

عقد المقاولة

المقاولة : عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر.

خصائص المقاولة :

١ : عقد رضائي : فهو ينعقد بمجرد ارتباط الايجاب والقبول وتطابقهما. ولا يوجد ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على وجود شكلية معينة لا ينعقد العقد الا باستيفائها كالكتابة مثلا

٢ : يقع التراضي على العمل المطلوب تأديته وعلى الاجر

٣ : عقد من عقود المعاوضة. لانه كل طرف يأخذ مقابلاً لما يعطي

٤ : عقد ملزم للجانبين. فهناك التزامات في ذمة المقاول والتزامات في ذمة رب العمل

تمييز عقد المقاولة عن العقود الاخرى.

١ : تمييز المقاولة عن عقد العمل :

أن اعتبار العقد عقد عمل يعني أن رب العمل يكون مسؤولاً عن العامل مسؤولية المتبوع عن التابع . فيخضع العامل لإدارة وتوجيه رب العمل . أما في عقد المقاولة فيكون المقاول مستقلاً عن رب العمل ولا يخضع لإدارته وتوجيهه

٢ : تمييز المقاولة عن البيع :

يصعب التمييز في حالة ما اذا قدم المقاول عمله والمادة معا فهل هذا العقد عقد بيع ام مقاولة..؟ فهنا نقارن بين قيمة المادة وقيمة العمل اللذين يقدمهما المقاول. فإذا كانت احدهما أقل من الاخرى بشيء قليل او تساوت قيمتهما فالعقد يكون خليطاً من بيع تسري عليه احكام عقد البيع ومقاولة تسري عليه احكام عقد المقاولة

..أما اذا كانت قيمة المواد اكثر من قيمة العمل بكثير فيكون العقد بيعا لا معاولة. في حين يكون العقد معاولة اذا كانت قيمة العمل تزيد بكثير عن قيمة المواد التي يقدمها المقاول.

وبالنسبة الى العقود التي ترد على إقامة الابنية فيلزم التمييز بين ما اذا كانت الارض مملوكة الى المقاول ام الى رب العمل. فإذا كانت مملوكة الى المقاول فهذا عقد بيع أما إذا كانت مملوكة الى رب العمل فهذا العقد هو عقد معاولة.

٣ : تمييز عقد المعاولة عن عقد الايجار

يصعب التمييز بين العقدين في بعض الاحيان فمثال إذا اتفق شخص مع شركة من شركات النقل على ان تضع تحت تصرفه احدى سيارتها مع سائقها فهل هذا العقد هو معاولة ام عقد ايجار؟ فالتكييف القانوني لهذا العقد يكمن في معرفة من يملك السيطرة على السيارة وسائقها خلال الرحلة فإذا كانت الشركة هي التي تملك هذه السيطرة بإحتفاظها برقابة وتوجيه السائق فأن العقد يعتبر معاولة اما اذا انتقلت الرقابة والتوجيه الى الراكب فيعتبر العقد ايجار.

٤ : تمييز المعاولة عن عقد الاشغال العامة

أن عقد المعاولة من عقود القانون الخاص اما عقد الاشغال العامة فهو عقد اداري يخضع الى القانون الاداري و حتى يكون العقد عقد اشغال عامة لابد ان تتوافر فيه ثلاث شروط: أولها أن يرد على عقار و ثانيهما أن يتم العمل لحساب شخص عام كالدولة أو احدى مؤسساتها العامة وثالثها أن يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة .

ويرى الفقه أن العقد يعتبر عقد اشغال عامة وأن لم يرد على عقار مملوك للدولة ما دام الغرض منه تحقيق منفعة عامة و ان لم يتصل العمل بمال عام او بمرفق عام .. والراجع فقها اذا كان العقد

لحساب شركة مساهمة عامة او شركة من شركات الاقتصاد المختلط فيكون العقد مقاولة لا عقد اشغال عامة .

أركان عقد المقاوله

اركان عقد المقاوله هي التراضي والمحل والسبب . وسنسلط الضوء على التراضي والمحل فقط.

١ : التراضي

يجب لانعقاد عقد المقاوله ان يتم التطابق بين الايجاب والقبول على ماهية العقد وعلى العمل وعلى الاجرة . فاذا اختلف الطرفين على اي عنصر من هذه العناصر لا ينعقد العقد.

فيجب لانعقاد المقاوله وجود التراضي وان يكون هذا التراضي صحيحا وحتى يكون التراضي صحيحا لكل من المقاول و رب لابد من توافر الاهلية اللازمة للعمل ويجب ان تكون ارادتهما خالية من عيوب الارادة .

ومن الجدير بالذكر بانه اذا حدث غلط في شخص المقاول فلا يؤثر على العقد الا اذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار .

٢ : المحل

أن المحل في عقد المقاوله له وجهان فهو بالنسبة الى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته. وبالنسبة الى التزامات رب العمل الاجر .

أ : العمل في المقاوله

إذا قدم المقاول العمل والمادة فأن العقد يسمى أستصناعا أما إذا أقتصر دور المقاول على تقديم العمل بينما قدم رب العمل المادة فان المقاول يعتبر أجيرا مشتركا

ويشترط في العمل حتى يكون محلا لعقد المقاوله ما يأتي :

١. أن يكون العمل ممكنا فلا التزام بمستحيل والا كان العقد باطل.
والمقصود هنا بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة وهي ان يكون
العمل مستحيلا على أي شخص اخر غير المقاول. كمن يتعهد بان
يطير الى السماء بدون استخدام أي وسيلة للطيران.

٢. أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين : فإذا لم يكن العمل كذلك
كان العقد باطلا كما لو اتفق الطرفان على قيام المقاول بعمل دون
ذكر طبيعته ووصافه.

٣. يجب ان يكن العمل مشروعاً فإذا كان مخالفا للقانون وللنظام
العام كانت المقاولة باطلة

ب : الاجر في المقاولة

هو الوجه الثاني للمحل في عقد المقاولة وهو المال الذي يلتزم به
رب العمل بإعطائه للمقاول في مقابل قيام الاخير بالعمل المعهود
اليه.

ويشترط في الاجر نفس شروط العمل:

١. أن يكون موجودا فإذا لم يكن الاجر موجودا كان العقد من عقود
التبرع فلا يعتبر مقاولة بل عقد غير مسمى والاصل أنه متى دلت
الظروف على ان العمل ما كان ينجز بدون أجر فإن رب العمل
يكون ملزما بدفعه وذلك حتى لو جاء العقد خاليا من أية اشارة اليه.

لل

أي مقاربا

٢. ويجب ان يكون الاجر جديا حقيقة و ان تتجه ارادة رب العمل
الى دفعه وان تتجه ارادة المقاول الى أستيفائه

٣. أن يكون الاجر معيناً أو قابلاً للتعيين فيكون الاجر معيناً عندما يتفق الطرفان عليه في العقد وقد يحدد من قبل المتعاقدين بعدة صور

الصورة الاولى : أن يتم تحديد الاجر أجمالاً فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ اجمالي يقدر مقدماً عند ابرام عقد المقاوله
فمثال لو طلب رب العمل بناء دار يتكون من طابق واحد وفي غرفتين بمساحة معينة ويتفقان على مبلغ عشرة ملايين

الصورة الثانية : قد يحدد الاجر على أساس ثمن القائمة حيث توجد قائمة تتضمن سعراً لكل وحدة من وحدات البناء كسعر المتر الواحد من الحديد او سعر المتر الواحد من البناء .

الصورة الثالثة : قد يحدد الاجر على اساس وحدة القياس حيث يجري عمل مقايسة وتكون مكتوبة تحتوي على بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها والمواد الواجب استخدامها والاجر الواجب دفعه مقدماً

٤. أن يكون الاجر مما يجوز التعامل فيه

فيجب أن يكون الاجر غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة او لنص قانوني

أثار المقاوله

أولاً : التزامات المقاول

يلتزم المقاول نحو رب العمل بالالتزامات الآتية :

١ : التزامه بإنجاز العمل المتفق عليه

٢ : التزامه بتسليم العمل بعد إكماله

٣ : التزامه بضمان العمل بعد التسليم

أولاً : التزامه بإنجاز العمل المتفق عليه

وهذا الالتزام ينطوي على عدة واجبات يتعين على المقاول أن يقوم بها وهي :

أ : الطريقة الواجبة

يجب على المقاول ان ينجز العمل بالطريقة الواجبة سواء قدم المادة من عنده ام كانت المادة من رب العمل .فيكون مسؤولاً عن خطئه وعن خطأ تابعيه وعليه ان ينجز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة القانونية وذلك بأتباع الطريقة المتفق عليها في انجاز العمل

ب : العناية اللازمة في انجاز العمل

الالتزام بإنجاز العمل أما أن يكون التزاماً ببذل عناية واما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية فإذا كان التزاماً بتحقيق غاية كتشديد بناء او ترميمه. فلا يبرأ المقاول من التزامه الا اذا تحققت الغاية و أنجز العمل المطلوب ولا تنتفي مسؤوليته الا اذا اثبت السبب الاجنبي. . أما اذا كان الالتزام ببذل عناية كعلاج مريض أو اداء عمل فأن المطلوب من المقاول في هذه الحالة أن يبذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل المعهود اليه.

وأيضاً يلتزم المقاول بالإضافة الى عمله بتقديم كل ما يحتاج اليه انجاز العمل من ادوات ومهمات فلو اتفق على انشاء دار مثلا واقتصر دور المقاول كما قلنا على تقديم العمل فقط فأن المقاول يكون ملزماً بتجهيز العربات اليدوية لنقل مواد البناء في ساحة العمل . ويرد على هذا الكلام استثناءان

الاول : قد يوجد عرف يقضي خلاف ذلك

الثاني : يجوز الاتفاق على مخالفة الكلام اعلاه لأنه ليس من النظام العام

ج : مراعاة أصول الفن في استعمال المادة

يجب على المقاول متى سلمت اليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يظهر حرصه بهذا الشأن ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة كما عليه أن يبذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة فإذا لم يبذل هذه العناية كان مسؤولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها

د : عدم التأخر في إنجاز العمل

يلتزم المقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفة وهذا الالتزام هو التزام بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة.. فمن أجل أن تنتفي مسؤولية المقاول يجب ان يثبت السبب الاجنبي

جزاء الاخلال بالتزام إنجاز العمل

إذا أخل المقاول بالتزامه بإنجاز العمل فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك الاخلال ويحق بالتالي لرب العمل أن يطالب بحقه في المطالبة بالتعويض سواء فسخ العقد ام طالب المدين بالتنفيذ العيني الجبري فيستحق رب العمل التعويض في كلا الحالتين

ثانيا : التزام المقاول بتسليم العمل

يلتزم المقاول بتسليم العمل الى رب العمل بعد انجازه له حيث يختلف تسليم الشيء باختلاف طبيعته فإذا كان الشيء منقول فتسليمه يكون بنقل حيازته من المقاول الى رب العمل واذا كان محل المقولة عقاراً فإن تسليم البناء يتم بتسليم مفاتيحه الى رب العمل او بوضعه تحت تصرفه ..

١ : مكان التسليم

يكون التسليم في المكان المتفق عليه فإن لم يكن هناك اتفاق ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة فإذا كان محل المقاوله عقارا فان التسليم يكون في مكان العقار .

٢ : زمان التسليم

يكون التسليم في الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل فإذا لم يتفقا على ميعاد معين ففي الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفي كل الاحوال يكون التسليم بمجرد انجاز العمل مالم يتفق على ميعاد اخر.

٣ : جزاء الخلال بالتسليم

أذا اخل المقاول بتسليم العمل في الزمان والمكان المتفق عليها فيكون لرب العمل حق طلب التنفيذ العيني الجبري او طلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ويستطيع المقاول التخلص من مسؤوليته اذا أثبت أن التأخير بالتسليم راجع الى قوة قاهرة او حادث فجائي أو راجع الى فعل الغير او الى خطأ رب العمل نفسه -وإذا هلك الشيء قبل التسليم بسبب حادث فجائي ولم يكن لطرفي المقاوله يد فيه فإن هلاكه او تعيبه يكون على المقاول فليس له ان يطلب اجرة عمله ولا برد قيمة النفقات التي تكبدها الا اذا كان المقاول قد وجه انذار الى رب العمل يطلب منه تسلم المعقود عليه....

-وهلاك مادة العمل يكون على الذي قام بتوريدها

-وقد يقع الهلاك او التعيب بخطأ رب العمل وعندها يستحق المقاول اجره كاملا

-وقد يهلك الشيء او يتعيب بسبب المقاول فيكون هو الطرف الذي يتحمل الخسارة فيلزم تبعا لذلك بأن يدفع الى رب العمل قيمة الشيء الذي جهزه له ويعفى رب العمل من دفع الاجرة الى المقاول

ثالثا: الضمان

في هذا الموضوع سنسلط الضوء على الضمان بشكل عام وعلى الاحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول

١ : الضمان العام

أذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل .

وقد يقدم رب العمل المادة الى المقاول ففي هذه الحالة لا يكون المقاول ضامنا لعيوبها. بل يكون المقاول مسؤولا عن اي اهمال يصدر منه في استعماله لها واذا كشف اثناء عمله في المادة عيوبها لا تصلح معها للغرض المقصود وجب عليه ان يخطر رب العمل فورا

أن المقاول مسؤولا عن كل عيب في الصنعة تقضي اصول الحرفة بأن يكون مسؤولا عنه فإذا كان العيب خفيا أي لا يمكن اكتشافه من قبل رب العمل رغم تسلمه للعمل او كانت مخالفته للشرط غير ظاهرة فان المقاول يكون ضامنا لذلك العيب ويجب على رب العمل للرجوع عليه بالضمان ان يخبر المقاول بالعيب حال اكتشافه .. واذا مضت مدة دون اخبار المقاول به فإنه يعتبر متنازلا ضمنيا عن الرجوع بالضمان .

أما اذا كان العيب ظاهرا او كانت المخالفة لشرط مما يمكن اكتشافه فان رب العمل اذا لم يعترض لدى المقاول على العيب او المخالفة حال تسلمه للعمل فانه يعتبر متنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول في الضمان

اذا اثبت رب العمل ان هناك غشا مرتكب من قبل المقاول فيستطيع رب العمل الرجوع على المقاول بالضمان اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب وخلال ثلاث سنوات ..

ويقتصر حق رب العمل في الرجوع على المقاول على اصلاح العيب ان كان اصلاح ذلك العيب ممكنا وهذا هو التنفيذ العيني .. والا لجأت المحكمة الى تعويض رب العمل اذا لم يلحق هذا الاخير ضرر جسيم .. وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ويكون طلبه هذا خاضعا لسلطة المحكمة التقديرية

٢ : ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء الضمان العشري

أن العقد المبرم بين رب العمل والمهندس هو المرجع في تحديد الالتزامات المترتبة على المهندس الذي يجب ان يفي بها والا تعرض للمسؤولية العقدية ..

وقد الزم المشرع العراقي المهندس المعماري والمقاول بالضمان عن التهدم الذي يقع في المباني والمنشآت الثابتة الاخرى وعن كل عيب يقع فيها من شأنه تهديد سلامة تلك المنشآت إذا وقع هذا التهدم او العيب خلال مدة معينة .. ويشترط لقيام الضمان ما يلي :

١ : وجود عقد مقاوله

فلا بد لقيام الضمان ان يكون هناك عقد مقاوله فان كان من يتولى العمل خاضعا لإشراف وتوجيه رب العمل فان العقد يكون عقد عمل لا مقاوله. ويجب ان يكون محل العقد مبان او منشآت ثابتة

..وايضا يجب ان يأخذ المقاول أجر عن عمله فإذا كان بدون اجر اعتبر العقد تبرع .

٢ : أن يحصل التهدم في المنشآت الثابتة أو يقع فيها عيب يهدد سلامتها ومتانتها.

أن المقصود بالتهدم الذي تترتب عليه المسؤولية هو أنهيار البناء كليا أو انهيار جزء منه فتنفصل عنه بعض أجزائه التي كانت

متصلة به ولا يشترط في التهدم أن يكون حالا وواقعا فعلا وانما يكفي ان يكون أمر مستقبلا

وقد يرجع التهدم الى وجود عيب في المواد التي أستخدمت. او قد يكون العيب نتيجة لمخالفة المقاول للطريقة والشروط المنصوص عليها في العقد. او يكون نتيجة عيب في التصميم.

أما إذا كان التهدم نتيجة قوة قاهرة فان الضمان لا يترتب على المقاول أو المهندس كما لو حصل زلزال..

وحتى يضمن المهندس والمقاول العيب لابد ان يكون هذا العيب يهدد سلامة ومتانة البناء

٣ : أن يوجد مقاول أو مهندس معماري أو الاثنان معا

يكون الشخص مقاولا متى تولى إقامة البناء أو المنشآت الثابتة سواء قد تولى ذلك وحده أو بمساعدة عدد من الافراد الذي يكون هو مسؤول عن تصرفاتهم.

وقد يوجد الى جانب المقاول شخص آخر يتولى القيام بوضع تصميم البناء والرسوم الخاصة به هو المهندس المعماري. وقد يعهد اليه بإدارة العمل والاشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها .. وعليه فان أشخاص الضمان العشري هم المقاول والمهندس المعماري .

٤ : أن يقع العيب او التهدم خلال عشر سنوات

ويجب ان يكون التهدم قد حدث خلال مدة زمنية معينة وهذه المدة هي عشر سنوات يبدأ من سريانها من وقت تمام العمل وتسليمه .. ويستثنى من هذه الحالة الاتفاق على بقاء البناء لمدة تقل عن عشر سنوات فمثال لو تم الاتفاق على بقاء البناء لمدة خمس سنوات فهنا يكون ضمان المهندس المعماري لمدة بقاء البناء وهي خمس سنوات.

وإذا أمتنع رب العمل عن تسلم البناء فهنا فيكون من مصلحة
المقاول ان يعمل إنذار بالتسلم حتى يتم احتساب مدة العشر سنوات
من تاريخ الانذار

فإذا تحققت الشروط أعلاه فإن الضمان يتحقق دون أن يكلف رب
العمل بأثبات خطأ المهندس المعماري أو المقاول لان التزام كل
منهما بالضمان لا يكون التزاما ببذل عناية وإنما يكون التزاما
بتحقيق غاية. بمعنى اخر ان أساس المسؤولية يقوم على خطأ
مفترض غير قابل لإثبات العكس في جانب المهندس والمقاول.

سبب التهدم أو العيب

أن سبب الضمان قد يرجع الى عيب في التصميم فهنا يكون واضح
التصميم وحده مسؤولا تجاه رب العمل عن هذا العيب . فإذا وجد
ذلك العيب فإن رب العمل لا يستطيع مطالبة المقاول بالتعويض
حتى وأن كان المقاول قد نفذ التصميم المعيب وانما يقتصر رجوعه
على واضح التصميم فقط.

ولم يجعل المشرع العراقي المهندس المعماري والمقاول متضامنين
تجاه رب العمل الا اذا كان كل منهما مسؤولا عن التهدم أو العيب
وقد يرجع التهدم او العيب الى وجود عيب في البناء وذلك لعدم
مراعاة المقاول للاصول السليمة في اقامة البناء مما أدى الى
انهياره او خالف المقاول الشروط التي وضعها رب العمل او كانت
المواد المستخدمة رديئة او غير صالحة . ففي كل هذه الحالات
يصبح المقاول مسؤولا عن الضمان باعتباره الشخص الذي تولى
البناء وأذا أشرف المهندس على تنفيذ ذلك العمل فيكون مشترك في
المسؤولية .

جزاء الضمان

أذا قام الضمان فيحق لرب العمل أن يطالب بالتنفيذ العيني مع التعويض أو ان يطالب بفسخ العقد مع التعويض فيجوز لرب العمل الطلب من المحكمة المختصة الزام كل من المقاول أو المهندس بالتنفيذ العيني وذلك بقيام المقاول أو المهندس بإعادة البناء الذي تهدم أو بإصلاح العيوب التي ظهرت فيه .. واذا لم تتوافر شروط التنفيذ العيني فيتحول الى التنفيذ بمقابل .فقد يكون التنفيذ العيني مستحيلا أو كان فيه ارهاق للمقاول أو المهندس كأن يكلف إعادة البناء نفقات جسيمة فليس لرب العمل الا طلب التعويض عن ذلك . وللقاضي الخيار بين الحكم بالتنفيذ العيني أو الحكم بالتعويض.

أساس الضمان

أن أساس مسؤولية المهندس والمقاول تقوم على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس وبذلك يخضع المهندس والمقاول للمسؤولية من دون اللجوء لتكليف صاحب العمل بإقامة الدليل على خطأ أي منهما.

الطبيعة القانونية لضمان المهندس المعماري والمقاول العشري

حول هذا الموضوع حصل خلاف فقهي

فيذهب الرأي الاول الى أن مسؤولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية طالما انها ناجمة من عدم تنفيذ لالتزاماتهم العقدية ..

أما الرأي الثاني فيذهب أصحابه الى أن مسؤولية المهندس و المقاول بعد تسليم البناء هي احد التطبيقات الخاصة بالنظرية العامة للالتزام بالضمان

أما الراي الثالث فيذهب أصحابه الى ان مسؤولية المقاول أو المهندس عن تهدم البناء أو العيب هي مسؤولية قانونية اي ان القانون هو الذي رتب على المقاول أو المهندس ذلك الضمان .

سقوط دعوى الضمان

تسقط الدعوى التي يجوز لرب العمل ان يقيمها للضمان ضد المقاول او المهندس بمرور مدة سنة واحدة من تاريخ التهدم الذي يصيب المنشآت الثابتة او بمرور سنة واحدة اعتبارا من تاريخ انكشاف العيب الذي يهدد سلامة البناء ومتانته.

إنتفاء الضمان

إذا اراد المهندس او المقاول التخلص من المسؤولية فعليه ان يثبت ان التهدم او العيب في البناء يعود الى سبب لا يد له فيه كأن يثبت أن السبب هو خطأ قد صدر من رب العمل او من الغير او أن التهدم و العيب يرجعان الى قوة قاهرة.

ومن الجدير بالذكر هنا ان الضمان العشري قد تقرر لان رب العمل ليس لديه خبره بالصنعة ومن هنا فإن ما يقدمه رب العمل من اراء بشأن البناء لا يفترض أن يؤخذ به في كل الحالات فقد يكون مخالف لأصول الصنعة فيجوز هنا للمقاول و المهندس ان يمتنعان عن تنفيذ العمل .. بمعنى اخر إذا تدخل رب العمل في أحداث العيب سواء بتقديم تصاميم أو بإعطاء معلومات خاطئة فأن

ذلك لا يعفي المهندس والمقاول من مسؤوليتهما المقررة

وقد يصاب الغير بضرر نتيجة لتهدم البناء سواء أصيب الغير بشخصه أو بأمواله . فيحق لهذا الغير المتضرر أن يطالب المهندس او المقاول بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به والتعويض يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد

و من الملاحظ هنا ان ضمان المقاول والمهندس العشري قد جعله المشرع من النظام العام بحيث أن أي اتفاق على الاعفاء من الضمان او الحد منه يعتبر باطلا

ثانيا : التزامات رب العمل

يلتزم رب العمل بثلاثة التزامات:

١: تمكين المقاول من إنجاز العمل

٢: تسلم العمل بعد إنجازه

٣: دفع الأجر

أولاً: تمكين المقاول من إنجاز العمل

يلتزم رب العمل بأن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل. فعلى رب العمل مثلاً ان يحصل على إجازة البناء قبل البدء في العمل

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به قبل البدء في تنفيذ العمل. كما ويجب على رب العمل أن يترك المقاول ينجز عمله دون وضع عقبات في سبيل ذلك ولا يسحب منه العمل بعد ان عهد اليه الا لسبب مشروع وأذا لم يرق رب العمل بالتزامه فأن بإمكان المقاول طلب التنفيذ العيني الجبري .

ثانياً: تسلم العمل بعد إنجازه

الزم القانون رب العمل بأن يتسلم العمل بعد أنجزه وذلك لالزامه للمقاول بتسليم العمل بالنظر الى أن التسليم والتسليم عمليتان متكاملتان..

ويحصل تسلم الشيء كل حسب طبيعته فإذا كان الشيء منقولاً فأن تسلمه يقع بحيازته ويكون عادة بالمناولة اليدوية أما إذا كان عقاراً فيكون تسلمه بعد تخليّة المقاول له وإستيلاء رب العمل .

وقد القى القانون على عاتق رب العمل وجوب أن يبادر الى فحص ومعاينة العمل متى ما أنجزه المقاول و وضعه تحت تصرفه. وقد حدد القانون موعداً للفحص وذلك بوجوب القيام به في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد .

وأذا كان اجر المقاول محددًا بسعر الوحدة كما لو كان محل المقابلة اقامة بناء وتم تحديد السعر بناء على سعر المتر فإنه متى اتم المقاول قسما من البناء تكون له أهميته بالنسبة لكل البناء فيحق لكل من المقاول ورب العمل ان يطلب اجراء معاينة ذلك القسم ومتى تمت المعاينة لذلك القسم فيكون من حق المقاول ان يطلب من رب العمل دفع جزء من الثمن يقابل ذلك القسم المنجز

وأن قيام رب العمل بدفع جزء من الاجر يعني أن ما يقابل هذا الجزء من العمل المنجز قد تم فحصه من قبل رب العمل الا إذا أثبت بأن دفع ذلك الجزء من الاجر كان تحت الحساب دون أن يعني تقبل رب العمل للجزء المنجز.

س/ ما هو الحكم إذا خالف المقاول لما ورد في العقد من شروط او لما تقضي به أصول الصنعة؟؟

ج : في هذه الحالة يجب ان نفرق بين حالتين :

الحالة الاولى : إذا كانت مخالفة المقاول تؤدي الى عدم صلاحية العمل أو الشيء لتحقيق الغرض المقصود منه .فإن المشرع أعطى الحق لرب العمل بأن يمتنع عن تسلم العمل في حالة المخالفة الجسيمة.

الحالة الثانية : أن لا تؤثر مخالفة المقاول على صلاحية استعمال الشيء في الغرض المعد له ففي هذه الحالة لا يحق لرب العمل أن يمتنع عن التسلم وإنما يستطيع كنتيجة لمخالفة المقاول أن يستقطع من أجور المقاول جزءا يتناسب مع تلك المخالفة.

وفي الحالتين إذا كان العمل مما يمكن أصلحه دون أن يكلف المقاول نفقات باهظة فإنه يجوز لرب العمل أن يحدد للمقاول مدة مناسبة لكي يقوم هذا الاخير بإصلاح المخالفة..

ثالثا : دفع الاجر

يلتزم رب العمل بدفع الاجر الى الطرف الذي تعاقد معه فيقوم بدفعه بنفسه او يقوم بالدفع اي شخص آخر سواء كان وكيلًا او وليًا أو وصيًا او أي شخص آخر

وإذا توفي رب العمل فان ذلك لا أثر له على عقد المقاولة فيكون مبرئًا لذمة رب العمل إذ الالتزام بدفع الاجر ينتقل الى ورثته ..

وليس من الضروري ان يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الاجر فقد يتم الاتفاق ضمنا عليه .. وهنا يجب ان نميز بين ان يتعرض المتعاقدان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره وفي هذه الحالة تكون المقاولة الباطلة. وبين اغفال الاتفاق على مقدار الاجر إذ يتكفل القانون في هذه الحالة بتحديد هذا المقدار .

ويتحدد الاجر في حالة عدم تعيينه على اساس قيمة العمل ونفقات المقاول معا أي قيمة العمل الذي أتمه المقاول وما تكبده من نفقات في انجازه أو قد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار الاجر .

وإذا اتفق المتعاقدان على الاجر الذي يتقاضاه المقاول من رب العمل فهنا لا يجوز لأي طرف ان ينفرد بتعديله الا إذا حصل اتفاق آخر بين رب العمل وبين المقاول.

حالات تعديل الاجر

هناك أربع حالات يجوز تعديل الاجر بالزيادة او النقص وهذه الحالات هي :

الحالة الاولى : الاتفاق بين المتعاقدين على الاجر بمقتضى مقايسة على اساس سعر الوحدة.

ويشترط في هذه الحالة عدة شروط ..

١ : أن يكون الاجر في المقاولة متفقا عليه بمقتضى مقايسة على اساس الوحدة

٢ : ان تكون المجاوزة للمصروفات المقدرة بالمقايضة مجاوزة محسوسة

٣ : أن تكون الزيادة المحسوسة في المصاريف مما لا يمكن تبينها في الوقت الذي أبرم عقد المقاوله.

٤ : أن يخطر المقاول رب العمل بالزيادة المحسوسة

وإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويجب عليه في هذه الحالة ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

الحالة الثانية : الاتفاق على اجرة اجمالية على أساس تصميم معين

ويجوز في هذه الحالة زيادة الاجرة الاجمالية في حالتين :

١ : أن يكون تعديل التصميم المتفق عليه بسبب خطأ رب العمل. ويكون ذلك مثلا عندما يقدم رب العمل للمقاول معلومات خاطئة عن العمل

٢ : إذا أذن رب العمل للمقاول بأجراء تعديل في التصميم أو إضافة وأنفق مع المقاول على مقدار الاجرة الزائدة

الحالة الثالثة : الظروف الطارئة

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة:

١: أن تكون أجرة العقد محددة

٢ : وقوع حوادث لم تكن في الحسبان

٣ : إنهيار التوازن الاقتصادي للعقد

الحالة الرابعة : المهندس المعماري

أن الاتفاق هو الذي يحدد أجر المهندس على وضع التصميم والمقايسة واجرا آخر مستقلا عن ادارة الاعمال والاشراف على التنفيذ هذا إذا كان ذلك معهودا به الى المهندس وهذا هو الغالب أما إذا عهد اليه بعمل دون اخر فالاتفاق يحدد اجرا واحدا على هذا العمل... وإذا حدد اجر بخصوص عمل معين وسكت الطرفان عن الاجر الاخر فهنا نرجع الى العرف لتحديد اجر العمل الاخر

ثالثا : المقاوله من الباطن

أن المشرع العراقي أجاز للمقاول أن يعهد بالعمل محل المقاوله الى مقاول ثان لإنجازه فأما أن يعهد بكل العمل أو بجزء منه الى مقاول آخر لإنجازه ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك والشرط أما ان يكون صريحا أو ان يكون ضمنيا كما لو كانت طبيعة العمل تفترض مثلا الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية

ويلجأ المقاول الى المقاوله من الباطن عادة في المقاولات الكبيرة

حيث تتعدد الاعمال وتتشعب فإذا كان العمل بناء عمارة يقوم المقاول الاصلي بالتنسيق بين اعمال المقاولين من الباطن بالأعمال الصحية والنجارة واعمال التدفئة والتبريد .

مثال على المقاوله من الباطن تعهد عمر الى محمد بأن يبني له عمارة من اربعة طوابق وتشتمل المقاوله على الاعمال الصحية والابواب الخشبية فتعاقد عمر مع المقاول الثاني مصطفى الذي تعهد بانه سيجهد الابواب الخشبية حتى يكمل المقاوله فهنا رب العمل هو محمد والمقاول الاول هو عمر والمقاول الثاني هو مصطفى

وهناك ثلاث علاقات في المقاوله من الباطن

١ : علاقة المقاول الاصلي بالمقاول من الباطن

يرتبط المقاول الاصلي بالمقاول الثاني بعقد المقاولة الثاني . ويكون المقاول الاصلي بالنسبة الى المقاول من الباطن رب العمل عليه جميع التزامات رب العمل كما يكون المقاول من الباطن بالنسبة الى المقاول الاصلي مقاولا عليه جميع التزامات المقاول.

وإذا حصل عيب في البناء ولم يستطع المقاول الاصلي إكتشافه عند تسلم العمل فإن المقاول من الباطن يكون مسؤولا عن ذلك العيب الخفي للمدة التي يتطلبها العرف السائد في مهنة البناء . وكل هذا لا يمنع رب العمل من الرجوع بالضمان على المقاول الاصلي خلال مدة العشر سنوات التي نص عليها المشرع .

٢ : علاقة المقاول الاصلي برب العمل

أن علاقة المقاول الاصلي برب العمل ينظمها عقد المقاولة الاصلي . فيلتزم من خلاله المقاول بإنجاز العمل محل عقد المقاولة ويلتزم بتسليم العمل بعد أنجازه ويلتزم ايضا بضمان العمل من التهدم والعيوب في البناء والمنشآت الثابتة

وأیضا يلتزم رب العمل بتمكين المقاول من انجاز العمل خلال عشر سنوات

ويلتزم ايضا بتسليم العمل و دفع الاجر للمقاول

٣ : علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

الاصل الا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل و المقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي عقد فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الاصلي بعقد المقاولة الاصلي وعلى الرغم من عدم وجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن الا ان علاقتهما تكون غير مباشرة يتوسطهما المقاول الاصلي . فلا يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بتنفيذ التزامه بل تكون المطالبة عن طريق المقاول الاصلي وكذلك لا يستطيع المقاول من الباطن أن

يطلب رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته وانما تكون المطالبة عن طريق المقاول الاصلي .. اما بخصوص التزام رب العمل بدفع الاجر . فالأصل يقضي بعدم رجوع المقاول من الباطن عليه ولكن يستطيع ان يستعمل حق المقاول الاصلي تجاه رب العمل عن طريق الدعوى غير المباشرة .

التنازل عن المقاولة

والمقصود هنا بالتنازل هو ان يتنازل المقاول عن عقد المقاولة الى شخص ثالث فيصبح المتنازل له مقاول تجاه رب العمل بينما تنتهي علاقة المتنازل بالرابطة العقدية التي كانت تربطه برب العمل قبل التنازل .. ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الاصلي وقواعد حوالة الدين فيما يخص التزاماته وذلك لعدم وجود نص خاص يعالج هذه المسألة..

وعليه فإن إنتقال التزامات المقاول الى المتنازل له يكون موقوفا على قبول رب العمل أما بالنسبة الى انتقال حقوق المقاول الى المتنازل له فان الانتقال المذكور يكون نافذا بحق رب العمل بمجرد اعلانه.

وقد يتنازل المقاول عن الاجر فقط الى شخص ثالث عندما يجد نفسه مضطرا من اجل تنفيذ محل المقاولة الى الحصول الى بعض الاموال فهنا لا يتنازل عن عقد المقاولة كله بل على الاجر فقط فيبقى المقاول مدين بالالتزامات المتولدة عن عقد المقاولة ودائن بالنسبة للحقوق الناشئة عن هذا العقد ما عدا الاجر فانه قد تنازل عنه وتطبق على هذا التنازل حوالة الحق

وقد يحصل تنازل من رب العمل عن عقد المقاولة الى شخص ثالث.. ويحدث هذا عادة فيما لو كان رب العمل مالكا لقطعة أرض وأراد إقامة أبنية ثابتة عليها وأبرم عقد مقاولة بناء على أرضه ثم يحصل بعد ذلك أن يبيع المالك الارض ويتنازل بالتالي للمشتري

عن عقد المقاولة حيث يكون المشتري دائما بالحقوق التي يرتبها عقد المقاولة ومدينا بالالتزامات الناشئة عنه

إنهاء عقد المقاولة

تنتهي المقاولة لعدة أسباب فقد تنتهي أما لسبب

١ : أنجاز العمل ٢: تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة ٣: الإقالة ٤ : إستحالة التنفيذ ٥: الفسخ ٦ : موت المقلول ٧ : عجز المقلول عن اتمام العمل ٨ : إفلاس رب العمل ٩: انتهاء المدة المحددة للمقاولة

١ : إنهاء المقاولة بسبب إنجاز العمل

أن المقاولة تنتهي عندما ينجز المقلول العمل محل المقاولة ويقوم بتسليمه الى رب العمل وهنا نفترض ان طرفي العقد قد نفذوا التزاماتهما المتولدة عن عقد المقاولة .

٢ : إنهاء المقاولة بإرادة رب العمل المنفردة

يستطيع رب العمل أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة في حالتين الأولى: حالة الارادة المنفردة والثانية حالة تجاوز المصروفات المحددة في المقايسة مجاوزة جسيمة.

أ : الحالة الأولى : تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

يستطيع رب العمل أن يفسخ عقد المقاولة بإرادته المنفردة لكن هنا يجب عليه ان يعوض المقلول عن الأضرار التي اصابته ويجب ان يكون تعبير رب العمل عن الفسخ تعبير صريح وكتابي الا إذا كان عقد المقاولة شفهي فيجوز ان يحصل شفهيًا

فإذا أنجز العمل فلا يجوز لرب العمل انهاء العقد وايضا يجب ان لا يكون العمل قد تم انجازه بصورة كلية او بصورة رئيسية

وإذا تحل رب العمل عن العقد بإرادته المنفردة فيجب على المقاول أن يتوقف عن تنفيذ العقد بعد إخطاره بإلغائه في وأيضاً يجب على رب العمل تعويض المقاول عن:

١. النفقات المبذولة لتسهيل تنفيذ العمل

٢. التعويض عن العمل المنجز

٣. التعويض عن الكسب الفائت

ب : الحالة الثانية : تحل رب العمل من المقاولة بسبب مجاوزة المصروفات المقدرة لتنفيذ التصميم .

ويشترط لهذه الحالة ما يلي :

١. أن يكون العقد مبرماً على أساس سعر الوحدة

٢. أن تكون المجاوزة للمصروفات ضرورية

٣. أن تكون المجاوزة جسيمة

٤. على رب العمل إخطار المقاول بتحله من العقد .

٣ : إنتهاء المقاولة بالإقالة

يجوز للطرفين بعد أبرام العقد أن يتفقا على إقالته سواء قد تم تنفيذ أعمال العقد أم لم تنفذ وتحدث الإقالة كلما أراد رب العمل تجنب الآثار الاعتيادية لإنهاء العقد بإرادته المنفردة أو أراد المقاول تجنب الآثار الاعتيادية لتركه للعمل دون عذر.

٤ : إستحالة التنفيذ

تنتهي المقاولة بإستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه والاستحالة قد ترجع الى خطأ رب العمل نفسه أو ترجع الى سبب اجنبي مثل الاستملاك . ففي الحالة الاخيرة للمقاول ان يرجع على رب العمل ليطالبه بالتعويض ويحدد مقدار التعويض بمقدار المنفعة التي

عادت على رب العمل من عمل المقاولة بغض النظر عن النفقات التي صرفها المقاول وقد ترجع الاستحالة الى خطأ المقاول نفسه فهنا يحق لرب العمل ان يرجع على المقاول ليطالبه بالتعويض او ان يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى.

٥ : إنتهاء المقاولة بالفسخ

ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه بالفسخ إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. فإذا أخل المقاول بأحد التزاماته جاز لرب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد والعكس صحيح ويخضع طلب الفسخ الى سلطة قاضي الموضوع التقديرية.

٦ : إنتهاء المقاولة بموت المقاول

في هذا الموضوع يجب أن نفرق بين ما إذا كانت شخصية المقاول محل إعتبار من عدمها.

أ : شخصية المقاول محل إعتبار .

ان موت المقاول يؤدي الى إنهاء عقد المقاولة إذا كانت شخصية المقاول محل إعتبار بغض النظر عن العمل الذي انصبت عليه المقاولة وبغض النظر عن السعر فلا يستطيع رب العمل في هذه الحالة أن يجبر الورثة على تنفيذ عقد المقاولة . كما لا يجوز لورثة المقاولة الاستمرار في العقد حتى وإن كان مورثهم قد نفذ جزء من العمل ومن الجدير بالذكر ان كل اصحاب المهن الحرة كالرسام

والمحامي والمهندس تعتبر شخصياتهم محل إعتبار

ب : شخصية المقاول ليست محل إعتبار

فهنا يجب أن نميز بين حالتين:

١. إذا توافرت في ورثة المqaول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل فيبقى عقد المqaولة ولا تقبل المحكمة طلب رب العمل او الورثة بفسخ العقد حيث تنتقل الى الورثة حقوق مورثهم والتزاماته

٢. إذا لم تتوافر في ورثة المqaول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ المqaولة فهنا يجوز لرب العمل او للمقاول أن يفسخ العقد للمحكمة السلطة التقديرية في قبول الطلب من عدمه

وإذا قبلت المحكمة الطلب المقدم من رب العمل أو من ورثة المqaول بفسخ عقد المqaولة فيكون هنا رب العمل ملزماً بأن يدفع الى ورثة المqaول أما قيمة الاعمال التي أنجزها المqaول أو قيمة ما يعادل الفائدة التي عادت على رب العمل.

وإذا توفي المqaول وقد نفذ جزء من العمل فهنا يلتزم رب العمل بان يدفع الى ورثة المqaول أقل القيمتين قيمة ما انفق المqaول في الاعمال التي أتمها أو مهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الاعمال مثلاً إذا قام أحمد بتجهيز القماش للخياط حتى يخيظ له ثوب ففصله حتى يخيظ له ثوب وقبل انهاء هذا الثوب توفي الخياط ففي هذه الحالة يجوز لأحمد ان يسترد القماش لكن يجب عليه ان يدفع الى ورثة الخياط مصاريف التفصيل ويستأنس في تقديرها بالأجرة الاجمالية المتفق عليها

أما إذا كان المqaول هو الذي ورد المادة فهنا يلتزم رب العمل بأن يدفع الى ورثة المqaول قيمة المادة وكل المصاريف والنفقات بشرط أن يكون العمل نافع له ويكون العمل نافعاً لرب العمل عندما يجد مqaولاً اخر يكمله أما إذا لم يجد من يكمل العمل فيكون هذا العمل غير نافع لرب العمل وبالتالي لا يلتزم بدفع شيء.

٧ : إنتهاء المqaولة بسبب عجز المqaول عن إتمام العمل

إذا أصبح المqaول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه عجزاً يجعل تنفيذ العمل مستحيلاً عليه كما لو فقد المqaول الرؤية مما

يمنعه من رسم الصورة المتفق عليها فهنا تنفسخ المقابلة كما كانت
تنفسخ بموت الماقل

٨ : إنتهاء المقابلة بسبب إفلاس رب العمل.

لكل من الماقل أو وكيل النفلسة أن يفسخ المقابلة متى أشهر
إفلاس رب العمل وهكذا تنتهي المقابلة بالفسخ .

٩ : إنتهاء المدة المحددة للمقابلة

على الماقل أن يباشر العمل دون توقف فإذا كانت سرعة الانجاز
بطيئة جاز لرب العمل فسخ العقد وحتى يعتبر ان العمل بطيء من
عدمه لابد من الرجوع الى المدة المتفق عليها هل هي محددة او
غير محددة ؟ وإذا كانت المدة محددة فهل أن هذا التحديد جامد غير
قابل للتمديد؟ وهذا ما يسمى بالأجل الجوهرى أم انه قابل للتمديد؟
وهذا ما يسمى بالأجل الاعتيادى ..

أن الاجل الجوهرى هو الذى يتفق عليه الطرفان فى العقد وهو
نادر فى عقود مقاولات المباني والمنشآت ويترتب على كون الاجل
جوهرى أن لرب العمل أن يتحلل من العقد عندما يحل التاريخ
المحدد للتسليم.

ودائما يكون الاجل المحدد بالمقاولات هو اجل عادى وبالتالى لا
يجوز لرب العمل ان يتحلل من المقابلة إذا لم ينجز العمل كليا
عند حلول اجل التنفيذ بل تكون له المطالبة بالتعويض عن تأخر
الانجاز.

بعض انواع المقابلة

أولا : عقد التزام المرافق العامة الامتياز

أن هذا العقد يتميز بعدة خصائص :

١ : أن يكون عقد التزام المرفق مبرما بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد اليها بإستغلال المرفق.

٢ : أن يكون محل العقد إدارة مرفق عام وإستغلاله وان يكون هذا المرفق ذا صفة اقتصادية أي بمعنى ان لا يكون من المرافق الادارية البحتة

٣ : أن يقترن هذا العقد بمدة معلومة فلا يجوز ان يكون العقد لمدة غير معلومة او أبدية .

فإذا توافرت هذه الخصائص الثلاث كان هناك عقد التزام للمرفق العام وهذا العقد ينشئ حقوقا للملتزم ويرتب عليه واجبات

حقوق الملتزم

١ : الانفراد بإستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز ويقصد بالاحتكار هو حق الانفراد بإستغلال المرفق العام فلا يجوز لغيره أن يستغل هذا المرفق أما الامتياز فيقصد به ان لا يمنع غيره من الافراد او الشركات من استغلال المرفق لكن لا تقدم لهم الدولة التسهيلات والخدمات التي تقدمها لصاحب حق الامتياز الملتزم..

٢ : تمكين الملتزم القيام بالاعمال اللازمة لادارة المرفق وإستغلاله فتمنح الدولة التراخيص اللازمة وتسمح له بغستعمال الطريق العام كما تقدم له المعونات المالية أو قروضا تسدد على مدد طويلة من ريع المرفق

٣ : أخذ رسوم من المنتفعين بالمرفق أي العملاء مقابل انتفاعهم وهذا المقابل يعتبر رسم تسري عليه احكام القانون الاداري.

٤ : الحق في التوازن المالي للمرفق

واجبات الملتزم

- ١ : القيام بالانشاءات اللازمة لتسيير المرفق العام
- ٢ : القيام بإدارة المرفق العام ويعتبر هذا الالتزام جوهريا إذ يجب أن يكفل للمرفق الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور..

التكليف القانوني لعقد الالتزام الامتياز

هناك عدة نظريات في هذا الموضوع لكن الرأي السائد هو ان هذا العقد عقد اداري يتكون من توافق ارادتين إرادة السلطة الادارية وإرادة الملتزم الا أنه لا يخضع في جميع مشتملاته لقواعد المدني بل يخضع للقانون الاداري..

ثانيا : عقد النشر

يتخذ عقد النشر عدة صور.

فقد يتنازل المؤلف عن حقه في إستغلال مؤلفه للناشر دون تحديد عدد الطبعات فيملك الناشر هنا جميع النسخ في كل طبعة من طبعات الكتاب وقد يتفق المؤلف على أن يبيع للناشر طبعة معينة من الكتاب مع بيان عدد نسخ هذه الطبعة فيقوم الناشر بطبع المؤلف ويبيعه لحسابه ويدفع في مقابل ذلك للمؤلف مبلغا معيناً فتكون النسخ بعد طبعها ملكا للناشر أو قد يقوم المؤلف بطبع الكتاب على نفقته له ففي هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقاوله فالناشر هو المقاول والمؤلف هو رب العمل

أركان عقد النشر

لعقد النشر ثلاث اركان التراضي والمحل المتمثل بكل من العمل والاجر والركن الثالث السبب.

الركن الاول : التراضي

عقد النشر عقد رضائي يكفي لانعقاده تطابق الارادتين الايجاب والقبول دون حاجة الى إتباع شكل معين..

الركن الثاني : المحل

المحل هنا مزدوج فيكون المحل من جهة المؤلف الانتاج وهو بالنسبة للناشر الاجر

الانتاج : يجوز ان يكون محل عقد النشر عمل فني او علمي او اي انتاج ادبي

الاجر : يختلف الاجر باختلاف الصور المتعددة لعقد النشر فقد يكون على عاتق الناشر او قد يكون على عاتق صاحب الانتاج .. فقد يقوم الناشر بدفع الاجر الى صاحب الانتاج ويكون في هذه الحالة هو رب العمل وصاحب الانتاج هو المقاول

فإذا كان الانتاج كتابا وتولى الناشر طبعه وبيعه فان المؤلف يكون هو رب العمل ويلتزم بالتالي بدفع الاجر ..

أثار عقد النشر

يرتب عقد النشر التزامات في ذمة المؤلف وفي ذمة الناشر..

١ : التزامات المؤلف

أ : تسليم الانتاج الادبي أو الفني

يجب على المؤلف ان يسلم الانتاج في الوقت المتفق عليه فان لم يكن هناك موعد معين فالمحكمة هي التي تعين هذا الميعاد فان لم يقم المؤلف بتسليم الانتاج في الموعد المعين فهنا يجوز للناشر ان يطلب فسخ العقد وان يطلب التعويض عن أي ضرر يصيبه.

ب : الضمان

يلتزم المؤلف بان يضمن التعرض الذي يصدر منه او الذي يصدر من الغير فلا يجوز للمؤلف أن يقوم بعمل شخصي يتعارض مع حق الناشر في أستغلال المؤلف وأيضا لا يجوز للمؤلف بعد أن

اتفق مع الناشر على نشر الكتاب ان يقوم هو بنفسه بنشر الكتاب او بواسطة ناشر اخر والا سوف يتعرض هنا الى دفع التعويض

٢ : التزامات الناشر

أ : طبع نتاج المؤلف

يلتزم الناشر بان يتولى طبع نتاج المؤلف ونشره متى سلمه ذلك النتاج وإذا تم الاتفاق على وقت معين لطبع الكتاب ونشره فيجب على الناشر الالتزام بذلك الاتفاق الا إذا كان التأخير بسبب قوة القاهرة .

ب : احترام حقوق المؤلف المالية

للمؤلف حقوق مالية يستمدتها من عقد النشر فهو إذا كان قد باع حقوقه للناشر كان له الحق في الاجر الذي يتقاضاه من الناشر وقد تكون مهمة الناشر طبع الكتاب ونشره في مقابل اجر يتقاضاه من المؤلف فيقوم الناشر بأخذ الاجر المستحق ونفقات الطبع.

وأخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين