزام .

١٦٠ — الطريقة الخامسة — الإدارة بطريقة الالتزام (concession de service public) : وهذه هى الطريقة التى تعنينا ، فإن التقنين المدنى عرض لها بالذات ونظم علاقة عميل المرفق العام بالملتزم . ولكننا رأينا أن عميل المرفق العام ، أيا كانت الطريقة التى يدار بها المرفق ، تسرى عليه أحكام واحدة هى الأحكام التى تسرى على عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام ، وسيأتى بيان هذه الأحكام .

وفى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية فى إدارة المرفق العام واستغلاله إلى ملتزم . يقوم بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية ، فيستأثر بكل الأرباح ويتحمل كل الخسائر . وإنما تحدد السلطة الإدارية ، فى عقد التزام المرفق العام وما يلحق به من وثائق ، الشروط التى يدار بها المرفق وطرق الإشراف على الإدارة والإجراءات التى تتبع فى ذلك ، كما تبين الحقوق والواجبات التى تكون للملتزم وعليه نحو السلطة الإدارية ونحو عملاء المرفق العام .

والملتزم ، فرداً كان أو شركة ، لا يعتبر موظفاً عاماً ، وإنما هو من أشخاص القانون الخاص ، وهو تاجر يبغى الربح من وراء الالتزام . ولكنه فى الوقت ذاته يدير مرفقاً عاماً يجب أن يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، ويجب أن يكفل لجمهور المنتفعين بالمرفق أسعاراً معقوله . فعقد التزام

المرفق العام الذى تبرمه السلطة الإدارية مع الملتزم يواجه هذين الاعتبارين المتعارضين ، مصلحة المنتفعين بالمرفق ومصلحة الملتزم ، ويوفق بينهما ما أمكن التوفيق ، فإن استعصى علت مصلحة المنتفعين بالمرفق وهى مصلحة عامة على مصلحة الملتزم وهى مصلحة خاصة . وتنتقل الآن إلى الكلام فى هذا العقد[1] .

§ ٣ ـ عقد التزام المرفق العام

١٦١ ـ نص قانونى : تنص المادة ٦٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن[2] » .

---

(١) وسواء أدير المرفق العام بطريق الالتزام أو بطريق الاستغلال المختلط ، فإنه يبقى مرفقاً عاماً ، ويجب التمييز بينه وبين المشروع الخاص الموجه أو الخاضع لرقابة الإدارة (entreprise privée contrôlée) : انظر فى هذا التمييز بونار ص ٥٤٧ – ص ٥٤٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – التزام المرافق العامة عقد إدارى ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين ، ٢ – ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء مايدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقرها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلا جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد . وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « والروابط التعاقدية التى تنشأ بين ملتزم المرفق العام وعملائه إذا كان هذا الملتزم هو إحدى الجهات الحكومية لا تختلف عما ينشأ من الروابط إذا كان استغلال المرفق قد أعطى لجهة غير حكومية » . وأصبح رقم المادة ٦٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان استغلال حقول البترول والمناجم يعتبر من المرافق العامة فى تطبيق هذه المواد ، خاصة وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة فى مذكرته التفسيرية قد أخرج المشروعات الاقتصادية والتجارية من نطاق تطبيق أحكامه . فأجيب بأن المادة ١٣٧ من الدستور تنص على أن كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وما يعتبر التزاما بإدارة مرفق عام هو الالتزام الذى يكون موضوعه مصلحة الجمهور ، ولذلك فإن استغلال حقوق البترول والمناجم لا يعتبر التزاماً بإدارة مرفق عام (service public) بل هو استغلال مورد من موارد الثروة . ويلاحظ =

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٧ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩١ — ولامقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1].

١٦٢ — عناصر عقد التزام المرفق العام : ويتبين من النص سالف الذكر أن عقد التزام المرفق العام له عناصر تميزه عن سائر العقود ، ويمكن حصرها فى ثلاثة :

(العنصر الأول) أن يكون عقد التزام المرفق مبرماً بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق كما تقول

= أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك كله صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (concesssionnaire) والمنتفعين (usagers) كما هو الحال مثلا فى علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى (القديم) فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف فى تكييف هذه العلاقة . أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة ، فقد نظم العلاقة الأولى وهى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم ، فأحكامه تعتبر فرعاً من القانون الإدارى لأنه إنما يتناول شروطاً لها كما قدمنا صفة اللائحة ، ولذلك لا شأن لأحكامه بالقانون المدنى . وبعد هذا الإيضاح وافقت اللجنة على الفقرة الأولى من المادة ، وحذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بحكمها . وقد صارت المادة بعد حذف الفقرة الثانية مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٦٦٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ — ص ٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٩١ : ١ — التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون . ٢ — والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

المادة ٦٦٨ فيما رأينا . فالمتعاقد الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التى أنشأت المرفق العام وقامت بتنظيمه . وتكون هذه الجهة هى الدولة ، أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية : المحافظة أو المدينة أو القرية . والمتعاقد الآخر يكون فى الغالب شركة وقد يكون فرداً ، والمهم أنه لا يعتبر بتعاقده على إدارة المرفق من أشخاص القانون العام أى موظفاً عاماً ، بل يعتبر من أشخاص القانون الخاص[1] كما سبق القول .

(العنصر الثانى) أن يكون محل العقد إدارة مرفق العام واستغلاله . ويجب أن يكون هذا المرفق ، كما يقول النص فيما رأينا . « ذا صفة اقتصادية » (م٦٦٨ مدنى) ، فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية . لا من المرافق الإدارية البحتة . وأكثر ما يمنح الالتزام فى مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها . أما المرافق الإدارية البحتة ، كالدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم . فقد قدمنا أنها لا تدار بطريق الالتزام وإنما تدار إدارة مباشرة بطريق الريجى . وإذا أفسح مجال للنشاط الفردى الحر فى بعض هذه المرافق . كما فى التعليم للمدارس الحرة وكما فى الصحة للمستشفيات الخاصة . فليس هذا معناه أن المرفق العام للتعليم أو للصحة يدار بطريق الالتزام ، فإن الدولة هى التى تديره فى الأصل ، وتدع للجمعيات وللأفراد أن يسدوا ما قد تتركه من فراغ لا عن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردى . وقد تنظم الدولة هذا النشاط الفردى تنظيما محكماً تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم ، كما هى الحال فى تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القائمون به الآن أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعانات ونحو ذلك .

(العنصر الثالث) أن يكون لعقد التزام المرفق العام مدة معينة ، أو كما تقول المادة ٦٦٨ مدنى فيما رأينا « فترة معينة من الزمن » . فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً ، أو لمدة غير معينة ، أو لمدة معينة بالغة فى الطول . بل يجب أن تكون المدة بحيث تسمح للسلطة الإدارية بتغيير طريقة إدارة المرفق مع تطور

---

(١) وهو الذى يمثل المرفق العام مادام الإلتزام قائماً ، فإذا سقط الالتزام أصبحت جهة الإدارة هى دون الملتزم التى تمثل المرفق (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦) .

الظروف ، وفى الوقت ذاته تسمح للملتزم أن يقتضى من استغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذى استثمره . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، الصادر فى ٢١ يوليه سنة ١٩٤٧[١] ، حداً أقصى لهذه المدة هو ثلاثون سنة ، فنصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة »[٢]. ونصت المادة ٨ من

---

(١) وقد صدر هذا القانون قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، وجاء فى مذكرته الإيضاحية ما يأتى : « كان عقد التزام المرافق العامة — ولو أنه من العقود الإدارية — معتبراً فيما مضى عقداً مدنياً أو تجارياً ، وكان لكل الشروط الواردة فيه صيغة التعاقد ، فهى بتلك المثابة قانون المتعاقدين . فأصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شؤون القانون الإدارى ، وأصبحت لمعنى المرافق العامة المنزلة الأولى ، وبدأ الملتزم يعاوناً للإدارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة . ولقد وضع مجلس الدولة عدة قواعد فى شأن علاقات مانح الالتزام والملتزم ، وأخص تلك القواعد ما قرر سلطة الإدارة فى تنظيم المرافق العامة والإشراف على سيرها ، وعلى وجه الخصوص حقها فى وضع قوائم أسعار المرافق العامة وضرورة الاستمرار فى المرفق العام ولو اقتضى ذلك تدخل مانح الالتزام ووجوب المحافظة على التوازن المالى للالتزام . ويرى القانون إلى بيان القواعد الأساسية التى يجب أن تراعى فى منح التزامات المرافق العامة فى مصر ، وهى تتعلق بشروط الحد الأقصى لمدة الالتزام ، وبإعادة النظر فى قوائم الأسعار بعد كل فترة زمنية ، وتحديد أرباح الملتزم . والأخذ بهذه القواعد يكفل تحقيق الوحدة والتشابه فى نظام الالتزامات ، إذ سوف لا يكون سبيل للخروج على أية قاعدة منها إلا بحكم تشريعى خاص » .

(٢) وكان الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ ينص فى المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة . ومع ذلك جرى العمل فى الماضى عم منح التزام المرفق العام لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة ، مما يتعارض مع روح الدستور . فأتى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ يعين الحد الأقصى لمدة التزام المرفق العام . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى هذا الصدد : « لا شك فى أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهد من التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية ، أن تمنح التزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه إذا حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً ، كفل ذلك للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء ، فلم يكن إذن حاجة إلى أن يعدل عن هذه القاعدة وأن يسمح بتجاوز هذه المدة إلا فى حالات استثنائية تكون فيها النفقات بالغة فى الزيادة » .

فإذا انتهت مدة الالتزام ، رجعت إدارة المرفق العام للإدارة كما هو الأصل ، ولا تعتبر الإدارة فى هذه الحالة خلفاً للملتزم ، ومن ثم لا تلتزم بما ترتب من ديون فى ذمته بسبب إدارة المرفق . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا انتهت مدة الالتزام وعاد المرفق إلى الإدارة ، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام عمن كان يقوم بإدارته ، ومن ثم فلا تلتزم بما علق من ديون أو التزامات فى ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٩ ص ٥٤٦) .

نفس القانون على أن « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة ، مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون »[1] .

فإذا توافرت هذه العناصر الثلاثة ، كان هناك عقد التزام للمرفق العام . وهذا العقد ينشئ حقوقاً للملتزم ، ويرتب عليه واجبات . ويصرح المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٨ مدنى بأن عقد الالتزام المرفق العام هو « عقد إدارى »[2]. فهذه مسائل ثلاث — حقوق الملتزم وواجباته والتكييف القانونى لعقد الالتزام — نبحثها على التعاقب .

١٦٣ — حقوق الملتزم : والحقوق التى ينشئها عقد الالتزام للملتزم يمكن حصرها فى أربعة :

أولا — الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز . ويغلب أن يمنح عقد الالتزام الملتزم حق الانفراد باستغلال المرفق العام ، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذا المرفق ؛ وهذا هو الاحتكار القانونى (monopole). ويكون ذلك عادة فى المرافق العامة التى لا تحتمل المنافسة ، إذ يكون

= كذلك إذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها ، فإنها لا تلتزم بشىء من الديون ، ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها ؛ ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلا عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له . وإسقاط الالتزام يضع حداً فاصلا بين الحراسة الإدارية التى كانت مفروضة على الملتزم وبين إدارة الدولة للمرفق ، ومن ثم تزول صفة الحارس الإدارى فى تمثيل الملتزم (نقض مدنى أول نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٤ ص ٩٥٢ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦ — ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) .

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الثامنة : « الأحكام الواردة فى المواد ٥ و ٦ و ٧ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل لو نص على شروط تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تعلو على الاتفاقات التى تعتبر قانوناً للمتعاقدين . فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه . وقد وضعت المادة الثامنة لتعين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ — ص ٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

فيها ضياع للأموال والجهود . مثل ذلك مرفق السكة الحديدية فى منطقة معينة لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد ، وإلا كانت الجهود والأموال التى تبذل فى إدارة المرفق مضاعفة فى غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة . وكذلك الأمر فى مرافق توريد النور والغاز والكهرباء والماء وما إلى ذلك . وقد لا يمنح الملتزم حق الاحتكار القانونى ، بل يمنح حق امتياز (privilège) . ومعنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنع قانوناً من استغلال المرفق ، ولكن السلطة الإدارية تتعهد للملتزم بألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك[1] . فيصبح الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً ، حكم ألاّ أحد يقوى على منافسته . ويندر أن تمنح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً على الوجه الذى قدمناه . ولكن يقع فى بعض الأحيان أن تفعل ذلك . كما فى مرفق المواصلات حين تمنح السلطة الإدارية التزام تسيير خطوط الترام الكهربائية للملتزم والتزام تسيير خطوط الأوتوبيس لملتزم آخر . ولكن وسائل المواصلات هنا كما نرى مختلفة[2] .

ثانيا — تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله. فتمنحه السلطة الإدارية الترخيصات اللازمة ، وتسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التى يلزم استعمالها لإدارة المرفق . وتخوله سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق من نحو حق نزع الملكية وحق تحرير محاضر للمخالفات . وقد يكون من الضرورى ، فى بعض المرافق العامة التى يقتضى استغلالها نفقات باهظة للصرف على إقامة المنشآت ثم على الصيانة والإدارة ، أن تقدم السلطة الإدارية للملتزم معونة مالية فى صور مختلفة . فقد تمنحه إعانات دورية ، أو قروضاً تسدد على آجال طويلة من ريع المرفق ، أو تكفل له ربحاً معيناً أو تكفل لأسهم الشركة سعراً معيناً للفائدة لا تنزل عنه وفى هذه الحالة يغلب أن تشارك الإدارة الملتزم فيما يزيد على هذا الربح المعين[3] .

---

(١) قارن ص ٣٥٧ .

(٢) وفى مقابل احتكار الملتزم للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، يغلب ألا يكون له عمل آخر غير إدارة المرفق واستغلاله (انظر فى هذه المسألة رولان فقرة ١٥١ ص ١٣١) .

(٣) انظر فى ذلك قارن ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ — محمد فؤاد مهنا ص ١٦١ .

ثالثا – تقاضى رسوم من المنتفعين بالمرفق ، أى العملاء المستهلكين ، مقابل انتفاعهم . وهذا المقابل لا يعتبر أجرة (loyer) تسرى عليها أحكام القانون المدنى ، بل هو رسم (taxe) تسرى عليه أحكام القانون الإدارى . ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة ، « ويكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » (م ٦٧١/مدنى) . وللسلطة العامة كذلك الحق فى تعديل قوائم الأسعار بالرفع أو بالخفض تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة[1] ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى فى هذا الصدد : « ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها.. » ، وتقول المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة : « لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه . . قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل » . والرسوم التى يتقاضاها الملتزم من عملائه يستهلك بها رؤوس الأموال التى يستثمرها فى المرفق وكذلك المصروفات التى ينفقها فى إدارته ، مع ضمان ربح معقول يجنيه . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حدا أقصى لهذا الربح المعقول ، فنصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة من رأس المال . ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، حسبما يرى مانح الالتزام[2] » .

---

(١) رولان فقرة ١٥٢ – يونار ص ٥٥٥ – ص ٥٥٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المرفق عشرة فى المائة من رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعى لجزاء الملتزم ، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات =

رابعاً ـ الحق فى التوازن المالى للمرفق (uilibre financier de service) والأصل أن التزام المرفق العام لا يخلو من المخاطرة ، فالملتزم يسعى للربح ويتعرض للخسارة . والمفروض فى كل ذلك أنه يبذل عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق واستغلاله . فإذا ارتكب خطأ جشمه خسارة ، وجب عليه أن يتحملها وحده مهما كانت فادحة ، فإنه هو الذى بخطأه تسبب فيها . وإذا نزل عن عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق ، فنجم عن تقصيره فى الإدارة أن تكبد خسارة ، وجب عليه هنا أيضاً أن يتحملها وحده . أما إذا لم يرتكب خطأ ، وبذل فى الإدارة عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مع ذلك معرضاً لخسارة مألوفة يقابلها ربح محتمل . وإلى هنا لم يختل التوازن المالى للمرفق . وإنما يختل هذا التوازن فى إحدى حالتين : (الحالة الأولى) أن يواجه الملتزم فى إدارته للمرفق عملا للسلطة الإدارية تقلب به الميزان المالى للمرفق ، كأن تحدث تعديلات جوهرية فى نظام المرفق أو تخفض الأسعار تخفيضاً كبيراً ، وينجم عن ذلك خسارة فادحة تصيب الملتزم . فهنا يختل التوازن المالى للمرفق ، وللملتزم أن يرجع على السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن ، لأن هذه السلطة هى التى بفعلها أخلت به . (والحالة الثانية) التى ينشأ فيها للملتزم الحق فى التوازن المالى للمرفق هى ظروف طارئة ، لم تكن فى الحسبان ، لا تنسب لا إلى مانح الالتزام ولا إلى الملتزم ، وتجعل استغلال المرفق بالشروط المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقاً للملتزم بحيث يتهدده بخسارة فادحة . وهذه هى نظرية الظروف الطارئة قررها القانون الإدارى كما هو معروف قبل أن تنتقل إلى القانون المدنى . وبموجب هذه النظرية يكون للملتزم الحق فى إعادة التوازن المالى للمرفق ، بتعديل شروط استغلاله أو برفع الأسعار حتى

= حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبراً وقدراً . والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز ، فإن له غالباً احتكاراً بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة . ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التى تقررها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها ، والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة . وأخيراً فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقه الفرنسى على أن فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحاً باهظة ، يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها » .

لا يتحمل وحده كل الخسارة التى نجمت عن هذه الظروف الطارئة[١]. وعلى العكس من ذلك إذا كانت الظروف الطارئة جعلت الملتزم يجنى أرباحاً فاحشة، جاز للسلطة الإدارية أن تخفض الأسعار أو أن تعدل تنظيم المرفق وقواعد استغلاله، حتى تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وقد أقر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نظرية الظروف الطارئة بشطريها. فنصت المادة ٦ من هذا القانون على أنه «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله. وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول»[٢].

١٦٤ — واجبات الملتزم: كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من

---

(١) انظر ڤالين ص ٣٦٣ — ص ٣٦٦ — رولان فقرة ١٥٥ — بونار ص ٥٦٧ — ص ٥٧٧ — محمد فؤاد مهنا ص ١٦٢ — ص ١٦٥.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد: «عدا التعديلات التى تفرضها إرادة مانح الالتزام وتكوّن ما يمكن أن يسمى «الخطر الإدارى»، توجد تعديلات أخرى خارجة عن إرادة مانح الالتزام أو الملتزم ولم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وهو ما يمكن أن يسمى «بالخطر الاقتصادى». وهو إذا أصبح غير عادى بحيث يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالى للالتزام، فإنه يجب فى هذه الحالة إعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة بوثيقة الالتزام ليتيسر استمرار السير المنظم للمرفق العام موضوع الالتزام. فالمادة السادسة تقرر نظرية الظروف غير المتوقعة التى نبتت من الصعوبات التى لقيها ملتزمو المرافق العامة إبان الحرب العظمى الماضية وعقبها بسبب ارتفاع الأسعار ولم تطبق حتى الآن إلا لمصلحة الملتزم. وعلى مبدأ التوازن المالى الذى لاحظ الطرفان وقت التعاقد وجوب استمراره طوال مدة الالتزام، بنى الواجب الذى فرض على مانح الالتزام بأن يوفر للملتزم فى الحالات التى يصح وصفها بأنها ظروف غير متوقعة مزايا لا شأن لها بعقد الالتزام، كرفع الأسعار وخفض تكاليف الملتزم أو منحه إعانة. فمن المعقول إذن، إذا اختل التوازن المالى لمصلحة الملتزم، أى إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق له بسببها أرباح غير عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام، كان هذا الإخلال مبرراً لإعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة فى الالتزام للنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جداً تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التى اقتضت إنشاءه».

المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « يكون هذا العقد الإدارى (عقدالتزام المرفق العام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة[١] » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة »[٢] . والنص المحذوف ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن العمل به بالرغم من حذفه . فعقد الالتزام إذن يوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها المرفق إلى العملاء . وفى بعض الحالات يوجب عقد الالتزام على الملتزم أيضاً أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق وإدارته واستغلاله . فيترتب إذن فى ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام التزامان :

أولا — القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق ، إذ كثيراً ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره . فمرافق النور والماء والغاز تحتاج إلى مد مواسير فى جوف الأرض ، وإعداد أجهزة لتوليد الكهرباء وتقطير الماء ، وما إلى ذلك . ومرفق السكك الحديدية يحتاج إلى مد قضبان حديدية ، وإنشاء محطات ، ونحو ذلك . وقد احتاجت الشركة التى منحت التزام ضاحية مصر الجديدة إلى تشييد مساكن عديدة وتزويدها بالنور والماء ، ومد ترام المترو لتوصيل الضاحية بوسط مدينة القاهرة . كذلك احتاجت الشركة التى منحت التزام قناة السويس إلى إنفاق مصروفات باهظة فى حفر القنال وما تحتاج إليه حركة مرور السفن من منشآت وغيرها . فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم ، وقبل أن تعمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرفق للملتزم[٣] . والغالب أن الذى يدفع السلطة الإدارية إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٤ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٣) وعندما يقيم الملتزم المنشآت اللازمة ، وتحصر الأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق ، يكون كل هذا ملكاً خاصاً لا ملكاً عاماً . وكملك خاص يكون قابلا للحجز عليه ولغير الحجز من إجراءات التنفيذ . ولكن صدر القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ يضيف مادة جديدة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة ، وهى المادة ٨ مكررة وتنص على ما يأتى : « لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة » .

الالتجاء لطريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة فى المنشآت اللازمة لتسييره ، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويستثمرها فى المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق . ومتابعة التطور التاريخى لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام بدأ أولا يكون التزاماً بأشغال عامة (concession de travaux publics) هى هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق ، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها لا أصلا . ذلك أن استغلال المرفق — ويستتبع ذلك إدارته — كان يعتبر هو المقابل الذى يأخذه الملتزم فى نظير تنفيذ الأشغال العامة التى يتطلبها إنشاء المرفق . ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلا عنه ، وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية . بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة ، كما رأينا ، تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام ، بعد أن كان متبوعاً[1] .

ثانيا — القيام بإدارة المرفق ، وهذا هو الالتزام الجوهرى الذى يترتب فى ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى العقد بين الملتزم والعميل . وسنرى كذلك أن على الملتزم أن يتقيد بالأسعار التى وضعتها السلطة العامة بما يلحقها من تعديلات تقتضيها المصلحة العامة ، وأن يكفل المساواة بين العملاء فلا يميز أحداً منهم على الآخرين . وسواء منح الملتزم الالتزام مساومة أو عن طريق مناقصة عامة ، فإنه فى الحالتين قد اختير لاعتبارات شخصية فيه ، فلا يجوز أن ينزل عن الالتزام إلى غيره دون موافقة مانح الالتزام ، فإذا نزل عن الالتزام دون موافقته كان النزول باطلا وجاز لمانح الالتزام إسقاطه عن الملتزم الأصلى ذاته[2] .

ويخضع الملتزم ، فى القيام بإدارة المرفق واستغلاله ، لرقابة مانح الالتزام وإشرافه . وهذه الرقابة تتحتم ، سواء نص عليها عقد الالتزام أو لم ينص .

---

(١) انظر فى هذه المسألة دنجيه سنة ١٩٢٥ الجزء الخامس ص ٥٧٠ — بوتلر ص ٤٦٧ — توفيق شحاته ص ٣٠ — ص ٣٢ .

(٢) جيز ٤ ص ١٩٣ وما بعدها — توفيق شحاته ص ٨٤ — ص ٨٦ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٤ .

ذلك أن المرفق العام يجب أن يدار طبقاً للشروط المبينة فى عقد الالتزام وفى دفتر الشروط (cahier des charges)، وفى الوقت ذاته طبقاً للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين (م ٦٦٩ مدنى وسيأتى ذكرها). وهذه خاصية جوهرية من خواص المرفق العام. فلابد أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها كاملين على إدارة المرفق. وكثيراً ما يبين عقد الالتزام طرق هذه الرقابة وسبل هذا الإشراف والإجراءات التى تتبع لتحقيق كل ذلك. ولكن، حتى لو كان عقد الالتزام ساكتاً عن هذا، أو حتى لو تضمن شروطاً مخالفة، فإنه يتحتم كما قدمنا أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها على إدارة المرفق العام، حتى تحمى مصالح الجمهور، وحتى تحمى مصالحها بالذات فهى قد تكون مسئولة عن إعانة الملتزم بمقدار ما يسد العجز الناجم عن استغلال المرفق، فلا بد من الرقابة حتى تطمئن السلطة الإدارية إلى أن مصالح الجمهور مكفولة وإلى أن تبعاتها المالية لا تجاوز الحدود الواجبة.

وتتنوع الرقابة التى تبسطها السلطة الإدارية على الملتزم فى إدارته، فهى رقابة فنية ورقابة إدارية ورقابة مالية. ولكل من هذه الأنواع الثلاثة من الرقابة وسائل وإجراءات يبينها عقد الالتزام. فإن سكت العقد عن ذلك بينها التشريع والمبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى. فلمانح الالتزام أن يعين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما يطلبونه من معلومات وبيانات وإحصاءات. كذلك يكون لمانح الالتزام الحق فى أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية. وكما تكون الرقابة بعد تنفيذ أعمال الإدارة التى يقوم بها الملتزم، كذلك تكون قبل تنفيذها حتى تكون رقابة فعالة مانعة. وقد تصل الرقابة إلى حد النص فى عقد الالتزام على أن يكون لمانح الالتزام الحق فى تعيين المدير الفنى للمرفق أو فى الموافقة على تعيينه، أو فى تعيين بعض من أعضاء مجلس الإدارة.

ولا حدود للرقابة التى يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم، إلا فى ألا تكون هذه الرقابة سبباً لخروج المرفق عن الأغراض التى خصص لها، وأن تستعمل فى حدود القوانين والنظم والإجراءات المرسومة. وألا تنقلب إلى تدخل

مباشر فى إدارة المرفق حتى لا تتحول من إدارة بطريق الالتزام إلى إدارة مباشرة بطريق الريجى[١] .

وقد أفاض القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة فى رسم مدى الرقابة التى يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم ، فنصت المادة ٧ من هذا القانون (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) على ما يأتى : « ١ – لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية . ٢ – وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ٣ – ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة . ٤ – كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة . ٥ – وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . ٦ – وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت »[٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ٢٧٧ – ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٧٠ ص ٤٣ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٢ ص ١٩٥ – ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٣١٧ – مصر المختلطة مستعجل ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٢٩ – الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ – چيز ٤ ص ٣٣١ وص ٣٣٦ – توفيق شحاته ص ٩١ – ص ٩٨ .

(٢) وكانت المادة ٧ الأصلية من قانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تجرى على الوجه الآتى : « لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره ، كما له أن يراقب إدارة الملتزم المالية . وله فى هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات ، أو أن =

١٦٥ — التكييف القانونى لعقد الالتزام : كان الرأى السائد طوال القرن التاسع عشر فى فرنسا وفى مصر أن عقد الالتزام هو عقد مدنى (contrst civil) يخضع للقواعد المدنية المقررة فى العقود ، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدنى) . والشروط التى لا يجوز نقضها ولا تعديلها هى الشروط الواردة فى عقد الالتزام وفى دفتر الشروط (cahier des charges) الملحق به . ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التى يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق والضمانات التى تكفل مصالح هؤلاء العملاء ، فإن أكثر هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء كانوا هم العملاء أو كانوا الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم فى إدارة المرفق واستغلاله . لذلك حاولت هذه النظرية التقليدية أن تعلل كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم يكونوا طرفاً فيه ، ويكسبون منه حقوقاً على الوجه المتقدم الذكر . وقد فسرت ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير ، فتكون السلطة الإدارية هى المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون . وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشراً يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم ، وبقبولهم التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة فى الاشتراط لمصلحة الغير . وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة كما قدمنا طوال القرن التاسع عشر ، وكانت نظرية المرافق العامة لا تزال ناشئة . وما لبثت عيوب هذه النظرية أن تبدت . وأهم هذه العيوب أنها تجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور ، ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم . فهى تولى الملتزم

= يفحص حساباته فى أى وقت » . ثم صدر القانون رقم ٢٩٧ لسنة ١٩٥٤ يعدل النص على الوجه الآتى : « ١ — لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية . ٢ — وله فى سبيل ذلك تعيين مندوب عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ٣ — وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت » . ثم صدر أخيراً القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ يعدل النص على الوجه المبين بالمتن .

حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تساير بالمرفق ما يقتضيه التطور ، فتعدل بمحض سلطانها ، دون حاجة إلى رضاء الملتزم ، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذى تقتضيه المصلحة العامة .

ومن ثم نشأت نظرية أخرى ، انتشرت بوجه خاص فى ألمانيا وإيطاليا ، تذهب إلى أن عقد الالتزام إنما هو تصرف قانونى من جانب واحد هو جانب السلطة الإدارية ، فهى التى وضعت شروط الالتزام ونظم المرفق وقررت الأسعار ، ولم يفعل الملتزم إلا أن يقبل الخضوع لإرادة السلطة الإدارية . وترتب النظرية على ذلك أن السلطة الإدراية تستطيع بمحض سلطانها أن تعدل من شروط الالتزام ونظم المرفق والأسعار المقررة ، إذ أن هذا كله هى التى وضعته بإرادتها المنفردة . فتستطيع أن تعدله بإرادتها المنفردة كذلك دون حاجة إلى رضاء الملتزم . وعيب هذه النظرية أنها تغفل بتاتاً إرادة الملتزم . مع أن هذه الإرادة تلعب دوراً أساسياً فى تكوين عقد الالتزام ولولاها لما تكوّن هذا العقد . ثم إنها تطلق يد الإدارة فى عقد الالتزام بجميع مشتملاته . حتى فيما يتعلق منه بالحقوق الشخصية التى يكسبها الملتزم من هذا العقد . فتستطيع الإدارة بسلطانها المطلق أن تعدل فى هذه الحقوق وأن تنتقص منها كما تشاء دون أن يكون للملتزم رأى فى ذلك . وبالقدر الذى قيدت به النظرية التقليدية يد الإدارة وغلتها عن أن تعدل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بنظم تسيير المرفق ، أطلقت نظرية التصرف القانونى من جانب واحد يد الإدارة وبسطت سلطانها فى تعديل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بالحقوق الشخصية للملتزم .

وقد نبذ فى الوقت الحاضر كل من النظريتين . وقامت نظرية حديثة — قال بها ديجيه وجيز وقالين من كبار رجال الفقه الإدارى فى فرنسا — تذهب إلى أن عقد الالتزام ليس من جهة عقداً مدنياً ، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد، بل هو عقد إدارى (contrat administratif) . فعقد الالتزام إذن ، بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق إرادتين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم . إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى ، بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة . وهذه النظرية الحديثة هى النظرية التى أراد التقنين المدنى

المصرى أن يأخذ بها ، ونرى أثر ذلك واضحاً فى المشروع التمهيدى لهذا التقنين . فقد كانت المادة ٩٠٦ من هذا المشروع تنص على أن « ١ – التزام المرافق العامة عقد إدارى . . . ٢ – ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة أغفل وصف العقد بأنه « إدارى » دون أن يذكر سبب ذلك[1] . ويغلب أن يكون السبب راجعاً إلى الرغبة فى تجنب اعتناق مذهب فقهى فى النصوص التشريعية . ولكن سائر النصوص التى تنظم التزام المرافق العامة والعقد الذى يبرمه الملتزم مع عملائه تبين فى وضوح أن عقد التزام المرفق العام هو عقد إدارى ، تستطيع الإدارة بمحض سلطانها تعديل نواحيه التنظيمية[2] .

١٦٦ – ما يترتب من النتائج على أن عقد الالتزام هو عقد إدارى : وأهم النتائج التى تترتب على أن عقد الالتزام عقد إدارى ، أو هو كما يقول ديجيه تصرف مركب (acte complexe) فلا تسرى القواعد المدنية فى جميع نواحيه ، أنه يجب التمييز فى هذا العقد بين طائفتين من النصوص : نصوص تعاقدية (clasuses contractuelles) ونصوص تنظيمية (clauses réglementaires)[3]

(١) فالنصوص التعاقدية . وهذه تخضع لقواعد القانون المدنى فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين ، هى النصوص المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والتزامات شخصية (droits et obligations subjectifs) للملتزم. وهذه تتعلق بمدة الالتزام ، وبشروط استرداده (rachat) ، وبالالتزامات المالية المتقابلة المترتبة فى ذمة كل من الملتزم ومانح الالتزام ، كالتزام مانح الالتزام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ – ص ٧٢ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقداً مدنياً ، بل هو عقد من نوع خاص (sui generis) (الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ – رولان فقرة ١٤٩ – بونار ص ٥٦١ – ص ٥٦٢ .

بمنح إعانة للملتزم أو بكفالة مقدار معين من الربح ، وكالتزام الملتزم بدفع مبلغ من المال لمانح الالتزام أو بإشراكه فى أرباح المرفق بنسبة معينة . ويمكن القول مع ديجيه[١] إن النصوص التعاقدية هى تلك النصوص التى ماكانت لتوجد لو أن المرفق أدير مباشرة بطريق الريجى ، فهى نصوص اقتضاها قيام ملتزم يدير المرفق وضرورة تنظيم العلاقات الذاتية بينه وبين مانح الالتزام .

(ب) أما النصوص التنظيمية فهذه تتعلق بتنظيم المرفق فى ذاته ، ووضع طرق مرسومة لإدارته بما يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء بحيث لا يمتاز عميل على آخر ، وتقرير حق السلطة الإدارية فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أما شروط هذا الاسترداد ومقدار ماتدفعه الإدارة من تعويض للملتزم فهذه كما قدمنا تدخل فى النصوص التعاقدية التى لا يمكن نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهذه النصوص التنظيمية هى النصوص التى يجب أن توجد لتنظيم المرفق وإدارته ، سواء تولى الإدارة ملتزم أو تولتها السلطة الإدارية مباشرة بطريق الريجى . فهى قانون المرفق العام ، ومن ثم فهى نصوص تنظيمية لها حكم القانون . تملك السلطة الإدارية بمحض سلطانها ، ومن غير موافقة الملتزم ، نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة[٢] . وهذه الولاية فى النقض والتعديل تخلص للسلطة الإدارية باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة التى يحققها المرفق ، إذ المرفق حتى لو أدير بطريق الالتزام لايزال مرفقاً عاماً ، يجب أن يدار بما يحقق المصلحة العامة التى أنشئ من أجلها . ومصدر هذه الولاية هى المبادئ المقررة فى القانون الإدارى ، سواء وجد نص تشريعى يمنح الإدارة هذه الولاية أولم يوجد ، وسواء نص فى عقد الالتزام على أن يكون للإدارة هذه الولاية أو لم ينص ، بل حتى لو نص فى عقد الالتزام ألا يكون للإدارة هذه الولاية فإنها تثبت للإدارة بالرغم من هذا النص . ولايحد من هذه الولاية إلا قيدان : (أولا) أن تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، فلاتتعسف فى استعمالها ، ولا تستعملها على وجه يخرج المرفق عن الغرض الذى أنشئ من أجله أو يحوله من أن تكون

---

(١) الجزء الأول ص ٤٢١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٤ .

إدارته بطريق الالتزام إلى أن تكون إدارة مباشرة بطريق الريجى. (ثانيا) أنه إذا نجم عن استعمالها أن اختل التوازن المالى للمرفق ، وجب على السلطة الإدارية أن تعيد هذا التوازن عن طريق تعويض الملتزم عما سببته له من خسارة تعويضاً عادلا ، وقد تقدم بيان ذلك[١] .

فالسلطة الإدارية تملك إذن أن تنفرد بتعديل هذه النصوص التنظيمية ، سواء فيما يتعلق بالأسعار أوفيما يتعلق بتنظيم المرفق وإدارته ، ولاتستطيع أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص ، أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . وقد أورد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة كل هذه الأحكام فى نصوصه .

ففيما يتعلق بالأسعار ، نصت المادة ٢ من هذا القانون على أن « يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام » . وقد وضع القانون فوق ذلك حداً أقصى لصافى الأرباح التى يجنيها الملتزم من استغلال المرفق العام ، هو عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام[٢] .

وفيما يتعلق بتعديل تنظيم المرفق وطرق إدارته وقواعد استغلاله . نصت المادة ٥ من القانون على أنه « يجوز لمانح الالتزام دائماً . متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله . ويوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل »[٣] . وقد رأينا أن المادة ٦

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعا) .

(٢) انظر المادة ٣ من القانون آنفاً فقرة ١٦٢ (ثالثا) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الخامسة منه : « إن من شأن الأخذ بالقواعد الواردة بالمواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ من القانون فى جميع عقود الالتزام أن يجتنب وقوع أغلب المنازعات التى تنشأ بين الملتزم ومانح الالتزام ، إذ يصبح ما بينهما من العلاقات خاضعاً لشروط روعى فيها نوع التزام المرفق العام وملابسته للمصلحة العامة . على أنه قد يقع أن تكون هذه القواعد قاصرة عن أن تحقق وحدها التوافق بين المرفق العام والأحوال القائمة فى وقت معين ، وأن تكون الإدارة فى سبيل المصلحة العامة مضطرة ، لأسباب اجتماعية أواقتصادية أوسياسية ، لتعديل الشروط الأصلية لعقد الالتزام فيما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو بطريق استغلاله أوفيما يتعلق على وجه الخصوص بالأسعار التى تحصل من المنتفعين به . فالمادة الخامسة تؤيد مانح الالتزام فى هذه الحالة =

من القانون تكفل للملتزم إعادة التوازن المالى للمرفق إذا اختل هذا التوازن[١].

وفيما يتعلق بحق الإدارة فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته ، نصت المادة ٤ من القانون على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته »[٢].

المبحث الثانى

العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل

١٦٧ — مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم — الحق فى المرفق : قد ينشأ للفرد حق قبل التعاقد مع الملتزم ، يستطيع أن يرفع به دعوى أمام القضاء . ذلك أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً فى المرفق (le droit au service) فإذا منحت السلطة الإدارية مثلا التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن طريق خطوط للترام أو للأوتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط الالتزام فلم ينشئ مثلا كل الخطوط التى فرضها عليه دفتر الشروط أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرر من ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه . أو

= فى أن يعدل من تلقاء نفسه الشروط الخاصة بأركان تنظيم المرفق العام أو بسيره ، وذلك بمقتضى سلطانه الإدارى ، إذ كان لا يجوز أن تعطل المصلحة العامة بفعل الشروط التعاقدية الواردة فى وثيقة الالتزام » .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعا) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الرابعة منه : « إنه وإن يكن لمانع الالتزام فى سبيل المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل حق استرداده فى أى وقت ، حتى ولو لم يشر إلى هذا الحق فى وثيقة الالتزام ، فقد رؤى من الأفضل تجنباً لكل نزاع فى شأن تقدير ذلك التعويض تقرير قاعدة ترمى إلى أن وثيقة الالتزام يجب أن تحدد شروط أوضاع ذلك الاسترداد ».

وانظر فى حق الإدارة فى استرداد المرفق العام مع دفع التعويض : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥ — وفى حق الإدارة فى الاستيلاء على كل ما هو لازم لإدارة المرفق فى مقابل تعويض مع استثناء ما هو ملك خاص للملتزم فهذا لا يجوز الاستيلاء عليه : استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ — وفى وجوب تقدير التعويض بحسب القيمة الحقيقة للأشياء بصرف النظر عن كونها من الناحية الحسابية تعتبر مستهلكة : استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٦١ .

امتنعت شركة النور أو الماء أو الغاز من التعاقد معه بغير حق عندما طلب إليها ذلك ، فإن له أن يتجه إلى مانح الالتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملتزم يكف عن هذا الإخلال[١] . فإذا امتنع مانح الالتزام من إجابته إلى طلبه ، كان له أن يطعن فى هذا الامتناع — وهو أمر إدارى سلبى — بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . وإذا أصاب الفرد ضرر من هذا الإخلال ، كأن تعطلت له مصلحة جدية من انعدام المواصلات أو من عدم توريد النور أو الماء أو الغاز له ، جاز له أن يرفع دعوى التعويض على الملتزم[٢] .

١٦٨ — مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم — الانتفاع بالمرفق — رابطة تعاقدية مزدوجة — نص قانونى : أما بعد أن يتعاقد العميل مع الملتزم ، فإنه يصبح دائناً له بأداء خدمات المرفق العام . وله أن يطالب مباشرة بأداء هذه الخدمات ، وهذا هو الحق فى الانتفاع بالمرفق (l'usage du service)[٣] .

وقد اختلف فى تكييف العقد بين الملتزم والعميل . فأكثر فقهاء القانون الإدارى يذهبون إلى أنه ليس بعقد . بل هو إرادة منفردة من جانب العميل بموجبها يخضع لمركز منظم (statut) هو المركز الذى ينظمه عقد الالتزام وملحقاته مما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وإدارته ، وتنظمه الشروط التى تقتضيها طبيعة المرفق ويقتضيها ما ينظم هذا المرفق من القوانين . وهذه الإرادة المنفردة هى كما يقول ديجيه تصرف شرطى (acte-condition)[٤] . ولكن بعض فقهاء القانون الإدارى[٥] وفقهاء القانون المدنى[٦] يذهبون إلى أن العقد الذى يبرمه

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) انظر فى هذه المسألة ڤالين ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر فى هذا المعنى ديجيه فى مركز الأفراد تجاه المرافق العامة مقال فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٧ ص ٤١١ وما بعدها ، ومؤلفه فى القانون الدستورى ١ ص ٢٧٣ وما بعدها — هوريو فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٧ — ٣ — ٣٣ — جيز فى تعليقه فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٨ ص ٤٨ وما بعدها وسنة ١٩١٦ ص ٥٢ وما بعدها وص ٢٤٢ وما بعدها . ومؤلفه فى المبادئ العامة فى القانون الإدارى ٣ ص ١٣ وما بعدها — بونار ص ٧٧ — ص ٧٨ — توفيق شحاته ص ٢٤٣ — ص ٢٥٣ .

(٥) ڤالين ص ٣٩٠ — ص ٣٩١ ومقاله فى مركز عميل المرفق العام فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٢٥٦ .

(٦) انظر بوجه خاص ديموج فى مصادر الالتزام ١ ص ٦٤ وما بعدها و٢ ص ٨٥٧ وما بعدها وتعليقه فى سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٨١ .