

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة بابل  
كلية القانون  
الدراسات العليا

# الالتزام بالضمان في عقد المقاولة

رسالة تقدم بها

محمد عدنان باقر الجبوري

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل  
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير  
في القانون الخاص

بإشراف

الدكتور حسن حنتوش رشيد الحسنوي  
أستاذ القانون المدني المساعد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالُوا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ إِنَّا كُنَّا ظَالِمِينَ

إِنِّي كُنْتُ مِنَ الْخَاطِئِينَ

صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ

## الإهداء

إلى سيدي أمير المؤمنين باب علم مدينة  
رسول الله أنت الذي ملكت مقاليد العلوم  
طريفها وتليدها فأضحت علومك ومعارفك على  
القالمجد مرفوعة.

سيدي أضع جهدي المتواضع أمام دوحتك راجيا  
منك القبول

الباحث

## شكر وتقدير

لا يسعني وأنا أقدم بحثي هذا إلا أن أتقدم بالشكر والعرفان والامتنان إلى أستاذي المشرف الدكتور حسن حنتوش رشيد الحساوي الذي كان لتوجيهاته وملاحظاته السديدة وسعة صدره الأثر في ظهور هذا البحث فأدعو الله مخلصاً أن يطيل عمره ويحفظه ذخراً لطلابه في جامعة بابل

كما أتوجه بالشكر والعرفان إلى أساتذتي الكرام في كلية القانون جامعة بابل الذين كان لهم الفضل علي متمنيا لهم التوفيق .

وأتوجه بالشكر أيضاً إلى إخواني وزملائي الموظفين في كلية القانون / جامعة بابل لما قدموه لي من دعم معنوي ووقوفهم معي .

والله ولي التوفيق

# المحتويات

الصحيفة	الموضوع
8	المقدمة
9	أولا تحديد موضوع البحث
9	ثانيا أهمية الموضوع وأسباب اختياره
9	ثالثا خطة البحث
11	الفصل الأول
11	تحديد مفهوم الضمان
11	المبحث الأول تعرف الضمان وتحديد مضمونه
11	المطلب الأول تعريف الضمان
11	الفرع الأول تعريف الضمان لغة
12	الفرع الثاني تعريف الضمان شرعا
13	الفرع الثالث تعريف الضمان قانونا
15	المطلب الثاني مضمون الالتزام بالضمان في عقد المقاولة
15	الفرع الأول مضمون الالتزام بالضمان بالنسبة إلى المفاوض
18	الفرع الثاني مضمون الالتزام بالضمان بالنسبة إلى رب العمل
21	الفرع الثالث تحديد أساس الضمان
25	المبحث الثاني أسباب الضمان
25	المطلب الأول وجود عقد المقاولة
25	الفرع الأول التراضي في عقد المقاولة ومظاهره
26	أولا معنى التراضي
27	ثانيا مظاهر التراضي
29	الفرع الثاني المحل في عقد المقاولة

29	أولا العمل المطلوب انجازه
33	ثانيا الأجر
38	الفرع الثالث السبب في عقد المقاولة
40	المطلب الثاني انجاز العمل المتفق عليه
40	الفرع الأول انجاز العمل بالطريقة الواجبة
42	الفرع الثاني العناية اللازمة في انجاز العمل
43	الفرع الثالث عدم التأخر في انجاز العمل
44	المبحث الثالث صور الضمان
44	المطلب الأول الضمان العام
44	الفرع الأول تقديم المقاول للعمل
46	الفرع الثاني تقديم المقاول المادة والعمل
49	المطلب الثاني الضمان الخاص
49	الفرع الأول مفهوم الضمان الخاص
53	الفرع الثاني شروط الضمان الخاص
60	الفرع الثالث الطبيعة القانونية للضمان الخاص
61	أولا مسؤولية المقاول والمهندس المعماري تفصيلية
64	ثانيا مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عقدية
68	ثالثا مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عقدية قررها القانون
71	الفصل الثاني تعديل أحكام الضمان وانتفائه
71	المبحث الأول تعديل أحكام الضمان
71	المطلب الأول تعديل أحكام الضمان العام
72	الفرع الأول التشديد في أحكام الضمان العام
72	الفرع الثاني التخفيف أو الإعفاء من الضمان العام
74	المطلب الثاني تعديل أحكام الضمان الخاص

74	الفرع الأول تشديد أحكام الضمان الخاص
77	الفرع الثاني التخفيف أو الإعفاء من الضمان الخاص
78	المبحث الثاني انتفاء الضمان
78	المطلب الأول خطأ رب العمل
85	المطلب الثاني القوة القاهرة
91	المطلب الثالث فعل الغير
95	الفصل الثالث جزاء الضمان
95	المبحث الأول التنفيذ العيني
95	المطلب الأول معنى التنفيذ العيني
100	المطلب الثاني شروط التنفيذ العيني
100	الفرع الأول أن يكون التنفيذ العيني ممكناً
101	الفرع الثاني أن لا يكون فيه إرهاب للمقاول أو المهندس المعماري
104	الفرع الثالث أضرار المقاول أو المهندس
107	المبحث الثاني التعويض
108	المطلب الأول التعويض النقدي
110	المطلب الثاني التعويض غير النقدي
112	المبحث الثالث فسخ عقد المقاول
125	الخاتمة
127	المصادر باللغة العربية
134	المصادر باللغة الانجليزية
a	Abstract
b	Abstract

# المقدمة

## بسم الله الرحمن الرحيم

### أولا :تحديد موضوع البحث

إذا كان يبدو للمختص في القانون سواء كان باحثا أم مطالعا على أحكامه أن عقد المقاوله قد تمت مناقشته مناقشة مستفيضة فان الأمر ليس كذلك فهذا العقد من العقود المهمة والتي تزداد أهميته يوما بعد آخر ولاسيما بعد اتجاه الدول وبالذات النامية منها إلى البدء بحملات واسعة للأعمار واللجوء إلى أبرام عقود من المقاولات سواء أكانت في المقاولات الكبيرة أم الصغيرة وما يترتب على ذلك من ضرورة تنظيم الالتزامات الجوهرية التي تترتب عن تلك العقود سواء ما تعلق منها بانجاز العمل وتسليمه أو بضمان سلامة العمل ومسؤولية المقاول عن التهدم أو العيب الذي يلي عملية التنفيذ انطلاقا من ذلك فقد جعلت موضوع الالتزام بالضمان محورا للبحث حيث يتميز الإخلال بهذا الالتزام بعمومية وشمولية آثاره الضارة وقد عرف المشرع العراقي عقد المقاوله بانه عقد يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر ، كما يعرفها المشرع المصري بانها عقد يقصد به ان يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص اخر في مقابل اجر ، دون ان يخضع لاشرافه او ادارته .

### ثانيا : أهمية الموضوع وأسباب اختياره

لموضوع البحث أهمية فائقة كونه يرتبط بعقد مهم من العقود الواردة على العمل والواسعة الانتشار بعد البيع والإيجار ولعل من الأسباب الجوهرية التي دعت إلى اختيار هذا الموضوع أن القواعد العامة الموجودة في نظرية الالتزام قد لا تشكل الضمانة الحقيقية لرب العمل في مواجهة المقاول أو المهندس المعماري اللذين يعدان من ذوي الخبرة والاختصاص خلافا لرب العمل الذي يفتقر لذلك فحماية له تزداد أهمية الالتزام بالضمان في عقد المقاوله بحيث لا تنتهي مسؤولية المقاول أو المهندس بمجرد انجاز العمل وتسليمه بل تبقى ممتدة لما بعد ذلك من خلال خضوعهما لإحكام الضمان سواء أكان عاما أم خاصا . والذي سنشير إلى أهم الأحكام الخاصة بهما من هذه الرسالة .

### ثالثا خطة البحث :

لبحث هذا الموضوع قسمت الخطة على ثلاثة فصول حيث خصصت الفصل الأول لتحديد مضمون الضمان وعلى مباحث ثلاث فالمبحث الأول لتعريف الضمان وتحديد مضمونه والمبحث الثاني لأسباب الضمان أما المبحث الثالث فلصور الضمان ، أما الفصل الثاني فقد خصص لتعديل أحكام الضمان وانتقائه وعلى مبحثين الأول لتعديل أحكام الضمان سواء أكان عاما أم خاصا ،المبحث الثاني فقد خصص لانتفاء الضمان الذي يكون سببه أما خطأ رب العمل أو القوة القاهرة أو فعل الغير أما الفصل الثالث فهو مخصص لجزاء الضمان وعلى ثلاثة مباحث ، الأول للتنفيذ العيني الجبري والثاني للتعويض والثالث الفسخ ، وبعد ذلك سنشير إلى خاتمة البحث التي تتضمن جملة من النتائج والمقترحات والتي توصلنا إليها من خلال البحث.

ويبقى هذا الجهد جهدا إنسانيا متواضعا ولا يمكن أن يكون جهدا كاملا لان الكمال لله وحده سبحانه وتعالى وسأكون مدينا وشاكرا لكل من يبدي ما يشاء من ملاحظات ، حتى تكون وسيلة لتجنب مواطن الخلل أينما وجدت والله ولي التوفيق .

## الفصل الاول تحديد مفهوم الضمان

تمهيد وتقسيم :-

لما كان الالتزام بالضمان هو موضوع البحث ،فان هذا الفصل سيكون مخصصا لتحديد مفهوم الضمان ، حيث نجد من الملائم تعريف الضمان لغة وشرعا وقانونا وتحديد مضمونه لمعرفة الأشخاص الذين يمتد اليهم هذا الضمان .

كما ينبغي معرفة الاسباب التي تؤدي الى نشوء هذا الضمان ثم صورته لغرض تفصيل ماتقدم سنجعل هذا الفصل على ثلاثة مباحث فيكون المبحث الاول لتعريف الضمان اما المبحث الثاني لاسباب الضمان بينما خصصنا المبحث الثالث لصور الضمان.

### المبحث الاول

#### تعريف الضمان وتحديد نقاطه

ولتعريف الضمان ينبغي الاشارة الى معناه لغة وشرعا وقانونا ثم تحديد مضمونه لذا سيكون هذا المبحث على مطلبين .

المطلب الاول : تعريف الضمان

المطلب الثاني : تحديد مضمون الضمان

### المطلب الاول

#### تعريف الضمان

ليبين معنى الضمان كالنزام جوهرى يترتب في ذمة المقاول أجد من الملائم تعريفه لغة وشرعا وقانونا وعلى ثلاثة فروع .

### الفرع الاول

#### تعريف الضمان لغة

للضمان عند اهل اللغة معان مختلفة فقط يراد بها الكفالة والالتزام والغرامه (فيقال ضمنه الشيء تضمينا) أي غرمته وضمنته المال الزمته اياه والضامن والكفيل والملتزم والغارم والاسم ضمن والضمان والجمع الضمنة ) (1).

والضمان اسم مصدر ومصدره ضمن يضمن من باب علم يعلم ورد لازما ومتعديا ثلاثيا مجردا ومزيدا فيه مثل تضمن او تضمين .

وقد يرد بمعنى الاشتمال او الاحتواء فيقال تضمين الشيء أي حواه واشتمل عليه او ماكان في ضمنه (2).

### الفرع الثاني

#### تعريف الضمان شرعا

ان مصطلح الضمان لم يرد في القران الكريم ولكن ورد معناه في قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم" (3) والزعيم هنا بمعنى الكفيل والضمين (4) وجاء في الطبري (5) ان

1- لابين منظور ،لسان العرب ،فصل الضاد ،حرف النون ،طبعة جديدة ومحقة المجلد التاسع ،دار الصادر بيروت ،ص. بطرس البستاني ، قطر المحيط ، مكتبة لبنان ، الجزء الثاني ،ص 1307 .

عبد الله البستاني ،البيستان مجلد 2،مطبعة الاميركانية،بيروت،ص143 ،1927 .

عبد الله العلاني، الصحاح في اللغة والعلوم ،مادة ضمن (ضمن المال التزمه فيقال "ضمنت المال وضمنتمت المال ضمنا فانا ضامن وضمنته أي التزمته وضمنته المال أي التزمته اياه".

الفيومي،المصباح المنير ، المكتبة العلمية ، بيروت ،الجزء الاول،ص364 .

2 - دكتور مصطفى الزلمي - الضمان في الفقه الاسلامي - محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا.الدكتوراه كلية القانون ، جامعة النهريين للعام الدراسي 2000- 2001 (مطبوعة على الرونيو) ، ص 4 .

3 - سورة يوسف الاية (72) .

الزعيم والكفيل والضمين نظائر لبعضها اما في السنة النبوية فقد ورد هذا المصطلح بالمعاني السابقة (6) كما في " اضمنوا لي ستا من انفسكم اضمن لكم الجنة .." (7) اما في الفقه الاسلامي فيستخدم للدلالة على ثلاثة معان (8) فاما ان يراد به الكفالة وهي ضم ذمة الى ذمة اخرى للمطالبة بتنفيذ التزام ولقد ذهب المالكية الى ذلك اذ جاء في مواهب الجليل للطرابلسي بان الضمان شغل ذمة اخرى بالحق (9) كما ذهب الحنابلة الى ذلك ايضا فقد جاء في المغني لابن قدامة المقدسي بان "الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في الالتزام في الحق فثبت في ذمتها جميعا " (10) واما ان يراد به رد مثل الهالك .

ان كان مثليا او قيمته اذا كان قيما (11) وهذا التعريف مقارب للتعريف الوارد في المادة (415) من مجلة الاحكام العدلية (12) اما المعنى الاخير والاكثر شمولاً ويشمل المعنيين السابقين وهو المعنى الذي يراد به الالتزام المعروف في القوانين المدنية ومن صورته الالتزام الناشئ عن العقد اذ متى ما حصل الاخلال به نهضت المسؤولية العقدية والتي تسمى في الفقه الاسلامي بضمان العقد (13)

ويرى الدكتور السنهوري خلاف ذلك اذ يرى ان معنى الضمان في الفقه الاسلامي يقابل المسؤولية المدنية التقصيرية دون المسؤولية المدنية العقدية (14) وذهب اتجاه في الفقه ونحن نؤيده في ذلك الى ان الضمان في الفقه الاسلامي يقابل المسؤولية المدنية بنوعها العقدية والتقصيرية بل ويشتمل حتى المسؤولية الجنائية (15)

### الفرع الثالث

#### تعريف الضمان قانونا

بدءا لابد من تعريف معنى الضمان اذ عرفت مجلة الاحكام العدلية الضمان في المادة (415) بقولها " الضمان هو اعطاء مثل الشيء اذا كان من المثليات وقيمه اذا كان من القيميات " اما المشرع العراقي فلم يورد تعريفا للضمان الا انه ذكر لفظة الضمان اذ استخدم كثيرا من المصطلحات الفقهية في متن القانون المدني العراقي بحيث اطلق على المسؤولية التعاقدية لفظا مرادفا لها وهو (ضمان العقد) وذلك في المواد (168- 176) واراد التعويض لعدم الوفاء بالالتزام الا انه لم يورد له تعريفا .

ويمكن القول ان استعمال لفظ الضمان في اللغة القانونية - قد ارتبط الى حد كبير بالبحث في المسؤولية المدنية والاساس الذي تركز عليه ففي البداية اتخذ هذا اللفظ لدى الفقهاء مدلولاً واسعاً يتطابق فيه مع المسؤولية المدنية بنوعها التعاقدية والتقصيرية وبقي هذا المدلول سائداً في

4 - ناصر جميل محمد الشمالية ، كسب ملكية المضمونات بالضمان ، 1988 ، ص 21 .  
5 - جامع البيان في تفسير القرآن ، دار المعرفة بيروت ، ط 2 ، ج 3 ، 1972 ، ص 14 .  
6 - ناصر جميل محمد الشمالية و المصدر السابق ، ص 22 .  
7 - رواه الامام احمد بن حبان والحاكم والبيهقي عن عبارة الصامت في كتاب الجامع الصغير ، مطبعة دار الفكر ، بيروت ، ج 1 ، بلا سنة طبع ، ص 156 .  
8 - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الاول ، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 1970 ، ص 5 وما بعدها .  
9 - احمد عبد الله بن عبد الرحمن الطرابلسي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا ، بدون سنة طبع ، ص 36 .

10 - ابو عبد الله محمد عبد الله بن قدامة ، المغني ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 1983 ، ص 344 .  
11 - احمد بن محمد الحموي ، عمد عيون البصائر على الاشباه والنظائر ، ادارة القرآن الكريم ، باكستان ، بدون سنة طبع ، ص 210 .  
12 - نصت المادة (415) من مجلة الاحكام العدلية (الضمان هو اعطاء مثل الشيء اذا كان من المثليات وقيمه اذا كان من القيميات) .  
13 - محمد سلمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، دراسة نظرية تحليلية مقارنة في القوانين المدنية والعربية والاردني،العراقي ، السعودي و اليمني ، الكويتي ، 2001 ، ص 34 هامش رقم 6 .  
14 - دكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، القاهرة ، 1956 ، ص 10 - ص 11 .  
15 - دكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، موانع المسؤولية الجنائية ، بغداد و 1988 ، ص 7 وانظر الى مزيد من التفصيل محمد علي صاحب ، ضمان الاستحقاق دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين المدنية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة النهدين ، 2005 ص 50 .

القرن الثامن عشر مع بقاء فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية. (16) ومع ظهور النظريات الرافضة لفكرة الخطأ كأساس تقليدي للمسؤولية وتطورها فتحت الباب أمام استخدام جديد لكلمة الضمان بمعنى اضيق كما سبق فيجعله بعضهم اصطلاحاً بديلاً للمسؤولية العمدية على ان ينصرف لفظ المسؤولية الى النظام الذي يفرض احترام الالتزامات المتولدة مباشرة عن نصوص القانون وهناك من عرف معنى الضمان الى الحالات التي تنشأ فيها المسؤولية دون وجود الخطأ يمكن نسبته الى المسؤول سواء في المجال العقدي او التصريحي وهو

بذلك قد اتخذ الضرر معياراً للضمان وابقى على الخطأ معياراً و أساساً للمسؤولية ، وبعبارة اخرى فان الضمان يعني المسؤولية دون خطأ ويتدرج المفهوم القانوني لاصطلاح الضمان ضيقاً فيحدده بعضهم احياناً بنطاق عقدي معين هو دائرة عقود المعاوضات وتبعاً لذلك يعرف بانها " التزام مركب مصدره القانون او الاتفاق في عقود المعاوضات التي يخشى فيها الدائن ان يشوب نقل الحقوق على الشيء موضوع التعاقد غشاً او تدليساً".

سواء تعلق ذلك بالشيء ذاته او المنفعة المطلوبة منه وغاية هذا الالتزام هو ضمان النتيجة العملية المقصودة من التنفيذ المعتاد للعقد بحيث يستحق الدائن تعويضاً عن الضرر الذي يصيبه في حالات عدم تحقق هذه النتيجة ، ومعنى ذلك ان الضمان لدى هذا الفقه هو ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كنظام قانوني خاص لتأمين تنفيذ الالتزام العقدي وفي حالات معينة ، وهكذا فان للضمان في القانون مدلولين :

المدلول الاول والذي يتسم بالاتساع ويعبر عن نظام قانوني لغرض احترام الالتزامات القانونية والعقدية ويدور هذا المدلول بهذا التحديد حول فكرة المسؤولية المدنية ونظامها بما يرتبه هذا النظام من نتائج.

المدلول الثاني هو المدلول الاكثر ضيقاً ويعبر عن نظام قانوني عقدي يرمي الى بث الطمأنينة في نفس الدائن في عقود بعينها وتأمين تنفيذ الالتزامات الاساسية في هذه العقود واذ شئنا القاء المزيد من الضوء على هذا المدلول الاخير للضمان بوصفه متعلقاً بنطاق هذا البحث فاننا نقول ان هذا المدلول الاخير هو جزء من مدلول اكثر اتساعاً يصرف الضمان الى وسائل تأمين تنفيذ الالتزامات عامة وتأكيداً ومن هذا المنطلق استقرت فكرة الضمان العام ووسائل حماية هذا الضمان لتمكين الدائن من استيفاء حقه. (17)

ويتحمل المقاول بهذه الالتزامات دون حاجة الى نص عليها صراحة في العقد ، بوصفها من مستلزمات العقد، وذلك تطبيقاً لنص المادة (150) من القانون المدني العراقي والمادة (148) من القانون المدني المصري حيث نصت:-

- 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .
  - 2- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .
- وفقاً لهاتين المادتين يلتزم المقاول كذلك بتوجيه او اعلام رب العمل ويكون ذلك يتوجيه النصح اليه وتوجيهه فيما يتعلق بالجوانب الفنية للاعمال التي كلفه القيام بها كالمخاطر التي تترتب على هذه الاعمال ونوعية المواد المستعملة. (18)

## المطلب الثاني

16 - محمد سليمان الاحمد الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، المصدر السابق ، هامش رقم 6 ص 34 وانظر دكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة 1974، ص 1.

17 - نصت على تلك الوسائل المواد من (261- 284) مدني عراقي وهي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنه والدعوى السورية والحجز على المدين المفلس ، والحق في الحبس للضمان وللمزيد من التفصيل عن هذه الوسائل انظر:- انظر د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، الجزء الثاني دار الكتب للطباعة والنشر ، البصرة ، طبعة 1986 ، ص 90 وما بعدها .

18 - انظر تفصيل موضوع الالتزام بالتبصير واطرافه احمد ابو حزين في الاحكام العامة لعقد المقاوله ، القاهرة ، 2002 ، 2003 من ص 172 وما بعدها ، وعبد الحميد عثمان الحنفي في المسؤولية المدنية للمقاول في الباطن ، بلا مكان وسنة طبع ، ص 37 رقم 58 .

### مضمون الالتزام بالضمان في عقد المقاولة

عقد المقاولة يرتب التزامات في ذمة المقاول والتزامات في ذمة رب العمل فهو من العقود الملزمة للجانبين لذا يتعين في دراستنا لمضمون هذا الالتزام ان نخصص له فرعين يكون الفرع الاول مضمون الالتزام بالضمان الواقع على المقاول وقد يكون المقاول والمهندس ويكون الفرع الثاني حول مضمون الالتزام بالضمان الواقع على رب العمل .

#### الفرع الاول

#### مضمون الالتزام بالضمان بالنسبة للمقاول

يلتزم المقاول بانجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في العقد وهذا الالتزام يرتب في ذمة المقاول واجبات يتعين على المقاول ضمانها لرب العمل ويكون نتيجة الاخلال بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذي يرتبه القانون على هذا الاخلال وهذه الواجبات التي تترتب في ذمة المقاول على انجازه للعمل هي انه يجب على المقاول اتباع الطريقة المتفق عليها في انجاز العمل وطبقا للشروط الواردة في العقد. واذ لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف فيما يتعلق باصول الصنعة والفن تبعا للعمل المنوط اليه. (19) ولكن يجب مراعاة العناية اللازمة ايضا في انجاز ذلك العمل ، وهذا الالتزام بانجاز العمل اما ان يكون التزاما بتحقيق غاية واما ان يكون التزاما ببذل عناية. فاذا كان التزاماً بتحقيق غاية كصنع اثاث او رسم لوحة فنية او ترميم بناء فتكون ذمة المقاول مشغولة بهذا الالتزام ولا تنتهي مسؤوليته الا اذا تحققت الغاية او اذا اثبت السبب الاجنبي اما اذا كان الالتزام ببذل عناية كادارة عمل او الاشراف او علاج مريض او دفاع المحامي عن موكله ففي هذه الحالة وجب عليه ان يبذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل المعهود اليه وكذلك وجب عليه ان يكون ملتزما ومراعيا لاصول الفن في استخدام مادة العمل اذا كانت مقدمة من لدن رب العمل والا كان مخلا في التزامه وفقا لما يلقيه عليه القانون من واجب في مراعاة الاصول السليمة ولا يكفي ذلك كله بل عليه ايضا عدم التأخير في انجاز العمل ضمن

19 - د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان - الاردن ، 1977 ، ص 376 .

المدة المتفق عليها ذلك اذا كان هناك مدة معينة اما اذا لم تكن هناك مدة وجب انجاز العمل ضمن المدة المعقولة والتي تسمح بانجازه نظرا لطبيعة ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف المهنة وما يعرفه رب العمل من مقدرة للمقاول ووسائله. (20) وان هذا الالتزام بانجاز العمل ضمن المدة المتفق عليها او في المدة المعقولة يكون التزاما بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة فلا يكفي لاعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخير ان يثبت انه بذل عناية الرجل العادي في انجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك من اجل ان تنتفي المسؤولية وجب عليه اثبات السبب الاجنبي فاذا اثبت القوة القاهرة او خطأ رب العمل او فعل الغير فان علاقة السببية تنتفي وبالتالي لا تتحقق مسؤوليته ولا تعد برودة الطقس مثلا في الشتاء قوة القاهرة لانها امر متوقع ولكن اذا صاحب هذه البرودة سقوط الثلج في منطقة لا يسقط بها الثلج فيمكن عدها كذلك ، واذا تعهد رب العمل بتقديم المادة للمقاول ثم تاخر في تقديمها وكان التأخير سببا في تاخير المقاول في انجاز العمل او انه امتنع عن دفع اجور العمال فلا يكون المقاول مسؤولا عن تاخير انجاز العمل. (21) فاذا اخل المقاول بالتزامه بانجاز العمل وفقا لما تقدم مع ذكره يكون مسؤولا عن ذلك الاخلال. (22) وبالتالي لرب العمل ان يطالب بحقه بالتعويض في الحالتين فيحق المطالبة بالفسخ ويكون طلبه خاضعا لما تتمتع به المحكمة من سلطة تقديرية الا ان طلب رب العمل فسخ العقد لا يمنعه من المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة الاخلال بالتزامه العقدي فاذا تضمن عقد المقاولة شرطا جزائيا يقضي فرض غرامات تأخيرية عن كل يوم او اسبوع مثلاً يتأخر فيه المقاول عن انجاز العمل وتسليمه في الوقت المتفق عليه فتفرض تلك الغرامة طالما كانت مساوية للضرر الذي لحق برب العمل من جراء التأخير واذا لم يكن هناك شرط جزائي فان ذلك لا يمنع رب العمل من المطالبة بالتعويض. فقد ذهبت محكمة التمييز الى انه يلزم المقاول بتعويض رب العمل عن الأخير دون عذر عن اكمال العمل وذلك حسب تقدير اهل الخبرة ويعد الضرر مفترضا في تأخير تنفيذ العقود التي تكون الحكومة طرفا فيها لتعلقها بالصالح العام ولا يعد التعويض حقا دورياً متجدداً لانه لا يستحق في مواعيد معينة وليس مستمرا لا ينقطع (23). وقد يختار رب العمل التنفيذ العيني بدلاً من الفسخ حيث يعهد العمل الى مقاول اخر لانجازه وعلى نفقة المقاول الذي اخل بتنفيذ التزامه اذا لم تكن شخصية

20 - د. محمد لبيب شنب ، شرح القانون المدني ، ج 4 ، ص 93 .

21 - قرار محكمة التمييز المرقم 179 ، حقوقية ، 1968 . قضاء محكمة التمييز العراق المجلد السادس . فقد قررت المحكمة بان رب العمل لا يستحق الغرامات التأخيرية عن التأخر الذي كان بسببه . وقرار اخر لمحكمة التمييز المرقم 973/م/697 في 973/2/25 1974 قضت بانه يلزم المقاول بتعويض رب العمل عن التأخر دون عذر في اكمال العمل وذلك حسب تقدير اهل الخبرة ويعد الضرر مفترضا في التأخير بتنفيذ العقود التي تكون الحكومة طرفا فيه لتعلقها بالصالح العام النشرة القضائية ، العدد الرابع ، 1974 ، ص 165 نقلا عن د.جعفر الفضلي ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص 389 هامش رقم 7 .

22 - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 7 ، ص 78 .

23- قرار محكمة التمييز المرقم 697 ، مدنية ثانية/ 1973 في 1974/2/25 ، النشرة . القضائية العدد الاول السنة الخامسة، ص165.

المقاول محل اعتبار في العقد . اما اذا كانت شخصيته محل اعتبار فلا سبيل للتنفيذ العيني الا عن طريق قيام المحكمة بفرض الغرامات التهديدية على المقاول لاجباره على اتمام العمل الذي التزم فاذا به بقي ممتنعاً حين ذاك لا يكون هناك سبيل سوى فسخ العقد وتعويض رب العمل عن الاضرار التي لحقت به من جراء اخلال المقاول بالتزامه.

## الفرع الثاني

### مضمون الالتزام بالضمان بالنسبة لرب العمل

لكي يتمكن المقاول من تنفيذ العقد وفقاً لما هو متفق عليه في العقد فعلى رب العمل التزام بتمكين المقاول من انجاز العمل وان يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من تنفيذ العمل ، كأن يكون المقاول بحاجة الى بعض التراخيص فيكون رب العمل ملزماً بالحصول عليها وقد جرى العرف ان رب العمل لا يتفق مع المقاول الا بعد حصوله على هذه التراخيص كذلك يكون رب العمل اذا تعهد بتقديم المادة التي تستخدم في العمل ملزماً ان ينفذ ما تعهد به قبل البدء في تنفيذ العمل حتى يتمكن المقاول من تنفيذ عمله وفي الوقت نفسه يكون ملزماً ان لا يضع العقبات امام المقاول حتى يتمكن من انجاز عمله فلا يكون له مثلاً حق سحب العمل الا لسبب مشروع فهو لا يستطيع ان يرجع بارادته وحده عن العقد ويتحلل منه الا في الحدود وطبقاً للشروط التي عينها القانون (24) . اما اذا لم يقم رب العمل بذلك كله فان بإمكان المقاول طلب التنفيذ العيني كأن يأخذ اذنًا من المحكمة ان يحضر على نفقة رب العمل المواد التي وعد بتحضيرها للمقاول واذا كان تدخل رب العمل الشخصي ضرورياً جاز ان يلجأ المقاول وعن طريق المحكمة لفرض الغرامات التهديدية وللمقاول في الاحوال جميعاً ان يطلب التعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه او من جراء تأخره في التنفيذ . كما يمكن للمقاول ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى وللمحكمة سلطة تقديرية في قبول الفسخ والتعويض او امهال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ . كما الزم القانون رب العمل بتسليم العمل بعد انجازه من المقاول ووفقاً لنص المادة (873) مدني عراقي.(25) وكان واضحاً في مسألة الوقت حيث حددها في اقرب وقت ممكن وحسب المعتاد وان تسليمه خلال مدة وجيزة . كما ان رب العمل يلتزم بدفع الاجر المستحق للمقاول وبدون ذلك الاجر لا يكون هناك عقد مقاوله وانما عقد غير مسمى ويكون التزامه هذا يدفع الاجر للطرف الذي تعاقد معه يقوم بدفعه بنفسه او بواسطة شخص اخر سواء

24 د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص412

25 - نصت المادة 873 / 1 مدني عراقي ( متى اتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا ان يبادر الى معاينته في اقرب وقت ممكن حسب المعتاد وان يتسلمه اذا اقتضى الحال في مدة وجيزة ... )

كان وكيلاً ام وصياً ام ولياً ام أي شخص اخر فيكون مبرئاً لذمة رب العمل واذا توفى رب العمل فان ذلك لا يؤثر على عقد المقاولة وان الالتزام بدفع الاجر ينتقل الى الورثة فيلزم الورثة بدفعه ذلك لان المقاولة لا تنتهي بموت رب العمل.

واذا تعاقد رب العمل مع المهندس المعماري فيجب دفع الاجر الى هذا الاخير لا الى شخص اخر كما يلتزم بدفع الاجر الى المقاول فيما اذا كان المتعاقد معه هو المقاول .

اما اذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه بدفع الاجر في وقت استحقاقه فانه يحق للمقاول ان يطالب بالتنفيذ العيني او ان يطالب بالفسخ وذلك من دون اخلال بحقه في طلب التعويض في الحالتين وله فضلا عما تقدم ان يحبس رب العمل المكلف بانجازه الى ان يتولى رب العمل دفع ما بذمته من اجور المقاول المستحقة.

واذا كان يحق للمقاول ان يحبس الشيء الذي تحت يده طالما لم يتم تسليمه الى رب العمل فان الحق المذكور لا يمنع المقاول من المطالبة بالتنفيذ العيني حيث يستحصل حكماً من المحكمة بوجوب الدفع. وفضلاً عن ذلك يحق للمقاول المطالبة بالفوائد القانونية على الاجر المستحق اذا كان هذا الاجر مبلغاً من النقود. اما اذا طلب المقاول الفسخ يكون طلبه خاضعاً لسلطة المحكمة التقديرية ، وسواء طلب المقاول التنفيذ العيني او طلب الفسخ فانه يحق له ان يطالب بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به. وفضلاً عن ذلك فان القانون وعلى الرغم من عدم ارتباط المقاول من الباطن برب العمل بعقد فانه يكفل له ولعماله حق امتياز في حالة قيام المقاول من الباطن او عماله بتوقيع الحجز على المبالغ التي في ذمة رب العمل والمستحقة للمقاول الاصيلي وكان هناك مكان اخر للمقاول الاصيلي تولى ذلك الحجز وهذه المبالغ هي المبالغ الموجودة في ذمة رب العمل وقت توقيع الحجز. (26) وبالنتيجة فاذا وفى رب العمل ما بذمته الى المقاول الاصيلي قبل توقيع الحجز فان ذلك الوفاء يكون محمياً اما اذا لم يكن قد وفى ما بذمته فانه يجب على المقاول الاصيلي ان يوفيه للمقاول الثاني وعماله اولا وقبل كل شيء متقدمين على سائر دائني المقاول الاصيلي فلا يستطيع هؤلاء مزاحمتهم ، وقد نصت على ماتقدم الفقرة الثانية من المادة (883) من القانون المدني العراقي ويتضح من ذلك ان المقاول الثاني وعماله يستوفون حقوقهم بالافضلية على بقية الدائنين ويحق لرب العمل ان يدفع الى المقاول الثاني وعماله المبالغ التي بذمته للمقاول الاصيلي وذلك بصورة مباشرة أي دون حاجة الى ان من المحكمة واذا كانت

26 د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص436.

المبالغ المستحقة للمقاول الاصيلي في ذمة رب العمل لا تكفي للوفاء فان المبالغ المذكورة تقسم على المقاول الثاني وعماله قسمة غرما .

### الفرع الثالث: تحديد اساس الضمان

ذكرنا ان الضمان ينصب على حماية الالتزام اذا تعرض العقد لعدم الاحترام او عدم ملاءمة التنفيذ .

يرى الفقيه الفرنسي ستارك ان المسؤولية المدنية تحقق وظيفتين اساسيتين هما الضمان والعقوبة الخاصة وفيما يتعلق بوظيفة الضمان يقول ستارك ان المسؤولية عن الاضرار المادية والجسمانية تفسر بفكرة الضمان . ذلك ان فكرة الخطا قد ظهر قصورها بتعدد الحوادث التي يتعذر فيها معرفة الخطا فظهرت نظريات التبعة التي تؤسس المسؤولية على الضرر . فكل من باشر نشاط من شأنه احداث نتائج ضارة بالغير عليه تحمل تبعة هذا النشاط ولكن نظريات التبعة بصورها كافة فشلت في ان تفسر اساس المسؤولية المدنية ، معاد الفقه الى فكرة الخطا ولكن في صورة جديدة ، فلم يعد الخطا المعيارا للقاضي او للمشرع في تاسيس المسؤولية ولكنه اصبح تفسيريا لاحقا للمسؤولية التي تقوم في حقيقة الامر على اساس اخر ، فبدلا من ان يكون الخطا دليلا يسبق ويوضح اصبح ظلا تابعا بمذلة<sup>(27)</sup>.

كذلك يقرن ستارك بين نظريته ونظرية تحمل التبعة ، فبينما نظرية تحمل التبعة تنظر الى التعويض على انه المقابل الضروري للفائدة المستخلصة من النشاط ، فان نظريته عن

الضمان ، على العكس من ذلك تسوغ الالتزام بالتعويض المضرور بفكرة الاخلال بحقوقه ، فنظرية تحمل التبعة تتناول المسالة من وجهة نظر محدث الضرر ، اما نظرية الضمان فتتناولها من وجهة نظر المضرور وحقوقه . وفيما يتعلق بالمسؤولية العقدية فيرى ستارك ان الادعاء بان المدين الذي لم ينفذ التزامه ارتكب خطأ بعد تحايل على الواقع . ان لمسؤولية المدين يجب ان ترتبط مباشرة بتعهده ، أي انه يلتزم بضمان ما وعد به وكل ما في الامر هو تحديد مضمون هذا الضمان ، ان اساس هذا الضمان العقدي ليس خطأ المدين ولكنه الرابطة القانونية التي انشأتها الارادة التعاقدية .<sup>(28)</sup> واساس الحماية في الضمان ترجع الى المسؤولية العقدية وان كانت النظريات قد اختلفت في اسس ذلك ، حيث ذهب "سنت ليت " الى ان الضمان هو النظام الذي

<sup>27</sup> - محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطا والضرر ، المؤسسة الثقافية الجامعية ، مصر ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص 152 .

<sup>28</sup> - د. محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطا والضرر ، مؤسسة الثقافية الجامعية ، مصر ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص 78 .

يفرض احترام النصوص العقدية ، اما المسؤولية فهي النظام الذي يعاقب على عدم تنفيذ التعهدات والالتزامات المتولدة مباشرة عن القانون .<sup>(29)</sup> وبعبارة اخرى فان " سنت ليت " قد عد الضمان اصطلاحا بديلا عن المسؤولية عامة لدلالة على المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وذهب "بلا نيول " في نطاق الخطا والضمان في قوله في اللحظة التي لا يكون فيها للخطا قيمة او فائدة ما للحكم على احد المتعاقدين بتعويض المتعاقد الاخر فاننا لانكون في نطاق المسؤولية وانما في نطاق الضمان واتجهت اراء اخرى الى ان الضمان هو المسؤولية الملقاة على عاتق شخص مكلف بتنفيذ الالتزام الرئيس في العقد الذي يتضمن العملية الناقلة بالحق باكملها وهذا الضمان يبرز كالتزام بالتعويض يتولد في لحظة عدم تنفيذ العملية الناقلة للحق . وفي اتجاه اخر يرى ان الضمان كالمسؤولية العقدية يستند كلاهما على الرابطة العقدية فاساسها واحد هو تلك الرابطة ، فبدون الرابطة العقدية لا ينشأ اصلا ضمان .<sup>(30)</sup> ونجد ان هذا الراي هو الاقرب في تحديد الاساس للحماية في الضمان . ويقول بعضهم ان الالتزام بالضمان هو تطبيق لنظرية ضمان المخاطرة في النطاق العقدي ، واذا كان النظام القانوني له يجمع بين بعض قواعد المسؤولية العقدية المجراة والقواعد الخاصة بالضمان فان ذلك بالضرورة نتيجة مباشرة لتطبيق هذه النظرية في النطاق العقدي . ومما لاشك فيه ان التزام الضمان لنتيجة معينة يعد ابغض على المدين من أي التزام اخر اذ ان المدين في هذه الحالة يلتزم بالتزامين في وقت واحد ، التزام بنتيجة والتزام بتحمل المخاطرة .

وعلى ضوء ذلك يتدرج هذا الالتزام بين التشديد والتخفيف ويبلغ التشديد مداه اخذ لفكرة ضمان التبعة – حيث المسؤولية دون خطأ – فيكون الالتزام بالضمان الذي قد يصل هو ايضا في شدته الى ضمان الوصول الى نتيجة محددة بحيث لاتبرا ذمة المدين في ذلك باي سبب ولو كان السبب اجنبيا .

وفي الاتجاه الاخر قد تذهب ارادة المتعاقدين انفسهم الى التخفيف حتى تصل الى الاعفاء من الضمان ذاته .<sup>(31)</sup> اذ ان الضرر غير المشروع الذي يلزم محدثه بالضمان ، يؤدي الى الزامه بتعويض هذا الضرر ، ولكن الضمان في نظر " ستارك " يتميز بانه موضوعي ومعتدل ، فهذا التعويض يشمل الخسارة الواقعة ولا يشمل الكسب الفائت وفي المسؤولية العقدية يشمل الضرر المتوقع دون ذلك غير المتوقع ، ويفيد في الاحوال جميعا في تقدير التعويض بالقيمة التجارية للشئ لا بقيمته لدى المضرور وبالايرادات المهنية المعتادة او الطبيعية لشخص في

29 - د. انيس السيد عطية ، الضمانات القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 540 .

30 - احمد بن فيصل ، الالتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2004 .

31 - د. انيس السيد عطية ، المصدر السابق ، ص 547 .

مثل مهنة المضرور او مركزه الاجتماعي وليس بالايراد الفعلي للمضرور ، ولا يشمل التعويض الضرر الادبي الا في حالة الوفاة وعدم وجود ضرر مادي يمكن تعويضه في التعويض يجب ان يتجرد من أي ظروف شخصية تتعلق بشخصية المضرور فلا يقدر الا تقديرا موضوعيا بحثا ومن ناحية اخرى فانه يمكن التامين من المسؤولية عن الضمان واخيرا يمكن للاطراف تحديده او الغاؤه بمطلق ارادتهم .(32)

جزء من مدلول اكثر اتساعا بصرف الضمان الى وسائل تامين وتاكيد تنفيذ الالتزامات عامة ومن هذا المنطلق استقرت فكرة الضمان العام ووسائل حماية هذا الضمان لتمكين الدائن من استيفاء حقه .(33) أي ان الضمان حماية الحق فالضمان ينصب على حماية الالتزام وهذه الحماية تنصب اذا تعرض العقد لاحدى الامور التالية :

اولا – عدم احترام شرط منصوص عليه بوضوح.

ثانيا – عدم ملاءمة تنفيذ العقد لما هو منصوص عليه ومتفق عليه أي النتيجة الفنية ، أي ضمان حسن التنفيذ الذي يقع على عاتق المقاول او المقاول والمهندس .(34) والضمان على النحو السابق ينصب عليه الحماية القانونية لكل فئتين من الضمان وهما :

أ- ضمان واجب ينص عليه القانون ، وهو الضمان الذي ينص عليه القانون حماية للطرفين في التعاقد ، ولا حاجة للنص على الضمان في العقد طالما ان القانون قد نص عليه فالقانون حل محل ارادة الطرفين .

ب- ضمان يتفق عليه اطراف التعاقد ، وهو مايرد في العقد باتفاق الطرفين وفي هذه الحالة فان الحماية القانونية تشمل كل من الضمان الواجب ينص القانون والضمان المتفق عليه من الطرفين .(35) وضمان العقد وفقا لما تقدم يكون عبارة عن تحمل العاقد تبعات اخلاله بالتزامه التعاقدية .

## المبحث الثاني اسباب الضمان

32 - د. محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مصدر سابق ، ص 155 فقرة 79 .  
33 - نصت على تلك الوسائل المواد من (261-284) مدني عراقي وهي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنائه والدعوى الصورية ، والحجز على المدين المفلس والحق في الحبس للضمان وللمزيد من التفصي عن هذه الوسائل انظر : د. عبد المجيد الحكيم في احكام الالتزام الجزء الثاني ، دار الكتب للطباعة والنشر ، البصرة ، طبعة 1986 ، ص 90 وما بعدها .  
34 - د. صالح بن بكر الطيار- العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، مركز الدراسات العربي الاوربي ، طبعة 2 ، ص 169 .  
35 - انظر المادة (1625) من القانون المدني الفرنسي ، المادة (1628) ، (1641) من ذات القانون وانظر المادة (439) من القانون المدني المصري ، والمواد (503 – 521) القانون الاردني .

لكي ينهض الضمان لابد من وجود اسباب تؤدي الى تحققه وهذا ماسنتناوله في مطلبين حيث يكون المطلب الاول عن وجود عقد مقاوله وسيكون موضوع المطلب الثاني هو انجاز العمل المتفق عليه.

### المطلب الاول

#### وجود عقد المقاوله

ان عقد المقاوله كاي عقد اخر لاينعقد الا بتوافر اركان ثلاث هي التراضي والمحل والسبب .

### الفرع الاول

#### التراضي في عقد المقاوله ومظاهره

يتم التراضي في عقد المقاوله بان يتبادل شخصان التعبير عن ارادتين متطابقتين بقصد ان يقوم احدهما مستقلا بعمل معين في مقابل اجر يلتزم به المتعاقد الاخر ولدراسة هذا الركن بايجاز سنشير الى معنى التراضي اولا ومظاهره في عقد المقاوله ثانيا :- .

#### اولا: شروط التراضي

ان شروط التراضي يمكن ايجازها بالنقاط التالية:-

- 1- ان يعبر الطرفان عن ارادتهما وان تتطابقا تطابقا تاما بان يطابق القبول مع الايجاب بحيث يكون مضمون التعبيرين واحدا فلا يختلفان في امر من الامور الجوهرية التي تناولهما احدهما ولكن ذلك لايعني وجوب ان يتضمن الايجاب والقبول تفاصيل المقاوله جميعا، بل يكفي ان لا يختلفا بشأن ماحواه احدهما من هذه التفاصيل ، مادام التراضي قد تم بشأن العناصر الاساسية للمقاوله وهي ماهية العقد والعمل المطلوب القيام به والاجر المتفق عليه (36) .
- 2- ان تتوفر لدى كل من المتعاقدين ارادة معتبرة قانونا وذلك يسلتزم ان يكونا مميزين على الاقل لان عديم التميز لا ارادة له يترتب على ذلك اذا كان المقاول او رب العمل غير مميزين فان المقاوله تكون باطله .

- 3 - ان تتجه ارادة كل من المتعاقدين الى تحقيق غرض مشروع من وراء ابرام المقاوله فاذا تبين ان مادفع المقاول الى العمل او ماحث رب العمل الى التعاقد هو تحقيق غرض مخالف للنظام العام او الاداب وقعت المقاوله باطله كما لو كان الغرض من بناء منزل ليكون محلا للدعارة او محلا لتعاطي المخدرات او كان العمل المطلوب هو اجراء تزوير في محرر او قتل انسان .

36 د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاوله ، مصدر سابق ، ص 72 .

ولدارسة التراضي اكثر تفصيلا سنشير الى مظاهره في عقد المقاولة وفي الفقرة التالية :

## ثانيا- مظاهر التراضي في عقد المقاول

### 1- التراضي على ماهية المقاولة

يجب لانعقاد العقد توافر هذه الشروط ويكون ذلك بان يطابق الايجاب القبول على عناصرها ويكون ذلك خاضعا للقواعد العامة في نظرية العقد والتراضي هو تطابق ارادتين الايجاب والقبول فيتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة مايقدره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة والارادة المقصودة هنا هي الارادة التي تصدر بنية احداث اثر قانوني هو انشاء الالتزام ولا عبرة بالارادة التي لم تتجه لاحداث اثر قانوني كما في اتفاقات المجاملات ، وفي التبرع لخدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين افراد الاسرة كذلك لايعتد بارادة الهازل ولا بالارادة الصورية ، ولا بالارادة المعقولة على شرط المشيئة ولا الارادة المقترنة بتحفظ ذلك لان الارادة في هذه الاحوال جميعا لم تتجه اتجاها جديا لاحداث اثر قانوني (37). وان يعبر الطرفان عن ارادتهما وان يطابق التعبير عن الايجاب مع التعبير عن القبول ، بحيث يكون مضمون التعبيرين واحدا فلا يختلفان في امر من الامور التي تناولها احدهما ، ولكن ذلك لايعني وجوب ان يتضمن الايجاب والقبول تفاصيل المقاولة جميعا ، بل يكفي ان لا يختلفا بشأن ماحواه احدهما من هذه التفاصيل ، مادام التراضي قد تم بشأن العناصر الاساسية للمقاولة وهي ماهية العقد والعمل المطلوب القيام به متطابق الارادتين او التراضي يجب ان يتم فيما يتعلق بماهية المقاولة وبالععمل المطلوب من المقاول القيام به .

### 2- التراضي على العمل

لكي تنعقد المقاولة يجب ان يتراضي المتعاقدان على العمل المطلوب فاذا اراد شخص اجراء عمل معين كبناء دار واراد الاخر القيام بعمل اخر كاصلاح منزل قائم فعلاً فلا تنعقد المقاولة وذلك لعدم التراضي على العمل المقصود منها .  
فيجب الاتفاق على العمل المطلوب وتأديته وتعيينه تعيينا كافياً ، او على الاقل ان يكون قابلاً للتعيين والفرض ان العمل ممكنا ومشروعا والا لما انعقد العقد لان استحالة العمل تعني

37 - د. عبد الزراق اسنهوري ، الوسيط ، الجزء الاول، ص 172 بند 72 .

انعدام المحل وبطلان العقد وعدم مشروع عيته تفيد ان الباعث عليه كان غير مشروع وهو بدوره يؤدي الى جعل المقاولة باطلة .

### 3- التراضي على الاجر

مثلما يجب التراضي على العمل وتعيينه وتحديدده وجب ايضا ان يكون التراضي على الاجر الذي يدفعه رب العمل للمقاول فاذا طلب المقاول اجراً معيناً ووافق رب العمل على اجر اقل لم تنعقد المقاولة لعدم تطابق الايجاب والقبول<sup>(38)</sup> وهكذا نجد ان التراضي في عقد المقاولة ركنا جوهريا لانعقاد العقد ويخضع في اكثر احكامه الى القواعد العامة في نظرية الالتزام لذا سنكتفي بهذا القدر ونشير في الفرع الثاني الى المحل في عقد المقاولة .

## الفرع الثاني

### المحل في عقد المقاولة

يوصف المحل في عقد المقاولة بانه مزدوج حيث يعد العمل الذي يقوم به المقاول لصالح رب العمل والاجر الذي يدفعه رب العمل للمقاول لقاء عمله هما المحل في هذا العقد ولغرض البحث فيهما سنخصص لكل منهما فقرة مستقلة .

#### اولا - العمل المطلوب انجازه :-

لما كان العمل هو المحل في عقد المقاولة سواءا كان عملا بمعناه الواسع ام بمعناه الضيق عندما ينصب على شيء معين لصنعه او صيانتته نجد ان فقهاء الشريعة قد اشترطوا في المحل شروطا هي .

1- ان يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا وهذا متفق عليه بين فقهاء المسلمين فاذا لم يكن قابلا له لا يصلح ان يرد عليه العقد ، ومن ثم يكون العقد باطلا فاذا كان العقد واردا على عمل كعقد المقاولة يشترط ان يكون ممن اباحه الشارع الكريم.

38 - د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان - الاردن ، سنة 1997 ، ص 376.

2- ان يكون موجودا عند العقد او متوقعا وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد،  
 فعقد الاستصناع ( المقاوله) يرد على شيء غير موجود وقت العقد ولكنه يوجد في  
 المستقبل. وهذا ما اقره المشرع العراقي في المادة ( 129 / 2) مدني حيث نصت " يجوز ان  
 يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييننا نافيا  
 للجهالة والغرر " .

وقد اتفق الفقهاء على ان الشيء المعدم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح ان يكون  
 محلا لعقد الاستصناع كما لو تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفى.... او تعاقد  
 شخص مع عامل على حصاد زرع الذي احترق.(39)

وقد جاء موقف القوانين العربية قريبة مما جاء به الفقه من احكام بشأن ذلك العمل الذي  
 هو الوجه الاول في المحل في ذلك العقد.

حيث ان المحل في هذه القوانين يجب ان يكون قابلاً للتعامل فيه فاذا كان الشيء غير  
 قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح ان يكون محلاً للالتزام اذا كانت طبيعته او الغرض الذي خصص له  
 يأبى ذلك . او كان التعامل فيه غير مشروع . وقد يكون عدم قابليته للتعامل ، مطلقاً كالتعاقد على  
 الشمس والهواء والبحر لاستحالة التعامل بها بحكم طبيعتها .

واحياناً يكون عدم القابلية للتعامل بسبب التخصيص للنفع العام ، ولا لكسب الملكية  
 بالتقادم ولكنه يصلح محلاً للمقاوله و الايجار وغير ذلك من العقود ، وذلك بالنسبة للغرض  
 المخصص له الشيء لا لطبيعته كالحالات السابقة.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لان ذلك غير مشروع ، وعدم المشروعية يرجع اما  
 الى نص في القانون او الى مخالفة هذا التعامل للنظام العام او الاداب على ان نص القانون الذي  
 يمنع من التعامل في الشيء يكون ايضاً مبيناً على اعتبارات تتعلق بالنظام العام والاداب. ووجود  
 نص هنا دليل على عناية المشرع بالامر فائتر ان يورد له نصاً بدلاً من تركه لاجتهاد الفقه  
 والقضاء او هو ايضاح في مقام قد يكون عدم وجود النص فيه مؤدياً الى الغموض والبلبة كالنص  
 الذي يحرم التعامل في التركات المستقبلية او هو تحريم الامر

لمصلحة تقتضيها ظروف البلد الخاصة بتحريمه كتحريم الاتجار بالمخدرات وبيع الوفاء في  
 بعض البلاد. اذن مما تقدم يمكن القول ان المحل يكون غير مشروع اذا كان مخالفاً للنظام العام  
 والاداب سواء ورد نص في القانون بتحريمه ام لم يرد. (40) ومن هذا يتبين لنا بوضوح الاتفاق  
 بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية في هذا الشرط من شروط المحل في العقود كافة ومنها

39 - محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، بلا مكان وسنة طبع ص 379 .

1- المادة 130 مدني عراقي وكما نصت المادة (135) مدني مصري على ما يأتي  
 (( اذا كان محل الالتزام مخالفاً لنظام العام والاداب كان العقد باطلاً )) .

عقد المقاوله فلا يصلح مثلاً ان يكون محل العقد بناء دار يدار للدعارة وينص على ذلك في العقد ، وانما قد تختلف القوانين الوضعية عن الشريعة الاسلاميه في بعض العقود دون بعضها الاخر كما لو كانت القوانين الوضعية لا تحرم نوادي القمار والبنوك ذات الفوائد بينما تحرمها قوانين بعض الدول باعتبار القمار والفائدة التي تعد شرعاً ربا ومن المحرمات وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون (( الهتافة )) يستأجرهم المدير للتصفيق للمثليين وترويج ما يعرضونه على المسرح(41).

ثم رجع القضاء عن ذلك واصبح الان يقضي بصحة هذا العقد لان الهتافة يؤدون خدمة للفن . وان يكون المحل موجودا عند التعاقد او ممكن الوجود بعد ذلك والمعنى المقصود قانونا- كما في الشريعة الاسلامية – من الوجود هو ان يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام ، او ان يكون ممكن الوجود بعد ذلك واذا هلك الشيء بعد نشوء الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون لذلك العقد بعد ذلك قابلا للفسخ اذا تسبب عن هلاك الشيء او عدم قيام احد المتعاقدين بما التزم به (42). أي انه يجوز التعاقد على محل مستقبل الا ما حرم بنص خاص لاسباب معينة قد اخذت بذلك التشريعات العربية المختلفة . المادة (129)

القانون المدني العراقي والمادة(131) مدني مصري والمادة (188) موجبات لبناني والمادة (166) من القانون المدني السوري واذا كان محل الالتزام مستحيلا فان الالتزام لايقوم ويكون العقد باطلا لانه لاالترام بمستحيل ، والاستحالة اما ان تكون مطلقة او نسبية والاستحالة المطلقة تكون في الشيء ذاته لا ان تكون بالنسبة للملتزم فحسب في الحالة الاولى يكون العقد باطلا(1) وذلك ان الالتزام يكون مستحيلا بالنسبة الى موضوعه ، بل لاتكون الاستحالة مطلقة الا في هذه الصورة اما الحالة الثانية فان الالتزام يكون مستحيلا بالنسبة لشخص الملتزم لا بالنسبة لكل الناس . وفي هذه الحالة يوجد الالتزام ، ويقوم على محل صحيح ، واذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لاتمنع من القيام بالتزامه ويكون المدين مسؤولا لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولقبوله التزاما لايطيقه ، او فوق قدرته، ويجوز فسخ العقد اذا كان ملزما للجانبين ولا فرق بين ما اذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام او كانت لاحقة له، ففي كلتا الحالتين يوجد التزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولا عن التعويض فحسب ، ومعنى ذلك ان الاستحالة النسبية لاتجعل العقد باطلا ، كالاستحالة المطلقة سواء كانت الاستحالة سابقة على وجود العقد ام لاحقة له ، وانما تجعله في الحالتين قابلا للفسخ اذا كان ملزما للجانبين لعدم امكان قيام الملتزم بالتزامه، اما الاستحالة المطلقة ان كانت سابقة على وجود التعهد

41 - محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاوله ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، 1977 ، بلا مكان طبع ، ص 90 .

42 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص 386 - .

فانها تجعل العقد باطلا ، وان كانت لاحقة الى قوة قاهرة اذا هي لم ترجع الى تقصير الملتزم فينقضي بها الالتزام وينفسخ العقد اذا كان ملزماً للجانبين والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة المطلقة .

فاذا تعهد مقاول بناء مثلاً .وجب ان يعين هذا البناء او يكون على الاقل قابلاً للتعين وقابليته لتعيين ترجع الى الظروف المحيطة بابرام العقد ، فاذا التزم المقاول بان يبني مستشفى او مدرسة او منزلاً للسكن او منزلاً للاستغلال او غير ذلك فان ظروف التعاقد يصح ان تستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب اما اذا اقتصر المقاول على ان يلتزم باقامة بناء دون ان يعين أي نوع من البناء هو كان المحل غير معين ، وغير قابل لتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لانه في حكم المعدوم.

### ثانياً:- الاجر

ان الاجر هو الوجه الثاني للمحل في عقد المقاولة وهو المقابل الذي يلتزم به رب العمل باعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الاخير بالعمل المعهود اليه وهذا الاجر الذي يدفعه رب العمل للمقاول يكون مبلغاً من النقود في الغالب لكن يجوز ان يكون شيء اخر غير النقود. ويشترط في الاجر ما يشترط في المحل عموماً وهي ان يكون موجوداً ومعيناً او قابلاً للتعين ومشروعاً .

1- ان يكون موجوداً :- الاجر لا بد من وجوده والا كان العقد من عقود التبرع فلا تعد

مقاولة بل يكون عقداً غير مسمى والاصل انه متى دلت الظروف على ان العمل ما كان لينجز بدون اجر فان رب العمل يكون ملزماً بدفعه وذلك حتى لو جاء العقد خالياً من اية اشارة اليه، وهنا يتعين على المحكمة ان تعتبر ان هناك اتفاقاً ضمناً بين المقاول ورب العمل على وجود الاجر وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ( 880 ) من القانون المدني العراقي (43) . ويجب ان يكون ذلك الاجر جدياً أي مقارباً للحقيقة وان تتجه ارادة رب العمل الى دفعه وان تتجه ارادة المقاول الى استيفائه اما اذا ذكر المتعاقدان في العقد الاجر ولم يقصد رب العمل دفعه الاجر صورياً فالعقد عندئذ لا يكون مقاولة بل عقد غير مسمى ، ويصدق الحكم نفسه اذا كان الاجر تافهاً أي يكون من القلة بحيث لا يقبل عقلاً ان يكون مقابلاً للعمل الذي يقدمه المقاول . (44)

وعلى ذلك فالاجر قد يتحدد باتفاق المتعاقدين ، وقد يتحدد وفقاً للقانون وتتناول فيما يلي هذين

الفرضين :-

### الفرض الاول

<sup>43</sup> نصت المادة ( 880 ) من القانون المدني العراقي بقولها " ويجب اعتبار ان هناك اتفاقاً ضمناً على وجود الاجر اذا تبين من الظروف ان الشيء او العمل الموصى به ما كان ليؤدي الا لقاء اجر يقابلها "

<sup>44</sup> د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص 382 ، فقرة 732.

### تحديد الاجر بواسطة المتعاقدين

للمتعاقدين ان يتفقا على أي اجر يرتضيانه في مقابل العمل موضوع العقد وهذا الاجر قد يكون عبارة عن مبلغ من النقود يدفعه رب العمل الى المقاول. وهذا هو الغالب ، ولكن لا يشترط في الاجر ان يكون من النقود.

قد يحدد المتعاقدان الاجر في العقد بحيث يعلم قدره واوصافه من وقت ابرامه وهذا التحديد قد يتم صراحة وقد يحصل ضمناً ، ومن صور التحديد الضمني ان يتبين من ظروف التعاقد ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى اعتماد الاجر المتداول في الحرفة او المهنة او الاجر الذي جرى عليه التعامل بينهما اذا كان المقاول قد سبق وانجز لرب العمل اعمالاً من نوع العمل المتفق عليه نفسه. وسواء تحدد الاجر صراحة او ضمناً ، فإنه قد ياخذ احدي صورتين الاولى منها هي تحديد الاجر اجمالاً في مقابل كل الاعمال التي يعهد بها الى المقاول، دون تعيين اجر مستقل لكل عمل من الاعمال الواجبة ، كما لو التزم شخص بتحديد سيارة في مقابل مبلغ محدد او التزم مقاول بناء بتشيد منزل وفقاً لاوصاف معينة في مقابل مبلغ ويطلق على العقد الذي يتحدد فيه الاجر على هذا النحو بالعقد الجزاف . (45)

وفي هذا العقد يلتزم رب العمل بالاجر المتفق عليه دون نقص او زيادة بصرف النظر عن الوقت والجهد الذي انفقهما المقاول في القيام بالعمل ودون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل التنفيذ صعباً او مرهقاً او اكثر كلفة . وهذه الطريقة في تحديد الاجر تكون مناسبة اكثر لرب العمل كونها تحدد مقدماً مدى التزامه وتجعله في مأمن من ارتفاع اثمان المواد الاولية واجور العمال ولكن مما يخشى ان يؤدي تحديد الاجر جزافاً ان يعمل المقاول الى استخدام مواد من صنف سيء او لايتقن العمل اما الثانية وفيها تعيين الاعمال المطلوب من المقاول القيام بها مع تحديد مقدراتها، وتحديد ثمن مستقل لكل نوع من هذه الاعمال ، فاذا كان العمل المطلوب اقامته بناء مثلاً .متحدد المقايسة ان يلتزم له كذا متر من المباني وتحديد سعر المتر منه، وكذا متر من اعمال النجارة وتحديد ثمن منها وغالبا مايجوي هذا العقد بندا يبيح لرب العمل الحق في زيادة كمية الاعمال اللازمة بنسبة معينة . وهذه الوسيلة من وسائل تعيين الاجر تحدد مقدماً مدى التزام رب العمل ذلك ان مايلتزم به هو مجموع اثمان الاعمال المتفق عليها ، ولكن هذا التحديد لا يكون نهائياً لان المجموع يزيد اذا تغيرت هذه الاثمان او طالب رب العمل باعمال اضافية او زائدة .

ولكن المتعاقدان قد لا يحددان الاجر مقدماً في العقد بل يكتفیان ببيان الاسس والعناصر التي تسمح بتحديدده فيما بعد وهذا يكفي لانعقاد المقاوله ولكن هذه الطريقة لاتحدد

45 محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء ، مصدر سابق، ص80.

مدى التزام رب العمل مقدما ولو على وجه تقريبي لان الاجر الذي يلتزم لايحدد فعلا الا على اساس مقدار الاعمال التي نفذت. (46)

## الفرض الثاني

### تحديد الاجر بوساطة القانون

اذا لم يتفق المتعاقدان على الاجر صراحة او ضمنا، ولم يتضمن العقد ما يسمح بتحديد هذا الاجر في المستقبل . فان المقاوله تتعقد سواء كان اغفال هذا التحديد سهوا منها ام عن عمد. فعدم تحديد المتعاقدين للاجر لا يبطل عقد المقاوله. اذ يستطيعا تحديده بعد ذلك بالاتفاق بينهما ، وفي هذه الحالة يلتزم رب العمل بوفاء هذا الاجر كما لو كان قد اتفق عليه وقت التعاقد اما اذا اختلف المتعاقدان بعد ابرام العقد واتمام العمل حول الاجر المستحق عنه فطالب المقاول باجر معين ولكن رب العمل راي فيه مبالغة فان لكل منهما ان يلجا الى القضاء بطلب تحديد اجر المقاوله والقضاء في تحديده لهذا الاجر يرجع الى قيمة العمل ونفقات المقاوله المادة (659) مدني مصري .

وعلى ذلك فيجب لتقدير اجر المقاول ان يراعي القاضي العناصر الاتية :-

- 1- طبيعة العمل وما اذا كان معقدا او بسيطا او صعبا في تنفيذه اوسهلا والاطار والمسؤوليات التي يتعرض لها المقاول في القيام بها ومدى الخبرة والمهارة التي يتطلبها .
- 2- كمية العمل وعلى ذلك فالمقاول الذي يقوم بتشيد بناء يستحق اجرا عن هذا العمل كما يستحق اجرا عن التصميم اذا كان هو الذي وضعه والمهندس المعماري يستحق اجرا عن وضع التصميم والمقايسة ويستحق اجرا عن ادارة الاعمال .
- 3- الوقت الذي استغرقه العمل .
- 4- مكان العمل ومدى قربه او بعده عن العمران والمواصلات .
- 5- اثمان المواد التي استخدمها المقاول في العمل ، اجور العمال الذين استعان بهم في انجازه .
- 6- مؤهلات المقاول وكفاءته وسمعته.

اما فيما يتعلق باجر المهندس المعماري نصت المادة (1/660) من القانون المدني المصري على انه يستحق اجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، واخر عن الادارة

ونصت الفقرة الثانية من المادة (660) على انه اذا لم يحدد العقد هذه الاجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري .

كما وقد وضعت نقابة المهن الهندسية لائحة لمزاولة مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الاتعاب والمسابقات. وقد قسمت هذه اللائحة المهندسين على ثلاث فئات مهندس معماري – مهندس معماري استشاري – ومكتب هندسي استشاري في المادة الاولى من اللائحة.<sup>(47)</sup> كما ونصت الفقرة الثالثة من المادة (660) على انه اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس وجب تقدير الاجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل.

وتقدير العناصر السابقة هي من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز مادام استخلاصه سائغا ومستمدا من ما له اصله الثابت بالاوراق.

وتحديد المحكمة المختصة بتقدير اجر المقاول يخضع للقواعد العامة للاختصاص كما هو منصوص عليها في قانون المرافعات وقد أشار هذا القانون ألى محكمة البداءه بأعتبارها المحكمة المختصة في هذا الموضوع .

## الفرع الثالث

### السبب في عقد المقاولة

لا يوجد للسبب في عقد المقاولة معنى يختلف عما اوردته القواعد العامة في نظرية الالتزام لذلك سنشير اليه بايجاز.

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين المحل – كما يقال عادة – هوان المحل جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟ اما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين؟ يقول الاستاذ السنهوري ان اول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب الاستاذ ( Audot ) ثم نقلها عنه الكثير من الفقهاء.

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصرا في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدي اذ الالتزام غير العقدي لم يقم على ارادة الملتزم حتى يسأل عن الغرض المباشر الذي قصد اليه الملتزم من وراء التزامه .

47 - وضعت نقابة المهن الهندسية لائحة لمزاولة مهن الهندسة المعمارية وتقدير الاتعاب والمسابقات ، طبعة السادسة ، 2002 .

وهو غير الباعث او الدافع او الحافز البعيد الذي حمل العاقد على ارادة التعاقد فقد يبيع البائع ارضه. او يبني المقاول بناء لشخص اخر لانه يريد من وراء ذلك ان يضارب بالثمن او يشتري به اوراقا مالية او ارضا او بناء، يغلان له ريعا اوفر او لانه يريد سداد ديونه الى غير ذلك .

وهذه البواعث او الدوافع او الحوافز العديدة تختلف من شخص الى اخر ولايوليها القانون اهتماما، وانما تقتصر عنايته على الغرض المباشر الذي قصده العاقد من وراء الالتزام والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره من الالتزامات انما يتصل اوثق اتصال بالارادة وبالتالي ، لا يكون عنصرا فيها بل هو عنصر مميز عنها (48). وتفسير ذلك انه لما كانت الارادة البشرية لايمكن ان تتحرك دون ان تتجه الى سبب ، أي دون ان ترمي الى غرض تهدف الى تحقيقه لهذا كان السبب متصلا بالارادة اوثق الاتصال ، وان يميز عنها فحيث توجد الارادة يوجد السبب ولايتصور وجود ارادة لاتتجه الى سبب في حركتها وتصرفاتها الا اذا صدرت من غير وعي كارادة السكران او المجنون اوالنائم .فالارادة المعتبرة قانونا لابد لها من سبب . فلم تستطع النظرية التقليدية ان تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء كذلك وهو الذي يعيش في غمار هذه الحياة ان ينتفع بها لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي ان خرج عليها خروجا صريحا فكسر الحواجز التي اقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث وخطط بينهما خطأ تاما لا في التبرعات فحسب بل فيها وفي سائر العقود .فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه للملتزم في ان يلتزم مادامت الارادة قد اصبحت حرة طليقة بعد ان ضعف حظ الشكل زادت اهمية السبب ذلك لان الارادة من حيث انها تحدث اثارا قانونية اذا انطلقت من قيود الشكل وجب ان تقيد السبب ومادامت الارادة لابد لها من باعث يدفعها فلا اقل من ان يشترط القانون ان يكون هذا الباعث مشروعا وان يكون الغرض الذي ترمي الارادة الى تحقيقه لايجرمه القانون ولايتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الاداب وكانت التشريعات والاحكام القضائية اسبق من الفقه في اتساع افق السبب بعد الضيق الذي كان ملحوظا في النظرية التقليدية .اما بالنسبة لاثبات السبب فهناك امران اساسيان :

اولهما – كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

ثانيهما – يعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ،  
فاذا قام الدليل على صورته فعلى من يدعي ان للالتزام سببا اخر مشروعا ان يثبت ما يدعيه  
(49).

## المطلب الثاني

### انجاز العمل المتفق عليه

هذا هو الالتزام الرئيس الذي يترتب على عقد المقاولة في ذمة المقاول وهذا الالتزام ،  
بدوره ينطوي على واجبات يتعين على المقاول ان يقوم بها ما اذا اخل بواحد او اكثر تحمل  
جزء الذي يرتبه القانون على هذا الاخلال .

## الفرع الاول

### انجاز العمل بالطريقة الواجبة

ان انجاز العمل وبالطريقة الواجبة يعد التزاما جوهريا في ذمة المقاول فعليه انجاز العمل  
بالطرق التي تتفق والاصول الرئيسية للصناعة بحيث اذا خالف المقاول واحدا منها تحمل الجزاء  
الذي رتبته القانون ، كما ان بعضها يرجع في تحديده الى عرف الصناعة ذاتها دون حاجة الى  
النص عليه تفصيلا لان التفاصيل ليست من عمل القوانين بل الفقه والقضاء والعرف ذاته مصدر  
اساس من مصادر القانون .<sup>(50)</sup> ويمكن تحديد هذه الواجبات والاجراءات فيما يلي :-

- يجب على المقاول ان ينجز العمل بالطرق المتفق عليها في عقد المقاولة وطبقا للشروط  
الواردة في هذا العقد وبخاصة طبقا لدفتر الشروط في مقاولات البناء اذا وجد هذا  
الدفتر وكان محل العقد بناء.<sup>(51)</sup>

اما اذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف – كما تقدم – وبخاصة  
اصول الصناعة والفن للعمل موضوع (محل) المقاولة . فلكل مهنة او حرفة اصول

49 - المادة (137) مدني مصري ، فقد جاءت في مذكرتها الايضاحية بالمشروع التمهيدي في هذا الصدد " اما فيما يتعلق في اثبات  
السبب فثمة قاعدتان اساسيتان (اولهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو اغفل ذكره في العقد الى ان يقوم الدليل على  
خلاف ذلك ويكون اثبات عدم وجود السبب او عدم مشروعيته على المدين الذي يطعن في العقد .(ثانيهما ) افتراض مطابقة السبب  
المذكور في العقد للحقيقة الى ان يقدم الدليل على صورته فاذا اقيم هذا الدليل وجب على الدائن ان يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي  
تلحق به صفة المشروعية " مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج 2 ، ص 227 .وتطابقها الفقرتان (2،3) من المادة 132 من القانون  
المدني العراقي وتتفق معها المادتان (69-70) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .  
50 - 2،1 مدني مصري على انه " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فيمقتضى الشريعة  
الاسلامية .فاذا لم توجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي او قواعد العدالة "قرب هذه المادة 2،2 من القانون المدني العراقي ونصت  
المادة (3) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه " للقاضي عند انتفاء النص ان يفصل فيما اذا كان الواجب المعنوي يتكون منه  
موجب ( التزام) طبيعي او لا ولا يمكن ان يكون الموجب الالتزام الطبيعي من مخالفا لقاعدة من قواعد الحق العام " .  
51 - ذلك مفهوم ضمنا من نص المادة (640) مدني مصري (869) مدني عراقي .

معروفة ، وقوانين يجب مراعاتها دون حاجة لذكرها في العقد .<sup>(52)</sup> او يشار اليها جملة في العقد كقول مثلا (حسب اصول الصناعة ) او مايؤدي الى هذا المعنى .  
 اذا احتاج المقاول في انجاز العمل طبقا للشروط ، الى ادوات مهمات وجب عليه ان ياتي بها على نفقته ، سواء كان العمل مادة تستخدم فيه ام لم يكن وسواء كان هو الذي ورد المادة ام رب العمل .

فادوات العمل او مهماته كالالات البناء والجراحة وعربات النقل وبطانة الثوب والالوان الذي يستخدمها الصباغ في الدهان . وغير ذلك مما يحتاج اليه المقاول في انجاز العمل المطلوب دون حاجة الى اشتراط ذلك في العقد جملة وتفصيلا . وهذا ما لم يقض الاتفاق او عرف المهنة بغيره .

واذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول ان يحرص عليها وان يراعي اصول الفن في استخدامها، وان يؤدي حسابا عنها لرب العمل ويرد اليه باقيها ، كثيرا مايحتاج المقاول في انجازه للعمل طبقا للشروط او وفق عرف او اصول الحرفة الى ايد عاملة ، وقد يحتاج ايضا الى معاونيين يعملون تحت اشرفه ويكونون تابعين له ، بل قد ينجز العمل كله هؤلاء الاشخاص وتقتصر مهمة المقاول على الاشراف والتوجيه ما لم يكن العمل او العقد منظورا فيه الى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان والمحامي والمدرس .

وقد وردت نصوص صريحة في هذا المعنى فيما يتعلق بالادوات والمهمات .<sup>(53)</sup> فاذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها . اذا كان ثمة اتفاق عليها ، او الشروط والمواصفات التي تملئها اصول الصناعة وعرفها وتقاليدها اذا لم يكن ثمة اتفاق عليها ، كان المقاول مخلا بالتزامه، ووجب عليه الضمان المناسب لكل حالة ، ولا يستطيع المقاول ان يتخلص من المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي ، أي قوة القاهرة او حادث فجائي او خطأ رب العمل نفسه او فعل الغير طبقا للقواعد العامة لهذه القاعدة القانونية وذلك التفصيل الاتي :

اذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل . مادة 866 مدني عراقي والمواد (217- 648 ) مدني مصري واذا

52 - السنهوري ، الوسيط ، ج7 ، بند 38 ، ص 67 .

53 - المادة (2/649) مدني مصري نصت على ان " على المقاول ان ياتي بما يحتاج اليه في انجاز العمل من ادوات ومهمات اضافية ، ويكون ذلك على نفقته . هذا ما لم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغيره " يطابقها المادة (2/648) لبيبي و(2/615) سوري وتتفق معها المادة (2/867) مدني عراقي .

كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي اصول الفن والصناعة في استخدامها .

وهذه الاشياء التي سلمها صاحب العمل الى المقاول لاستخدامها في العمل تعد اشياء قد سلمت الى المقاول " لاستعمالها في امر معين لنفقة المالك او غيره" فاذا غير المقاول نيته في حيازة هذه الاشياء من حيازة مؤقتة الى حيازة دائمة بنية تملكها فانه يكون مرتكبا لجريمة (54).

## الفرع الثاني

### العناية اللازمة في انجاز العمل

الالتزام في عقد المقاوله (انجاز العمل) اما ان يكون التزاما بتحقيق غاية ، كاقامة بناء او ترميمه او هدمه ، او كتصنيع اثاث او ثوب او وضع تصميم او رسم او نحت تمثال ، فلا يبرا المقاول من التزامه الا اذا تحققت هذه الغاية ، وانجز العمل المطلوب ، ولا يكفي ان يبذل في القيام بهذا الالتزام عناية الشخص المعتاد او حتى اكثر عناية ممكنة ، ذلك انه مادام العمل المطلوب لم ينجز فان المقاول يكون مسؤولا ولا تنتفي مسؤوليته حتى يثبت السبب الاجنبي ، وانتفاء مسؤوليته في هذه الحالة انما تاتي من نفي علامة السببية بين الخطا والضرر لا من نفي الخطا اما اذا انجز العمل طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ، او طبقا لاصول الفن والصناعة وعرفها ، فقد برئت ذمته .

واما ان يكون التزاما ببذل عناية كالتزام طبيب بعلاج مريض او التزام محام بالدفاع عن متهم او برفع قضية مدنية لدائن . فان المطلوب من المقاول في هذه الحالة هو ان يبذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل المطلوب منه فهذه العناية بهذا المعيار تكون وسطا بين المراتب ، على انه قد تتصرف نية المتعاقدين الى الالتزام بمعيار خاص معين ، ومتى تقرررت درجة العناية الواجبة عد كل تقصير في بذلها مهما يكن طفيفا خطأ يرتب مسؤولية المدين .

فيجب على الطبيب ان يبذل عناية من في مستواه من الاطباء في علاج مريضه طبقا للاصول الطبية وتقاليد المهنة ، لكن ليس عليه ان يشفي المريض .

وكذلك يجب على المحامي ان يبذل العناية نفسها، طبقا لاصول وتقاليد وعرف حرفته او مهنته ولكن ليس عليه ان يكسب القضية ويجب على المهندس الذي يدير عملا

او يشرف على تنفيذ تصميم ان يبذل عناية من في مستواه من المهندسين ولو لم يحقق الغرض المقصود.

### الفرع الثالث

#### عدم التأخر في انجاز العمل

يلتزم المقاول كذلك بان ينجز العمل في المدة المتفق عليها فاذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب ان ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بانجازه نظرا لطبيعة ومقدار ما يقتضيه من دقة ، وحسب عرف الحسبة وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله .

هذا الالتزام بانجاز العمل التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية فلا يكفي لاعفاء المقاول من المسؤولية عن القيام بالعمل ، او التأخير في القيام به على النحو السالف الذكر . ان يثبت انه بذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل او انجازه في الوقت المحدد ولكنه لم يتمكن من ذلك حتى لو اثبت ان المدة المحددة لم تكن كافية اصلا لانجاز العمل اذ انه هو الذي اخطا بقبوله الالتزام بانجاز العمل في المدة غير الكافية.

### المبحث الثالث

#### صور الضمان

لقد بينا في المباحث السابقة معنى الضمان واسباب تحققه في ذمة المقاول لذا سنشير في هذا المبحث الى صور الضمان فهو اما ان يكون ضمانا عاما تختلف احكامه باختلاف ما اذا كان المقاول قد قدم المادة والعمل او العمل فقط وتكون المادة مقدمة من رب العمل وقد يكون الضمان خاصا اذ له مفهوما وشروطا واساسا تجعله مميزا عن الضمان العام ولغرض توضيح ماتقدم سنخصص لكل منهما مطلباً .

#### المطلب الاول

#### الضمان العام

لدراسة الضمان العام وبحسب ما اذا كان المقاول قدم المادة والعمل او العمل فقط  
نقسم هذا المطلب على فرعين.

### الفرع الاول

#### تقديم المقاول للعمل

كثيرا مايقدم رب العمل المادة الى مقاول ففي هذه الحالة لا يكون المقاول ضامنا  
لعيوبها لانه لم يبيعها لرب العمل بل ان رب العمل هو الذي قدمها وهو المالك ويكون المقاول  
مسؤولا عن أي اهمال منه في استعماله للمادة كما اشارت الى ذلك المادة (867) من القانون  
المدني العراقي.(55) واذا اكتشف اثناء عمله ان في المادة عيوب لا يصلح معها للغرض المقصود  
وجب عليه ان يخطر رب العمل فورا بذلك وليس ذلك الاتطبيقا للقواعد العامة للعقد .

اما مدى ضمان المقاول لجودة العمل فأن مما لاشك فيه ان المقاول يكون مسؤولاً  
عن جودته وانه يلتزم كما رأينا بانجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة وطبقاً  
للشروط الواردة في هذا العقد فأن لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف ولاسيما  
اصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول .

وهكذا فان المقاول يكون مسؤولاً عن كل عيب في الصناعة تقضي به اصول الحرفة  
بان يكون مسؤولاً عنه ، فاذا كان العيب خفياً أي لا يمكن اكتشافه من لدن رب العمل على الرغم  
من تسلمه للعمل او كانت مخالفته للشروط غير ظاهرة فان المقاول يكون ضامناً لذلك ، العيب  
ويجب على رب العمل للرجوع عليه بالضمان ان يخبر المقاول بالعيب حال اكتشافه واذا انقضت  
مدة دون اخبار المقاول بهذا العيب فإنه يعد متنازلاً ضمناً عن الرجوع بالضمان وهذا ما نصت  
عليه الفقرة الثانية من المادة ( 875 ) من القانون المدني العراقي.

اما اذا كانت العيوب ظاهرة او كانت المخالفة للشروط مما يمكن اكتشافها فان رب  
العمل اذا لم يعترض لدى المقاول على العيب او المخالفة حال تسلمه للعمل فإنه يعد متنازلاً عن  
حقه في الرجوع على المقاول بالضمان وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ( 875 ) من  
القانون المدني العراقي . (56)

كما وقد يستعمل المقاول الغش في اخفاء العيب او المخالفة مما يصعب معرفة ذلك  
العيب او المخالفة ، فاذا ثبت ان هناك غشاً فان رب العمل يستطيع الرجوع على المقاول

55 - نصت الفقرة الاولى منها " اذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي اصول الفن في  
استعمالها وان يؤدي حسابا لرب العمل عن استعمالها في ويرد مايتبقى منها فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب  
اهماله او قلة كفايته الفنية التزم برد قيمته لرب العمل " .

56 - نصت الفقرة الثانية من المادة 875 مدني عراقي على " اما اذا كانت العيوب خفية او اكننت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب  
العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك وجب عليه ان يخبر المقاول بها بمجرد كشفها والا اعتبر انه قد قبل العمل " .  
نصت الفقرة الاولى من المادة 875 على " كتى تم تسليم العمل فعلا او حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب  
وعن مخالفة لما كان عليه الاتفاق " .

بالضمان ابتداء من تاريخ اكتشافه العيب وخلال مدة ثلاث سنوات من كشف العيب لان المقاول يكون مسؤولاً ومسؤولية تقصيرية وتسقط في كل الاحوال بأنقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الغش واستناداً الى نص المادة ( 232 ) من القانون المدني العراقي.

وسواء كان العيب خفياً ولم يكتشفه رب العمل الا بعد تسلمه للشيء ام كان المقاول قد اخفى العيب غشاً منه فان حق رب العمل يقتصر في رجوعه على المقاول بالمطالبة باصلاح العيب ان كان اصلاح ذلك العيب ممكناً وهذا التنفيذ العيني والالجات المحكمة الى تعويض رب العمل اذا لم يلحق هذا الاخير ضرراً جسيماً وقد يطلب رب العمل الفسخ فيكون طلبه في ذلك خاضعاً للسلطة التقديرية التي تتمتع بها المحكمة. فيما تستطيع ان تحكم بالتعويض فقط فيما اذا كان العيب غير جسيم او كانت المخالفة غير خطيرة. ولرب العمل ان يطالب بالتعويض عما لحقه من جراء وجود العيب او المخالفة سواء طلب التنفيذ العيني او طلب فسخ العقد وهذا ما سيتم تفصيله في الفصل الثالث من الرسالة.

## الفرع الثاني

### تقديم المقاول المادة والعمل

قد يقدم المقاول المادة فضلا عن عمله وفي هذه الحالة يكون ضامناً لهذه المادة حيث تنص المادة ( 866 ) من القانون المدني على انه (( اذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل )) . وقد سبق وان نوهدنا بان المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة فيضمن ما فيها من عيوب خفية كما يضمن البائع للمشتري العيوب الخفية .<sup>(57)</sup> ويكون المقاول ملزماً بالضمان اذا لم تتوفر في المادة الصفات التي ضمن رب العمل وجودها فيها او كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها او من نفعها بحسب الغرض المنشود وتسقط الدعوى بعد مرور ستة اشهر من وقت تسليم الشيء الى رب العمل.

وكما لاحظنا في عقد المقاول يلتزم المقاول بتنفيذ العمل المعهود اليه وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها ، وطبقاً لاصول الفن الذي يحكم هذا العمل وبذلك يكون المقاول قد اخل بالتزامه اذا جاء العمل غير مطابق لهذه المواصفات او غير متفق مع تلك الاصول اذ يعد العمل في هذه الحالة معيباً، فالمقاول اذن يضمن عيوب عمله.

والعيب يعني لدى الفقهاء المسلمين في الشريعة الاسلامية بانه " الافه الطارئه التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع " .

<sup>57</sup> - نظمت المواد (558- 570 ) من القانون المدني العراقي احكام ضمان البائع للعيوب الخفية .

وعندما يتعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها فإنه يلتزم بأن تكون هذه المواد من الصنف نفسه المتفق عليه في العقد ، فإن لم يتفق على صنفها ، فإنه يجب طبقاً للقواعد العامة ان تكون هذه المواد من صنف متوسط ، وان تكون صالحة لتحقيق الغرض من استخدامها في العمل .

فاذا لم تكن كذلك أي لم تكن المواد التي قدمها المقاول مطابقة لما هو متفق عليه او كانت بها عيوب تحول دون صلاحيتها للاستخدام او تنقص من هذه الصلاحية فان المقاول يضمن هذه العيوب لرب العمل وحسب المادة (648) من القانون المدني المصري أي يكون مسؤولاً عنها في مواجهته .

فاذا تبين ان ثمة عيوب في عمل المقاول او المواد المقدمة منه، كان مخلاً بالتزامه، ويقع على رب العمل عبء اثبات عيوب العمل او عيوب المواد المستخدمة فيه فمتى اثبت ذلك كان المقاول مسؤولاً عن هذه العيوب ولا يكلف بعد ذلك رب العمل باثبات ان هذه العيوب ناتجة عن تقصير او اهمال من المقاول ، ذلك ان التزام المقاول بالقيام بالعمل على هذا الوجه المتفق عليه وفقاً للاصول ، التزاماً بنتيجة ثبت الاخلال به بمجرد اثبات عدم تحقيق هذه النتيجة ولايستطيع المقاول ان يدفع هذه المسؤولية الا باقامة الدليل على ان سبباً اجنبياً هو الذي ادى الى هذه العيوب ولرب العمل ان يقبل العمل بعيوبه ، دون طلب اصلاحها من المقاول ولا يفسخ العقد ويكون له في هذه الحالة ان يطالب بتعويض مالحقه من ضرر نتيجة هذه العيوب في عمل المقاول او عيوب في المواد في المواد المستخدمة من لدن المقاول ، وعادة ما يتم ذلك التعويض عن طريق نقص الاجر الذي يستحقه المقاول بما يساوي ذلك التعويض.

اما في حالة عدم قبول رب العمل لهذه العيوب يجيز له القانون ان يطالب بالتنفيذ العيني وهذا التنفيذ يكون باصلاح هذه العيوب اذا كان ذلك ممكناً حتى لو تطلب اعادة العمل بدون ان يسبب ذلك ارهاقاً للمدين ، ولكن دون ان ننسى مالمقضاء من سلطة في رفض الحكم بذلك وقصر ذلك على التعويض النقدي فيما اذا كان فيه ارهاقاً للمدين (المقاول) ولكن طلب التنفيذ العيني لايعفي المقاول من تعويض رب العمل عن الاضرار التي قد لاتزال بهذا التنفيذ كالضرر الناشئ عن تاخير استلامه للعمل بسبب الوقت الذي يستغرقه اصلاح ما قام به المقاول ولرب العمل الحق في طلب فسخ بدل طلب التنفيذ العيني لاخلال المقاول بالتزامه وتسليمه عملاً معيباً ويكون طلبه هذا خاضعاً للقواعد العامة ، أي قد لايجب على هذا الطلب اذا كان الاخلال قليل الاهمية مقارنة بما انجزه المادة (2/157) مدني مصري وقد يستعين المقاول بشخص يساعده في انجاز العمل او استخدامه في ذلك فانه يكون مسؤولاً عن مسؤولية المتبوع عن التابع

والمسؤولية هنا مسؤولية عقدية وليست مسؤولية تقصيرية. (58) وهناك من يقول انها تقصيرية لاعقدية وانه يجب في هذه الحالة توافر صفة التابع في ذلك الشخص. (59)

ويكون المقاول ايضا مسؤولا قبل رب العمل عن المقاول من الباطن ولو ان هذا الاخير غير خاضع لتوجيه المقاول او اشرافه، ولا تتوفر فيه التبعية بل يعمل مستقلا عنه ولحساب نفسه. (60)

## المطلب الثاني

### الضمان الخاص

لدراسة الضمان الخاص لابد من بيان مفهوم هذا الضمان والشروط الواجب توفرها فيه ومن ثم التطرق الى الاساس القانوني لهذا الضمان وسوف نخصص لكل منها فرعاً مستقلاً .

### الفرع الاول

#### مفهوم الضمان الخاص

لم يترك المشرع التزام المهندس المعماري ومقاول البناء خاضعاً للأحكام العامة في الضمان التي تسري على عقود المقاولات كلها أياً كانت طبيعة العمل الذي ترد عليه بل وضع احكاماً خاصة لهذا الضمان ، شدد فيها من مسؤولية المهندس والمقاول، وكذلك لما قد يترتب على تهدم المباني من اضرار جسيمة تصيب الارواح والاموال ولا تقتصر على كل من كان طرفاً في التعاقد بل تمتد الى الغير ، وذلك لحث المهندس والمقاول على بذل كل عناية وجهد واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والممكنة ، لتكون المباني والمنشات التي يقيمونها متينة وسليمة لا يخشى منها على رب العمل ولا على الغير ولاسيما ان رب العمل كثيراً ما يكون جاهلاً بفن البناء ، وبالتالي لا يستطيع اكتشاف ما به من عيوب من وقت تسلمه فضلاً عن ان كثير من هذه العيوب خفياً ولا يظهر اثره الا باستعمال البناء مدة من الزمن. (61)

وواضح ان الهدف الاساسي لهذه الاحكام الخاصة وهو حث المهندسين والمقاولين على اقامة ابنية ومنشات ثابتة اخرى لا يصيبها التهدم ولا يطالها العيب الخطير خلال مدة محددة تعد من قبيل مدد الاختبار لمتانة وصلابة البناء ولاسيما ان كلا من المهندس والمقاول هما من ارباب فن البناء وان رب العمل كثيراً ما يكون ملماً بقواعد واسس هذه الحرفة ومع ذلك فلا بد

58 - عبد الرزاق السنهوري ، ج7، الوسيط ، مصدر سابق بند 42، ص75 .

59 - عبد الرزاق السنهوري ، ج7، الوسيط ، مصدر سابق بند 42، ص76 .

60 - نصت على ذلك صراحة المادة (661) الفقرة الثانية منها مدني مصري بقولها " ولكن المقاول يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل ". وانظر المادة (882) فقرة الثانية مدني عراقي والاخير يسميه مقاول المقاول .

61 ثروت انيس الاسيوطي ، مسؤولية المهندس المعماري ، دروس على الآلة الكاتبة ، ص9 . نقلًا عن محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء مصدر سابق ، ص 156 .

من القول ان احكام الضمان العشري تتضمن في جوانب منها تخفيفا للمسؤولية وهذه الجوانب ان مدة الضمان على الرغم من كونها ليست مدة تقادم ،قد حددت بعشر سنوات بدلا من خمس سنوات وهي مدة التقادم الاعتيادية . وكذلك فان المسؤولية المقصودة في الضمان العشري هي المسؤولية عن البناء والمنشآت وما يصيبها من تدهم والعيوب ذات الخطورة العالية أي تلك التي تهدد سلامة تلك المنشآت الثابتة الاخرى ومتانتها ولكن على الرغم من ذلك فان هذا التخفيف يقابله تشديد في افتراض المسؤولية .

وإذا كانت احكام هذا الضمان قد وردت في العديد من التشريعات المدنية الا انه يمكن القول ان التجربة الفرنسية هي التجربة الاكثر ثراء من النواحي التشريعية والفقهية والقضائية ، ولاسيما بعد التعديلات التي ادخلها على القانون المدني الفرنسي في سنتي 1967 و 1978 ، حيث ان العديد من التشريعات الحديثة ، ومن بينها القانون المدني العراقي ، قد استقت الاحكام الخاصة لهذا الضمان من القانون الفرنسي وادبياته ولا بد من معرفة مفهوم الاخلال الالتزام الموجب لهذه المسؤولية ومن المعروف انه طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية يتوقف تحديد ما اذا كان المدين قد اخل بتنفيذ التزامه ام لا ، ومن ثم كيفية وعبء اثبات هذا الاخلال، على طبيعة هذا الالتزام نفسه ، وما اذا كان التزم بتحقيق نتيجة او بمجرد بذل عناية . وخلافا لما يراه بعضهم من ان مسؤولية المقاول لايمكن ان تتعين الا اذا ثبت خطأ من جانبه ، بما يعني انه ملتزم بمجرد بذل عناية – بمقولة انه مهما بذل من جهد وحرص في تنفيذه للاعمال فانه " لايمكن اغفال دور المصادفات التي يمكن ان تحدث وان تقيدته بكل الاصول الفنية ، التقليدية منها والحديثة ومن الوسائل والمواد المستخدمة لايضمن بالضرورة ان النتيجة سوف تنتهي الى عمل جيد نعتقد مع الراي الراجح في الفقه والقضاء ، ان المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة وهي ان ينفذ طبقا للاصول الفنية عملا خاليا ن العيوب وهو يعني انه يكفي رب العمل ان يقيم الدليل على العيب الذي وقع في تنفيذ الاعمال دون ان يكلف في اثبات الخطأ المؤدي الى هذا العيب ومؤدى هذا الراي ان موقف المقاول من هذه المسؤولية السابقة على التسليم ، لا يختلف كثيرا عن موقفه من المسؤولية العشرية ذات الطبيعة المفترضة في كل من القانونين الفرنسي والمصري (62) وفي هذا المعنى جاء حكم لمحكمة النقض المصرية ان مفاده نص المادة (651) مدني مصري " ان التزم المقاول هو التزم بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد التسليم ، وان الاخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد اثبات عدم تحقق تلك النتيجة

62 - د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985، ص129

دون حاجة لاثبات خطأ ما .."(63) الوصف ذاته يكون التزام المهندس الذي يضع تصاميم الاعمال التزاما بنتيجة ، ولاسيما وان رب العمل لا يكون لديه في الغالب أية دراية في هذا الفن . وعلى ما يبدو في واقع تلك الاعمال انه قد يكون هناك مهندس مشرف على العمل ويكون التزامه حيال رب العمل ومدى مسؤوليته اتجاه رب العمل بانه التزام بوسيلة بالنسبة للمهام الاضافية التي قد يكون المهندس مكلفا بها كاختيار المقاول او مراجعة كشوف الحسابات المقدمة من المقاولين . اما بخصوص الضرر الذي يمكن تعويضه لرب العمل فهو يتمثل بالضرر بصفة اساسية في العيب الذي يلحق البناء وذلك بصرف النظر عن مدى جسامته هذا العيب او خطورته فالمسؤولية العقدية السابقة على التسليم تشمل العيوب جميعا التي تظهر مادام رب العمل قد رفض التسلم . حين تفرض المسؤولية العشرية اللاحقة عن التسليم عيبا على درجة معينة من الخطورة لم يكن ظاهرا عندما تسلم رب العمل البناء الا افترض فيه بقوله هذا التسليم قد تتغاضى عن العيب كما ان لفظة العيب في البناء تتسع لتشمل عدم مطابقة الاعمال للتصميمات او مخالفتها للمواصفات المتفق عليها .

63 - نقض مصري 23 / 6 / 1970 مجموعة احكام النقض لسنة 21 ، ص 1068 رقم 171 . وفي نفس المعنى نقض 10/6/1960 نفس المجموعة السنة 16 ص 736 رقم 117 .

## الفرع الثاني

### شروط الضمان الخاص

لكي تنهض مسؤولية المهندس والمقاول عما يحدث من تهدم كلي او جزئي فيما يشيده من مبان او منشآت ثابتة اخرى ، كوننا نتحدث عن حالة استثنائية فيكون الحديث هنا عما يظهر في هذه المباني من عيوب بعد الانجاز والتسليم ، تقتضي لقيامها شروط لا بد من توفرها ليتمكن مساءلة المقاول والمهندس عن التهدم او العيب . وهذه الشروط هي :

اولا- ان يكون محل العقد تشييد مبان او اقامة منشآت ثابتة .

أي يتعلق الامر بعملية تشييد وهذا التشييد يمكن ان يتم بمختلف مواد البناء مادامت عملية التشييد تهدف الى جعل المنشأ ملتصقا بالارض .

والمادة (870) بعد تعديلها تشير الى هذا الشرط باستعمال تعبير "ماشيداه من مبان او ما اقاموه من منشآت ثابتة اخرى" مما يوحي بان الامر يجب ان يتعلق ببناء جديد ، فان اعمال التوسيع واعمال الترميم ذات العلاقة بعناصر جوهرية في البناء كالاسس والجدران والسقوف مثل هذه الاعمال تخضع للضمان العشري ، اما الترميمات الطفيفة فيفترض انها غير خاضعة لمثل هذا الضمان . أي ان تكون الاعمال المشيدة من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الاخرى فالمباني والمنشآت المشمولة بالضمان يجب ان تكون مستقرة في الارض وثابتة في مكانها لا يمكن نقلها دون هدمها . فالمباني سواء كانت بمستوى الارض او فوقها او تحتها هي التي يبرز فيها عنصر المساحة والفضاء وتخصص لكي يتعامل الانسان داخلها مع توفر عنصر الحماية ولو جزئيا من عوامل الطبيعة ، فالمباني السكنية والعمارات والمخازن والمتاجر والمستشفيات ودور العرض والمصانع والمساجد والكنائس تدخل في هذا المفهوم<sup>(64)</sup> . والجدير بالذكر انه لا يشترط في بنائها ان تكون مبنية بالطابوق او الحجر او الطين ، ولا يغير من موضوعها ما اذا كانت مطعنة بالخشب او الحصير او الحديد او الصفيح . فهي كما يقول بعض الشراح كل ما يقام بمجموعه من المواد تجعلها يد الانسان وحده ويشد بعضها بعضا وتتصل بالارض . او كما تعرضها مسودة مشروع قانون البناء المصري في المادة الاولى منه انها " أي انشاء من أي نوع كان سواء بشكل ثابت او مؤقت ظاهر فوق سطح الارض او في داخلها ويشمل أي جزء مثبت فيها الخ" ، فالابنية اذن هي كل ما لا يقبل النقل بدون هدم سواء بالفك او التركيب او بدونهما الى انه يجب ان لا يكون

64 - د.مصطفى رجب ، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى ن بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون جامعة بغداد، المجلد السابع ، العدد الاول والثاني - 1988 ، ص 100 .

بناءها بالخشب وحده الا اذا ثبت الخشب في الارض يكون ثابتاً ثبوت قرار كما هو الحال بالنسبة الى الابنية التي تبنى بالخشب في البلاد الاجنبية<sup>(65)</sup> .

اما بالنسبة الى العوامات المتخذة كمنازل ، كما هو الحال في مصر حيث تكثر العوامات التي تستقر على شواطئ النيل لغرض اتخاذها دور سكن . وكذلك بالنسبة للعوامات التي جعلت مسكناً في منطقة الصليخ بالاعظمية على شاطئ دجلة انموذجاً مشابهاً للعوامات المصرية فانه لا يمكن اعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة لانها من المنقولات فليس لها مستقر ثابت ، كما ان نقلها وتحويلها ممكن دون تلف وبالتالي فانها لا تعتبر عقاراً .<sup>(66)</sup> . وكذلك تتحقق في بنائها تظهر فيما بعد الانجاز والتسليم<sup>(67)</sup> . ما دامت غير ثابتة ثبوت قرار في الارض كالمنازل والمساكن التي تبنى على سطح الارض ولذلك لا يتحقق في بنائها ، وانما تقتصر المسؤولية فيها على ما تقرره القواعد العامة في هذا الشأن وكذلك يكون الحكم اذا كان البناء بالخشب لغرض من الاغراض الا انه لم يكن ثابتاً ثبوت قرار كما هو الحال بالنسبة الى الاكشاك الخشبية ، سواء كانت هذه الاكشاك قابلة للفك والتركيب ام لا مادام نقلها من مكان الى اخر يتم بسهولة ، فلا تتحقق في بنائها مسؤولية المقاول والمهندس عما يصيبها من خلل وما يظهر فيها من عيوب بعد الانجاز والتسليم لاكتفاء الحكمة من تقرير هذه المسؤولية .

ويختلف الحكم وتتحقق مسؤولية المقاول او المهندس اذا كان البناء مبنياً بالطابوق او السمنت او الحجر ومطعماً بالخشب او الحديد او الصفيح وكان التطعيم يجعله بشكل متحرك حركة يشترط فيها ان تكون منتظمة ومحددة ضمن دائرة معينة كما هو الحال بالنسبة الى المصاعد الكهربائية التي تتحرك صعوداً او نزولاً بشكل منتظم ضمن الشاقول النازل من اعلى العمارة الى محل نصبه في الارض وكذلك بالنسبة للمراوح الهوائية التي تثبت فوق المطاحن في البلاد الاجنبية وبالنسبة الى كل منقول يدخل في البناء ويعتبر جزءاً لا ينفصل منه<sup>(68)</sup> .

اما العقار بالتخصيص فهو بطبيعته منقول يرصد لخدمة العقار ولمنفعته ( المادة 63 مدني عراقي ) لا يعتبر من قبيل المنشآت الثابتة وبالتالي لا يتحقق مسؤولية المقاول او المهندس عما يظهر فيه من خلل او عيب الا وفقاً لما تقرره القواعد العامة .  
الشرط الثاني:- حصول تدهم في البناء او ظهور عيب فيه بعد الانجاز والتسليم .

هذا الشرط تضمنته المادة ( 870 ) مدني عراقي في فقرتها الاولى وبعد تعديلها حيث جاء فيها (( يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث من تدهم كلي او جزئي ) وهو

65 - د. حسين عامر ، في المسؤولية المدنية التصديرية والعقدية ، مطبعة مصر ، 1956 ، ص 134 .

66 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، 760 ، مصدر سابق فقرة 61 ص 108 .

67 محمد جابر الدروي ، مسؤولية المقاول والمهندس ، مطبعة او فسيت عشتار ، بغداد بدون سنة طبع ، ص 129 .

68 انظر بهذا المعنى الدكتور حسين عامر ، المصدر السابق ، فقرة 718 ، ص 735 .

عين ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 651 مدني مصري اما القانون الفرنسي فقد قضت المادة 1792 منه بمسؤولية المقاول والمهندس عن التهدم اذا كانت المقاوله باجر جزاف كما قضت المادة 2270 بمسؤوليتها عن التهدم والعيب في الاعمال الكبيره سواء كان الاجر جزافاً او بسعر الوحدة .

ان التهدم في هذه المواد المذكورة المقصود منه حدوث انفصال في اجزاء البناء سواء كان الانفصال كلياً يترتب عليه تهدم البناء برتمه. او انفصلاً جزئياً يؤدي الى تهدم بعض البناء (69) .

ولا يشترط في التهدم المقصود بنص المادة 870 من القانون المدني العراقي والمادة 651 من القانون المدني المصري والمادة 1792 من القانون الفرنسي الذي يكون محلاً لمساءلة المقاول والمهندس ان يكون حالاً واقعاً فعلاً ، وانما يكفي ان يكون امراً مستقبلاً اذا كان وقوعه لا بد منه وقد رأت ذلك محكمة تمييز العراق في احدي قراراتها ، واعتبرت من قبيل التهدم الجزئي المقصود بالمساءلة حدوث تشققات وتصدعات في البناء تجعل وقوع التهدم مستقبلاً امراً لا مفر منه (70) . كما قضت محكمة النقض المصرية بذلك فاعتبرت الخلل الذي يصيب البناء موجبا للمسؤولية ما دام يجعل هدمه امراً لا مفر منه . بقرار قالت فيه ان التعويض كما يكون عن ضرر حال ، فانه يكون ايضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع .

فاذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية الا ان هدم المبنى امر محتوم ولا محيص من وقوعه فانها اذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على اساس وقوع هذا الهدم لا تكون قد قدرته عن ضرر محتمل وانما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع . ولا وجه لتضرر الطاعن من تقدير التعويض على اساس هدم المنزل مادامت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية الى ان اصلاح العيب الموجود في اساس المبنى وهو ما يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني . يتكلف اضعاف ما انتهت المحكمة الى القضاء به من تعويض (71) .

وبهذا الحكم اخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني . فقرر ان تداعي البناء اذا اضحى ايلاً للسقوط بسبب نقص في اللوازم او عيب في الارض او في البناء يفيد معنى التهدم وان لم يتهدم البناء فعلاً كله او بعضه . وهو ما نصت عليه المادة 668 بقولها ( ان المهندس او مهندس البناء او المقاول اللذين يستخدمهم صاحب الامر مباشرةً يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي اتمام البناء او المنشأ الاخرى الذي اداروا اعماله او قاموا بها اذا تهدم البناء كله

69 د. انور سلطان/ مصادر الالتزام ، 1962 ، فقرة 561 ص 615.

70 قرار محكمة تمييز العراق رقم 656 ، حقوقية ، 69 صادر بتاريخ 1996/10/21 – منشور في قضاء محكمة تمييز العراق المجلد السادس ص 373.

71 نقض مدني مصري 10 يونيو 1965 مجموعة احكام النقض 16- 736 – 117 مذكور في سليمان مرقس في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، سنة 1971، ص 133.

او بعضه او تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم ( وعيب في البناء او في الارض ... ) .

ويعتبر من قبيل التهدم ، اذا كان التهدم لم يقع ولكنه واقع لا محالة كان تنطوي امامه البناء على مخالفة صريحة للقوانين والانظمة الخاصة بالبناء والتي تصدر الاجازة المقتضية من الجهات الرسمية المختصة على اساسها (72). وليس حصول التهدم وحده هو مناط تحقق المسؤولية فليس ضرورياً ان يتهدم البناء كلياً او جزئياً وانما يكفي لقيام المسؤولية ان يظهر عيب فيما يشيده المقاول او المهندس من الابنية وما يقيمانه من منشآت ثابتة اخرى بشرط ان يكون من شأن هذا العيب تهديد متانة البناء وسلامته وعلى هذا نصت المادة 651 من القانون المدني المصري بقولها (( 2- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة وما يوصي في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته )) .

اما في العراق فقد كانت المادة 870 من القانون المدني العراقي قبل تعديلها تقصر قيام المسؤولية على حالة حصول التهدم الكلي او الجزئي في البناء ولم تتطرق الى ذكر العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. شأنها في ذلك شان المادة 668 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي قصرت قيام المسؤولية على حالة التهدم او تداعي البناء بوجه واضح للسقوط وواضح ان تداعي البناء بوجه واضح للسقوط لا يعني العيب الذي يهدد سلامة البناء ومتانته ، وانما هو تهدم بالفعل تراضى حدوثه الى المستقبل (73) .

والتهدم او العيب ، ان لن يثبت انهما راجعان لسبب اجنبي لا يد للمهندس او المقاول فيه ، فيفترض انهما حصلا اما بسبب عيب في التصميم او بسبب عيب في الحرفة او بسبب عيب في الارض .

فالتصميم يضعه عادة مهندس معماري، الا انه لا يوجد ما يمنع لتحقيق الضمان من ان يضعه شخص اخر سواء المقاول نفسه او رب العمل . وتحقيق مسؤولية المهندس المكلف بالاشراف على التنفيذ ولو لم يكن هو واضع التصميم ما دام قد تبناه اللهم الا اذا كان تكليفه جاء في وقت متاخر جدا، بحيث لا يمكن ان يكون في وضع يمكنه من اكتشاف العيب في التصميم ، اما اذا اقتصر المهندس على وضع التصميم دون ان يكلف بالاشراف على التنفيذ فانه يكون مسؤولاً عن عيوب التصميم وحدها . ويكون المقاول مسؤولاً عن عيوب التصميم اذا كانت العيوب من الوضوح بحيث لاتخفى على المقاول لاسيما في العيوب الناشئة عن مخالفة القوانين

72 د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء ، مصدر سابق ، ص147.

73 د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة الاخرى ، مصدر سابق ص151.

والانظمة في فن العمارة والبناء، بل ان بعضهم يرى ان المقاول مسؤول بالتضامن عن عيوب التصميم جميعا على ان يكون له حق الرجوع ، بعد ذلك على المهندس المعماري.(74)

اما العيب في الحرفة فقد يكون سببه استعمال مواد غير صالحة او مخالفة للمواصفات او من نوع لايسمح به اصوله والحرفة ، وقد يكون العيب في الحرفة نفسها كاقامة البناء على اسس غير كافية لتحمل الاثقال المقررة وقد يكون السبب عدم مراعاة الاحتياطات للوقاية من الحريق عند البناء.(75)

والعيب الذي يعود الى الارض يثير الضمان بالنسبة الى المهندس والمقاول كما لو كانت الارض رخوة ولم تتخذ الاحتياطات لتقوية وتعميق الاسس ويجب ان يكون العيب في الارض بحيث يمكن كشفه بالفحص الفني الدقيق فاذا كان لايمكن كشفه حتى بعد الفحص الفني الدقيق فانه لا يترتب عليه الضمان ويكون في حكم القوة القاهرة .والعيب سواء أكان في المواد ام في اصول الحرفة او في الارض يجب ان يتوفر فيه ماسبق ذكره في كون العيب يهدد متانة البناء وسلامته حتى يمكن ان يحقق الضمان في ذلك العيب وتنهض مسؤولية كل من المهندس والمقاول في تحمله.

### الفرع الثالث

#### الطبيعة القانونية للضمان الخاص

قد يثار التساؤل عما اذا كان الادق في مجال مسؤولية المهندس والمقاول استخدام تعبير "الضمان العشري" او "المسؤولية العشرية" فمن الملاحظ في هذا الشأن ان المشرع المصري يستخدم لفظة ضمان في المادة (651) مدني مصري فيما استخدم المشرع الفرنسي لفظة المسؤولية في المادة (1792) ولفظة الضمان في المادة(2270) وفي الاجابة عن التساؤل السابق ، يرى بعضهم انه من الدقة استخدام لفظة الضمان الا حينما لا يكون على رب العمل اثبات خطأ المشيد . وهي مسألة كانت خلافية في فرنسا ومحل تفرقة بسبب نوع الصفقة وما اذا

74 - د. مصطفى رجب ، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء ، مصدر سابق ، ص 103 .

75 - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج7، مصدر سابق ، ص 113 .

كان باجر اجمالي او بمقتضى مقاييسه على اساس الوحدة. ولما كان المشرع الفرنسي قد الغى التفرقة الاخيرة ونظم في القانون 1978 بنص صريح مسؤولية مفترضة على عاتق المشيدين لايغفهم منها الا باثبات السبب الاجنبي في المادة (1792) اصبح من الملاحظ استخدام الشراح المحدثين للفظ الضمان في تعبيرهم عن المسؤولية.(76)

ومما سبق نجد ان هذا الضمان كان استثناء فان الاصل ان ينتهي عقد المقولة الوارد على انشاء المباني والمنشات الثابتة الاخرى بانتهاء العمل وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه، ولكن من النصوص الخاصة بهذا الضمان نرى انها ابقت المهندس والمقاول مسؤولين عما يحدث من تدهم كلي او جزئي فيما شيدها من مبان وما اقاماه من منشآت ثابتة اخرى حتى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها او حتى لو كان رب العمل اجاز اقامة المنشآت المعيبة ، خلال مدة عشر سنوات تبدا من وقت اتمام العمل وتسليمه للمباني فقد اراد المشرع ان يمد مسؤولية المهندس والمقاول الى مابعد التسليم للمباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقولة من انقضاء الالتزام فيه بالضمان وللوقوف على التكييف القانوني لابد من بيان اساسه اي بيان الاساس الذي يقوم عليه، وطبيعة المسؤولية بعد اكمال كيانه.

والاساس يعني سبب واصل قيام هذه المسؤولية ولمعرفة طبيعة المسؤولية علينا تعيين مصدر الالتزام .

فهناك اتجاهات عدة يبرز من بينها ثلاثة اتجاهات سنخصص لكل منها فقرة مستقلة فهناك اتجاه يرى انها مسؤولية تقصيرية وهناك اتجاه اخر يرى انها مسؤولية عقدية بينما يراه الاتجاه الثالث تطبيق خاص للنظرية العامة للالتزام بالضمان ، ان الاختلاف في الاتجاهات مرجعه في الواقع الى اختلاف حول مسألة اولية تتعلق بتحديد ما لتسليم الاعمال من اثر على عقد المقولة نفسه في علاقة رب العمل بالمهندس والمقاول .

#### الاتجاه الاول :مسؤولية المقاول والمهندس المعماري تقصيرية

يرى القضاء الفرنسي وعلى خلاف الفقه في فرنسا الذي يكاد يجمع على ان المسؤولية بالنسبة الى المقاول او المهندس عما يصيب البناء من تدهم كلي او جزئي او عن العيوب التي تظهر فيه بعد الانجاز والتسليم مسؤولية عقدية ، ان هذه المسؤولية تقصيرية اساسها الفعل الضار .(77)

والسبب الذي حدا بالقضاء الفرنسي الى تبني هذا الراي هو ان الضمان بالنسبة الى المقاول او المهندس لجودة العمل هو الضمان القائم على المسؤولية العقدية ينتهي بتسليم العمل

76 - د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشات الثابتة الاخرى ، مصدر سابق ، ص 271 .  
77 - نقض فرنسي 15 يونيو سنة 1863 - دالوز 1863 - 1 - 421 ، 26 نوفمبر سنة 1873 .

لرب العمل ، وحيث ان التسليم على مايراه القضاء الفرنسي يغطي العيوب كلها التي تظهر فيها بعد انجاز العمل وتسليمه فان بقاء مقاول البناء والمنشآت الثابتة الاخرى دون غيره من المقاولين مسؤولا عن التهدم الكلي او الجزئي الذي يصيب المباني او ظهور العيوب فيها بعد الانجاز والتسليم المدة المحددة قانونا ، يعني ان هذا الالتزام التعاقدى الذي ينتهي بالتسليم انما هو التزام تقصيري .(78)

وقد تعرض هذا الراي لجملة من الانتقادات اهمها :

ان اقامة هذه المسؤولية يكون على اساس ان يكون هناك خطأ من جانب المقاول او المهندس ممثلا بتقصيرهما ، او اهمالهما في اعمال البناء ادى الى حصول التهدم او ظهور العيب فيه ولكننا راينا ان كلا من المشرع الفرنسي والمصري والعراقي يقيم المسؤولية عن التهدم الكلي او الجزئي الذي يحصل في البناء على خطأ مفترض غير قابل لاثبات العكس أي ان مسؤولية كل من المقاول والمهندس تقوم حتى ولو لم يكن هناك أي خطأ او اهمال من جانبهما .فاين هو الفعل الضار الذي ياتي به المقاول او المهندس لترتب مسؤوليتهما التقصيرية عليه وفقا لما ذهب اليه القضاء في فرنسا.(79)

ان ذلك العيب الذي يكون كل من المقاول او المهندس مسؤولين عنه لايشترط فيه القدم ولكن يكفي ان يكون سببه موجودا قبل التسليم وينظر الى ابعده من ذلك بحيث حتى ان طرا اصلا بعد التسليم فان رب العمل يرجع بالضمان في هذه الاحوال جميعا على خلاف ما توجيه القواعد العامة التي تقضي بان الضمان لايتحقق الا اذا وجد العيب او سببه قبل التسليم .(80) لترتب مسؤولية المقاول والمهندس عنه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية تاسيسا على فكرة الحراسة التي تبني على الخطا المفروض فرضا لايقبل اثبات العكس على الرغم من ان فكرة الحراسة تقتضي ان يكون البناء تحت حيازة المقاول والمهندس مع انه قد سلم لرب العمل .

ان مسؤولية المقاول والمهندس لاتدفع اذا بقى سبب التهدم او سبب ظهور العيب مجهولا .(81) وسبب ذلك يرجع الى ان هذه المسؤولية بنيت على خطأ مفترض غير قابل لاثبات العكس ولا يقع على رب العمل عبء اثباته ، وعليه فان المقاول اذا ما اراد ان يدفع عنه المسؤولية ان يثبت السبب الاجنبي الذي ادى الى حصول التهدم او ظهور العيب ، او اذا كان سبب التهدم مجهولا فان المسؤولية تقوم على عاتق المقاول لان رب العمل لا يكلف باثبات الخطا

78 - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج7 ، مصدر سابق ، ص 132فقرة 71 .

79 - د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة الاخرى ، بغداد ، مصدر سابق ، ص 50.

80 - د. محمد لبيب شنب ، احكام عقد المقاولة ، 1962 ، فقرة 108 ، ص 128 .

81 - د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاولة ، المصدر السابق ، فقرة 112 ، ص 135 .

المؤدي الى تهم او العيب من ناحية ولا يستطيع المقاول دفع المسؤولية عنه لان السبب مجهول من ناحية اخرى.

ان محكمة النقض المصرية رفضت قبول هذا الراي الذي يعد المسؤولية مسؤولية تقصيرية بشكل قاطع وصريح حيث قالت في قرار لها جاء فيه "مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة رقم (409) مدني قديم لايمكن عدها مسؤولية تقصيرية اساسها الفعل الضار من جنحة او شبه جنحة .. الخ".<sup>(82)</sup> او الفقه الفرنسي فقد ذهب غالبية الى القول ان مسؤولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية .

### الاتجاه الثاني: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عقدية

ذهب الفقه في فرنسا وعلى خلاف القضاء الى القول ان مسؤولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية طالما انها ناجمة عن عدم تنفيذ المقاولين او المهندسين المعماريين لالتزاماتهم العقدية.<sup>(83)</sup>

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها . اما في مصر فقد راي المرحوم الدكتور السنهوري انه بالنظر الى ان المقاول يكون مسؤولا عن جودة العمل ، فيكون مسؤولا عن كل عيب في الصنعة وهذه المسؤولية هي لاشك مسؤولية عقدية ، لانها تقوم على التزام عقدي منشاه عقد المقاول . وهذا يصدق ايضا على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة على الارض فهي كسائر المقاولات ، تنشأ التزاما في ذمة المقاول ، ان تكون المنشآت خالية من العيب ، فاذا تهدم البناء او ظهر فيه عيب ، فقد تحققت المسؤولية.<sup>(84)</sup> ان اعتبار مسؤولية المقاول والمهندس عن التهم الكلي او الجزئي التي تظهر في البناء بعد الانجاز والتسليم مسؤولية عقدية تعرض الى الانتقاد .

<sup>82</sup> - نقض مدني مصري 5 يناير سنة 1939 مجموعة عمر 290 رقم 145 ص 452 . وانظر ايضا مدني 9 يونيو سنة 1955 مجموعة احكام النقض 69 رقم 165 ص 1235 .

<sup>83</sup> - انظر بير في المسؤولية العشرية للمهندسين المعماريين والمقاولين ، باريس ، 1963 ، ص 6 ، نقلا عن محمد جابر الدوري في مسؤولية المقاولين والمهندسين ، مصدر سابق ، ص 135 .

<sup>84</sup> - السنهوري ، الوسيط ، ج 7 ، مصدر سابق ، ص 132 ، فقرة 71 .

فعلى رب العمل ان يثبت لمسالة المقاول والمهندس ، وجود العقد الذي يربط الطرفين ويحدد التزاماتهما ، كما ان على رب العمل ان يثبت وقوع التهدم الكلي او الجزئي او ظهور العيب في الابنية ، اما المقاول فعليه ان يثبت بانه قام بالعمل وفقا لما تقضي به شروط العقد ، ولايستطيع المقاول في ان يثبت انه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسؤولية ذلك لان التزامه في الضمان التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية وبغير ذلك يعد مخطئا ويتحمل المسؤولية فلا يكلف رب العمل باثبات وقوع التهدم الكلي او الجزئي وفقا لما تقضي به المادة ( 1792 ) من القانون المدني الفرنسي والفقرة الاولى من المادة ( 651 ) من القانون المدني المصري والفقرة الاولى من المادة (870) المعدلة من القانون المدني العراقي . وليس امام المقاول والمهندس الا ان يثبتا تدخل السبب الاجنبي لوقوع التهدم والا عدا مسؤولين عن التهدم ، فلا يكلف رب العمل باثبات خطأ من جانبهما ولا يستطيع أي منهما التخلص من المسؤولية الا عن طريق اثبات السبب الاجنبي ان التزام المقاول وكذلك المهندس التزام بتحقيق غاية ، ومعنى ذلك ان الخطا الواجب توفره لغرض قيام المسؤولية العقدية. لو كانت عقدية يجب ان يكون في صورة عدم قيام المقاول بتحقيق الغاية التي تعهد بتحقيقها. (85) أي عدم تنفيذ التزامه العقدي تنفيذا عينيا. (86) مع انه قام بذلك وتم التسليم مقبولا من لدن رب العمل فاين الخطا الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية .

اما تدخل المشرع وترتيب المسؤولية بنص صريح في القانون بافترض الخطا من جانب المقاول والمهندس افتراضا لايقبل اثبات العكس ، فلا يعني ان المسؤولية عقدية على نحوها ذهب اليه الشراح في كل من فرنسا ومصر. (87) اما بالنسبة للمسؤولية عن العيوب التي تظهر في البناء والذي تطلبت المادة (2270) من القانون المدني الفرنسي تكليف رب العمل باثبات خطأ المقاول والمهندس في ظهور العيب فان التكليف بعيد عن طبيعة الخطا العقدي ذلك ان رب العمل لا يكلف باثبات الخطا ، وانما عليه ان يثبت وجود العقد وظهور العيب فقط وعلى المقاول ان يثبت قيامه بالتزامه كما يجب وفقا لما تقضي به نصوص العقد ، ان المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة يجب ان تكون ناشئة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية ذلك الالتزام الذي قبله ابتداء ، وتحمل تبعة الوفاء في الوقت الذي لايتبين في هذه المسؤولية اتفاق الطرفين ابتداء على مد مسؤولية المقاول والمهندس الى مابعد انجاز المباني وتسليمها من لدن رب العمل كي يقال ان الزام المقاول او المهندس باصلاح التهدم او العيوب او التعويض عنها ، يستند الى العقد

85 - عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، فقرة 645 ، 646 .

86 - السنهوري ، الوسيط ، ج7 ، مصدر سابق ، فقرة 424 ، ص240 .

87 - السنهوري ، الوسيط ، ج7 ، مصدر سابق ، ص740 ، حيث يقرر بان " الدائن لايطالب المدين بتنفيذ الالتزام عينا بل يطالبه بالتعويض بعد التنفيذ ، والدائن هو الذي يدعي ان المدين لم ينفذ التزامه ومن اجل ذلك يطالبه بالتعويض فعلى الدائن ان يقع عبء الاثبات ان المدين لم ينفذ التزامه .

الذي ابرم بينها عليه والتزما بالوفاء بما تقضي به بنوده ، ان الاصل كما تقتضي به احكام المادة (259) من القانون المدني العراقي والمادة (217) من القانون المدني المصري جواز الاتفاق على الاعفاء من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي مادامت المسؤولية العقدية منشؤها العقد ، والعقد وليد ارادة الطرفين والارادة الحرة اساس المسؤولية العقدية الا ما ينشأ عن غش او خطأ جسيم .(88)

كذلك الامر بالنسبة للقانون الفرنسي حيث يقصر الشراح جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية على حالات الخطا اليسير دون حالات الخطا الجسيم او الغش فلو كانت مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية عقدية لجاز الاتفاق . وفقا لما تقضي به النصوص المذكورة على الاعفاء منها مع ان القانون في كل من مصر والعراق ابطل كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذه المسؤولية وكذلك الامر في فرنسا على الرغم من افتقاد النص الصريح في هذا الشأن ، حيث ذهب القضاء والفقهاء هناك وبوجه عام الى بطلان الاتفاق على الاعفاء من هذه المسؤولية .(89)

ان المسؤولية لو كانت عقدية حقا وتضمن العقد شرطا جزائيا ووقع التهدم في البناء او ظهور العيب فيه بعد الانجاز والتسليم ، وطولب المقاول بلزوم التعويض عنه لحكم بالتعويض وفقا لما تضمنه الشرط الجزائي مع ملاحظة مانصت عليه الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (170) من القانون المدني العراقي ويقابلها في القانون المدني المصري ( 224-225) اما مطالبة المقاول والمهندس بمقتضى الشرط الجزائي فامر غير وارد لان الشرط الجزائي تعويض متفق عليه مسبقا بين المقاول ورب العمل ويمكن المطالبة به عند اخلال المقاول والمهندس بالتزاماتهما العقدية اما والعقد قد انتهى والتسليم قد تم ، فلم يبق مجال للمطالبة به الامر الذي يدل على ان هذه المسؤولية ليست عقدية .

راي بعض الفقهاء ان المدة التي يبقى المقاول والمهندس خلالها مسؤولين عن وقوع التهدم الكلي او الجزئي او ظهور العيب في المباني او المنشآت الثابتة بعد الانجاز والتسليم والتي نصت عليه كثير من التشريعات ، ليست مدة تقاوم ولا مدة سقوط وانما هي مدة تجربة لاختبار متانة البناء وصلابته.(90) ولذلك فانها تسري حتى على ناقص الاهلية .(91)

وهو راي يفند القول بان المسؤولية للمقاول والمهندس مسؤولية عقدية لانها مسائلة ناقص الاهلية غير ممكنة في دائرتها .

88 - السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، فقرة رقم 438 ، ص 756 ، سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، سنة 1971 ، فقرة 151 ، ص 19 .

89 - السنهوري ، الوسيط ، ج7، ص 141 هامش رقم 4 .

90 - محمد كامل مرسي ، العقود المسماة، ج4، فقرة 602 ، ص 507 .

91 - السنهوري ، الوسيط ، ج7، مصدر سابق فقرة 72 ، ص 134 .

ان انتقال ملكية البناء لشخص اخر عن طريق البيع او الهبة لا يمنع ايا من المشتري او الموهوب له من الرجوع على المقاول او المهندس المعماري لتعويضهما عن الاضرار الناجمة عن التهدم الكلي او الجزئي او العيوب التي تظهر في البناء . اذا حصل التهدم او ظهر العيب خلال المدة المحددة للمسؤولية قانونا، ولو لم ينص صراحة في عقد البيع او الهبة على انتقال هذا الحق اليهما . وهذا ما يذهب اليه الفقه في كل من مصر وفرنسا .<sup>(92)</sup>

### الاتجاه الثالث: مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية عقدية قررها القانون

اذا كانت المسؤولية العقدية تقتضي انقضاء الالتزامات المتولدة عن العقد عند تنفيذه الا ان المشرع تدخل وخرق المبدأ العام في دائرة مقاولات البناء والتي كان يجب عدها منتهية وفقا للقواعد العامة ولكن بهذا التدخل من المشرع الذي اعتبرها في حالة امتداد . ولمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ التسليم ولو لم يتدخل المشرع لمد هذه المسؤولية للمدة التي حددها القانون لعدت منتهية .

اما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب نفسه في بعض احكامه وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية في قرارها ان المقاول يكون مسؤولا عن اية خسارة في البناء بمقتضى نص المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي والذي لا يطبق الا على الاشخاص المرتبطين مباشرة برب العمل بعقد .<sup>(93)</sup> ويذهب الفقه من مصر الى ان القانون مد ضمان المقاول والمهندس الى ما بعد تسليم المباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاوله من انقضاء الالتزام بالضمان وتسليم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها .<sup>(94)</sup> وليس للمالك ان يطلب في الاحوال كلها الاصلاح العيني لان الامر ليس متعلقا بتنفيذ الالتزام التعاقدية .<sup>(95)</sup> وقد قضت المحكمة المصرية بان عقد استئجار الصانع لعمل معين بالمقاوله على العمل كله او باجرة معينة على حساب الزمن الذي يعمل فيه او العمل الذي يقوم له يعد بحسب الاصل منتهيا بانقضاء المقاوله ويمكن القول انه تعبير يضع هذه المسؤولية بانها مسؤولية قانونية ناشئة عن القانون مباشرة . وذلك لان القانون عندما يرتب بالنص التزاما على الافراد ويطلب منهم وجود تنفيذه

92 - محمد كامل مرسي ، المصدر السابق، فقرة 604، ص509، توفيق حسن فرج في مذكرات كلية الهندسة عام 1958 ص 37 نقلا عن محمد لبيب شنب شرح احكام عقد المقاوله مصدر سابق فقرة 119 ، ص 141 .

93 - موريس اندري فلاك وجاك لوياف ، في عقد المقاوله- بروكسل ، 1966 فقرة 603 ، ص 337 ، نقلا عن محمد جابر النوري ، المقاول والمهندس ، ص 120 هامش رقم 239 .

94 - محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، فقرة 594 ، ص 496 .

95 - محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، فقرة 595 ، ص 497 .

والقيام به ، يعد المصدر المباشر لهذا الالتزام سواء تعلق الالتزام بعقد المقاول بالذات او باي عقد اخر غيره او باية مصلحة يرى المشرع لزاما عليه التقدم لحمايتها بنص صريح يضعه .

ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا .(96) الى القول بانه مادام العقد الذي يربط المقاول برب العمل قد انتهى بالتسليم ، ومادام تسليم العمل يسقط العيوب جميعا التي تظهر في البناء فيما بعد ، فان التزام المقاول بضمان هذه العيوب ليس مصدره العقد الذي انتهى بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه ، وانما هو التزام قانوني اوجبه القانون رعاية لرب العمل نظرا لخطورة المباني والمنشآت الاخرى ، ووجوب اختبار صلابتها ومتانتها مدة من الزمن .(97) ان القانون قد يكون مصدرا مباشرا لبعض الالتزامات التي تكفل بتعيينها وتحديد نطاقها ورسم مداها وترتيب احكامها دون ان يكون بالامكان ردها مباشرة الى أي مصدر من مصادر القانون الاخرى .(98) ولذلك لا تسري على هذه الالتزامات الا احكام النصوص القانونية التي انشأتها المادة ( 245 ) مدني عراقي والمادة ( 198 ) مدني مصري . وعندما ينشأ القانون التزامات يكون هو مصدرها المباشر ويكون مدفوعا بجملة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وسياسية وفنية تقوم اساسا على التضامن الاجتماعي ، مستهدفا من ورائها مصلحة عامة او خاصة جديرة بالرعاية والحماية ونظرا لتقدم العمران وانتشار الحضارة وازدياد تغلغل الهندسة في مرافق الحياة جميعا، وتعددت فروعها وتنوعت مسؤوليتها بالشكل الذي جعل اتصال الهندسة بالقانون ، واعتمادها عليه امرا بالغ الاهمية ، ولذلك اقر القانون مبدا مهما لحماية الاعمال واصحابها والصالح العام بان جعل المهندس والمقاول مسؤولين مسؤولية تامة بالتضامن عن كل خطأ او خلل يصيب المنشآت والاعمال التي يقومون بها لمدة عشر سنوات بعد انتهاء التنفيذ ليجعلهما حريصين غاية الحرص في مراعاة الدقة والالتزام بالقواعد الفنية السليمة وحيث ان المسؤولية هذه قد استحدثها المشرع ابتغاء حماية المصلحة العامة المتمثلة في حفظ المباني من التهدم الكلي والجزئي الذي يصيبها ، او العيوب التي تظهر فيها وابقائها سليمة متينة حفظا لما قد يؤدي انهدامها او تعييبها الى حصول اضرار بالغير من ناحية ، والمحافظة على مالها من نوق وجمال فني من ناحية اخرى كما انها نصرت لحماية رب العمل ايضا الذي كثيرا مايكون جاهلا بامور الفن في البناء خلافا للمقاول والمهندس اللذين يتمتعان بكفاءة ومقدرة فنية عالية في هذا المجال يفتقر اليها رب العمل وقد دفع هذان الاعتباران المشرع الى اقامة هذه المسؤولية الذي تكفل هو بتحديد مداها وترتيب احكامها بحيث لو تركت دون تدخله لما امكن عدها من طبيعة قانونية نظرا لكونها قد تترتب دون

96 - بلانبول وربير ومرواست ، ج11 ، فقرة 945. نقلا عن محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس ، ص 120 هامش 240

97 - السنهوري في الوسيط ، ج7 ، مصدر سابق فقرة 71 ، ص 132 .

98 - عبد المجيد الحكيم في مصادر الالتزام ، فقرة ( 1023 ) ، ص 552 .

قيام خطأ او اهمال من جانب المقاول او المهندس على نحو تم تفصيله سابقا فضلا عن عدم امكانية تاسيسها على فكرة الحراسة التي تبنى عادة على خطأ مفروض غير قابل لاثبات العكس نظرا لتسليم المباني والمنشآت الثابتة الاخرى لرب العمل وانتقال حراستها اليه كما لا يمكن عددها من طبيعة عقدية للاسباب السابقة التي اوردها عن رفض هذا الراي ومناقشة الحجج .

## **الفصل الثاني** **تعديل أحكام الضمان وانتفائه**

تمهيد وتقسيم :-

بعد أن بينا في الفصل الأول مفهوم الضمان وأسبابه وصوره سنشير في هذا الفصل إلى تعديل أحكامه وانتفائه حيث أن تعديل الأحكام الخاصة به يختلف بحسب ما إذا كان الضمان عاما أو خاصا .

وقد ينتفي الضمان المترتب على المقاول والمهندس معا في حالات تشترك في نقطة واحدة وهي عدم نسبة خطأ لهما فقد يصدر خطأ من رب العمل شخصيا أو من الغير أو أن يكون الضرر ناشئا عن قوة قاهرة ولعرض دراسة ما تقدم تفصيلا فسيكون تقسيم هذا الفصل على مبحثين، الأول لتعديل أحكام الضمان. لتعديل أحكام الضمان الخاص والثاني لانتفاء الضمان وعلى النحو التالي.

### **المبحث الأول**

#### **تعديل أحكام الضمان**

سيكون تقسيم هذا المبحث على مطلبين حيث يكون الأول حول تعديل أحكام الضمان العام والذي يكون المطلب الثاني على تعديل أحكام الضمان الخاص .

### **المطلب الأول**

#### **تعديل أحكام الضمان العام**

من خلال النصوص القانونية والواردة في القانون المدني وعلى وجه الخصوص المواد (866 و868) لاحظنا أن المقاول يضمن جودة المادة إذا كان هو الذي قدمها وكذلك يضمن كلما يوجد في العمل من عيوب أو في المواد المقدمة التي تكشف لاحقا والسؤال الذي يثار هو انه هل يمكن تعديل تلك الأحكام؟ للإجابة عن ذلك التساؤل يمكن القول أن صور الاتفاقات المعدلة لتلك المسؤولية أما أن تكون بالتشديد منها أو التخفيف والإعفاء منها وسنخصص فرعا مستقلا .

### **الفرع الأول**

#### **التشديد في أحكام الضمان العام**

من الجائز قانونا تعديل قواعد المسؤولية العقدية بخلاف المسؤولية التقصيرية التي لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو استبعادا أو تخفيفا وان جاز الاتفاق على التشديد فيها.<sup>(99)</sup> فيجوز لرب العمل أن يشترط تأميننا لحقه ، التشديد من مسؤولية المقاول العقدية كان يتحمل المقاول تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وفقا للمادة (1/259) مدني عراقي والمادة (1/217) مدني مصري كما يجوز اشتراط مسؤوليته عن الخطأ التافه الذي يتسامح فيه . وفي نطاق الضمان في عقد المقاولة يجوز التشديد من مسؤولية المقاول كان يتفق رب العمل مع المقاول بأنه أي الأخير يكون مسؤولا عن أي إخلال عما يوجد في العمل من عيوب سواء أكانت ظاهرة أم خفية كما انه يكون ضامنا لأي تعرض أو استحقاق يصدر من الغير وذلك في الحالة التي يقدم فيها المقاول المادة والعمل كما لو ادعى شخص أجنبي بأنه مالكا للمادة التي قدمها المقاول أو أن المقاول له حق عيني عليها وقد يتفقان بان يكون المقاول مسؤولا تجاه رب العمل حتى لو كان سبب أحلاله بالتزامه تجاهه سببا أجنبيا .

### الفرع الثاني

#### التخفيف من الضمان والإعفاء منه

أن اتفاقات تخفيف الضمان وعلى العكس من اتفاقات الإعفاء تتكرر بشكل كبير ، وكثيرا ما يرد في العقود شرط واضح وصريح بالإنقاص من التعويض عند ثبوت وجود عيب وبطبيعة الحال فان مثل هذه الشروط تعد صحيحة في ظل أكثر التشريعات العربية فهي ترد أحيانا في شكل تحديد مبلغ التعويض بنسبه معينة من الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة وجود العيب الخفي ذاته أو ما ينجم عنه من أضرار أو يرد في شكل تحديد مبلغ إجمالي يعد حدا أقصى للتعويض ، فانه لا يجب أن نخلط بين هذه الصورة وبين صورة الشرط الجزائي . فبينما يتم تقدير التعويض في الشرط الجزائي بشكل جزافي ، فان تقدير التعويض بموجب شرط التخفيف من الضمان العيب الخفي لا يمكن أن يتجاوز مقدار الضرر الذي يلحق بالمدين وعلى ذلك فان المبلغ المحدد مسبقا في شروط التخفيف في الضمان ليس إلا حدا أقصى أو سقفا لا يمكن تجاوزه في حساب التعويض . أما الشرط الجزائي فان المدين يلتزم بدفع المبلغ المحدد وبغض النظر عن القيمة الحقيقية للأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام التعاقدية .<sup>(100)</sup> ألا إذا تحققت حالة من الحالات التي أشارت إليها المادة ( 170 ) الفقرة 1، 2 من القانون المدني العراقي حيث يجوز للقاضي زيادة أو تخفيض الشرط الجزائي.

كما أن المحاكم الفرنسية أكدت الاستقلال الكامل للشرط الجزائي عن الضرر كما شايحت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه ، بالقضاء بعدم جواز تعديل الشرط الجزائي ولو كان مبالغاً فيه ، عدا حالة التنفيذ الجزئي.<sup>(101)</sup>

وعلى عكس ذلك تماما كان موقف المشرع العراقي من هذا الشرط بحيث يكون اقرب لهذه الصورة بإمكانية تخفيض هذا الشرط نصت على ذلك المادة (170) بفقرتيها الثانية والثالثة . ولكن من المتفق عليه بان شروط إنقاص ضمان العيب الخفي شروط صحيحة واجبة الاحترام ولا يمكن الطعن بصحتها إلا بإثبات الغش . كما أن هناك أشكالا عديدة غير مباشرة لشروط التخفيف ومن أبرزها ما يعرف باسم شرط تحديد مدة الضمان وشروط قصر الضمان على أصلاح بعض العيوب التي يتفق عليها مسبقا . أما بالنسبة لشروط تحديد مدة الضمان فيكون بان المدين بدلا من أن يحدد الضمان بسقف زمني معين أو بنوع معين من أنواع العيوب فانه قد

99 - د. عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 119

100 - د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج 2 ، ص 174 .

101 - د. محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، المؤسسة الثقافية ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص 187 ، رقم

يسعى إلى الحصول على إعفاء جزئي من الضمان خلال شرط يتناول مدة الضمان . ويكون ذلك من خلال التلاعب بالمدة وهو يتخذ إشكالا مختلفة يهدف من ورائها المدين إلى التخلص من الضمان في اقصر وقت ممكن ومن تلك الصور التي يلجا إليها المدين أن يشترط بدء مدة الضمان ابتداء من تاريخ التعاقد وليس من تاريخ التسليم .

أو أن يضع المدين مددا مختلفة لضممان الأجزاء المختلفة للعمل ، فمن الشائع مثلا عند شراء أجهزة التكييف أن يكون ضمان التشغيل لمدة لا تزيد عن العام بينما يمتد ضمان مضخة الغاز لمدة تزيد على ذلك .<sup>(102)</sup>

أما فيما يتعلق بالإعفاء فقد يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على إعفاء المدين من ضمان العيوب الخفية كما قد تفيد هذه العبارات عدم مسؤولية المدين عن أي عيب يظهر في محل العقد وعلى الرغم من أن هذه الصورة من الاتفاق نادرة ألا أنها ليست مستبعدة ولا تزال التطبيقات العملية تشهد بإمكانية تضمينها بالعقود . وفي حقيقة الأمر فإن هذه الشروط أيا ما كان مداها تعد وفقا للقواعد العامة وما ورد بصريح المواد ( 259 ) مدني عراقي والذي جاء مطابقا لموقف المشرع المصري في المادة (217) شروطا صحيحة واجبة الالتزام ألا أن الصحة ليست مطلقة لأن المشرع قد قيدها بعدم ارتكاب الغش في سبيل أخفاء هذه العيوب كذلك فإن الشروط الصريحة بالإعفاء من ضمان العيوب تعد استثناء على الأصل الذي يلزم بضممان العيوب الخفية لذلك فإن القضاء يلتزم بتفسيرها تفسيراً ضيقاً وفي حدودها ما تسمح به العبارات التي وردت به . وهكذا فإنه إذا لم يرد بالشرط أن الإعفاء من الضمان يشمل في الوقت ذاته العيوب الخفية عند أبرام العقد والذي تطرأ على الشيء بعد أبرام العقد فإن القضاء يقتصر في تطبيق شرط الإعفاء على العيوب الأولى دون الأخيرة ، ذلك أن القضاء ، حينما يعمد إلى تفسير بنود العقد فهو يلتزم بالقواعد العامة في التفسير والتي تجعل القاضي يفسر البند في ضوء اتجاه نية المتعاقدين إلى تحديد حالة الشيء وقت إبرام العقد .<sup>(103)</sup>

## المطلب الثاني

### تعديل أحكام الضمان الخاص

لاحظنا سابقاً أن المسؤولية بالنسبة للضمان الخاص تعد مسؤولية قانونية قائمة بذاتها مستقلة بإحكامها عن المسؤولية العقدية وهي تنشأ مباشرة عن نص القانون وحده و تطبق عليها أحكام النصوص التي أنشأتها وبالتالي فهي مسؤولية استثنائية وسنقسم هذا المبحث على مطلبين يكون الأول إمكانية تشديد الضمان الخاص والثاني حول التخفيف من الضمان الخاص أو الإعفاء منه وعلى الآتي .

### الفرع الأول

#### تشديد أحكام الضمان الخاص

أن عد مسؤولية المقاول والمهندس المعماري من النظام العام وبمسوغ واضح وذلك أن تهدم المباني لا يصيب رب العمل فقط بالضرر بل يؤدي إلى كوارث تصيب الغير في الأرواح والأموال وأنه وفقاً لكل ذلك فإن المشرع أجاز الاتفاق على أن تكون مسؤولية المهندس المعماري والمقاول أشد من المسؤولية التي تقرها المادة ( 780 ) مدني عراقي وكذلك المادة ( 651 ) مدني مصري كانا يتفقان على ضمان سلامة البناء لمدة أطول من عشر سنوات أو على الالتزام بتعويض كل الأضرار الناشئة من التهدم أو العيب ولو كانت غير متوقعة بل ويجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول تبعه التهدم الناجم عن الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .

102 - د. حسن عبد الباسط جمعي ، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية ، مصدر سابق ، ص 58 .

103 - د. احمد شوقي عبد الرحمن ، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ، 1983 ، ص 109 . دكتور سعد جبر الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص 83 .

فليس من شك في صحة الاتفاقات التي تشدد من المسؤولية بالنسبة للمقاول والمهندس المعماري فمثل هذه الاتفاقات جائزة طبقاً للقواعد العامة نفسها التي تحتم هذه المسؤولية، وتكون صحتها من باب أولى فيما يتعلق بالضمان العشري أو الضمانات الخاصة بوجه عام، ما دام أن تشييد المباني على النحو السليم أمر يتصل بالحفاظ على الثروة الوطنية. وروح النصوص المنظمة لمسؤولية المشيدين في كل من مصر وفرنسا تنطبق مع نية واضعها لكي تجعل منها الحد الأدنى لما يجب أن تكون عليه مسؤولية المهندس والمقاول.<sup>(104)</sup> وبذلك يكون من الجائز على سبيل المثال. مد الضمان إلى خارج النطاق المحدد له قانوناً، كما يجيز بعضهم الاتفاق على أن يكون المهندس ضامناً (أو كفيلاً) للمقاول، كما يجيز بعضهم الاتفاق المبرم بين المقاول ورب العمل بأن يتحمل المقاول وحده العبء المحتمل للمسؤولية العشرية، بصفته في أن واحد مقاول ومهندس. أما بشأن ضمان سلامة البناء لمدة أطول من عشر سنوات فإنه جائز لأن العلاقة بين رب العمل تعد من جهة وبين المقاول والمهندس من جهة أخرى علاقة غير متكافئة ذلك لأن رب العمل يعد جاهلاً بأمور الفن في الغالب إذا قورن بالمقاول أو المهندس صاحبي الكفاءة الفنية العالية بأمور البناء.

أن هذه المسؤولية قد شدد عليها القانون بامتداد الضمان بعد التسليم والبقاء عليه مدة من الزمن هي في الكثير من التشريعات عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم رب العمل ومن الملاحظ على ذلك التشديد أنه أراد أن يكون المقاول والمهندس مسؤولاً عن أي عيب أو تدهم يصيب البناء حتى وإن كان راجعاً إلى طبيعة الأرض أو كان المالك أذن في إنشاء أبنية معينة. ومن ذلك التشديد أيضاً ما نصت عليه المادة (2/871) من القانون المدني العراقي "وإذا كان من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية".<sup>(105)</sup> أن المشرع العراقي بمقتضى هذا النص فرض التضامن على شخصين هما المقاول والمهندس المعماري على الرغم من أن لكل منهما عملاً متميزاً عن الآخر. ويكونان متضامنين في المسؤولية أمام رب العمل لكل ما يحدث من تدهم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى خلال عشرة سنوات من تمام العمل وتسليمه حتى لو كان التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض نفسها أو كان رب العمل قد أجاز المنشآت.<sup>(106)</sup> ولكن شرط التضامن بين المهندس المعماري والمقاول أن يكون كل منهما مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب فإذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم فقط دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ أو عمل المقاول بإشراف المهندس المعماري بأن لا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم فلا مجال لتطبيق المسؤولية التضامنية عليها.<sup>(107)</sup> وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز في قرارها "أن المقاول يسأل عن الأضرار الحاصلة في العمل نتيجة التنفيذ لا التصميم ولا يعفيه من المسؤولية ظهور هذه الأضرار بعد التسليم العمل مادامت العيوب خفية وقد أقام الدعوى ضمن المدة القانونية".<sup>(108)</sup> ومن الملاحظ أن نص المادة (2/871) مدني عراقي يعد نصاً ذا أهمية كبيرة إذ يؤدي إلى زيادة الشعور بالمسؤولية من جانب المهندس المعماري والمقاول مما يؤدي إلى زيادة رقابة كل منهما على الآخر مما يوفر في النهاية فرصة أكبر للخروج بالمباني بصورة جيدة تزيد في المحافظة على أرواح العامة وممتلكاتهم إلى جانب ضمان حق صاحب البناء نفسه.<sup>(109)</sup>

104 - د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء، مصدر سابق، ص 317.  
 105 - وتقبلها المادة (561) مدني مصري، والمادة (650) ليبي، والمادة (544) مدني جزائري والمادة (2270) مدني فرنسي والمادة (668) مدني لبناني والمادة (617) مدني سوري.  
 106 - المادة (1/870) مدني عراقي.  
 107 - انظر د. حسن علي ذنون، المبسوط، ج 2، الخطأ، مطبعة العزة، 2001، ص 693، ص 620. ويشترط لكي يتحقق ضمان المهندس المعماري والمقاول توافر شروط معينة وهي أن يكون العقد الذي يربط رب العمل بالمهندس المعماري أو المقاول هو عقد مقاول.  
 108 - قرار محكمة التمييز، رقم 761 في 1/9/1984، النشرة القضائية، السنة الرابعة، العدد الثاني، ص 152.  
 109 - غني ريسان جادر، تعدد المسؤولين دائرة في ضمان حق المتضرر دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، 2007، ص 74.

وان المشرع قد أقام التضامن حتى في حالة موافقة رب العمل على إقامة المنشآت المعيبة وهذا ما نصت عليه المادة (1/870) مدني عراقي " يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات ، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت أتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان " .

مما يعني أن التضامن في هذه الحالة ليس حماية رب العمل فقط وإنما لحماية الصالح العام أيضاً إذ يكون كل من المهندس المعماري والمقاول رقيباً على عمل الآخر ، وعليه لا يجوز أن يقتصر الضمان على ما يحدث في البناء من تهدم كلي أو جزئي دون ضمان ما قد يحدث فيه من عيوب تؤدي إلى المساس بمتانة البناء وسلامته.

### الفرع الثاني

#### التخفيف والإعفاء من الضمان الخاص

لقد حسمت المادة (870) مدني عراقي بفقرتها الأولى هذا الموضوع حيث نصت على " يكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان " ويتبين لنا من هذا النص أن المشرع العراقي جعل هذه المسؤولية من النظام العام فمنع بنص صريح كل شرط يقصد من ورائه الإعفاء أو الحد منها .

ويتضح من ذلك أن المسؤولية العقدية التي تقضي قواعدها العامة بجواز الاتفاق على الإعفاء منها ألا ما ينشأ عن غش أو خطأ جسيم ، تختلف اختلافاً ملحوظاً عن الأحكام المقررة لمسؤولية المقاول والمهندس عن تهدم المباني التي يشيدانها والمنشآت الثابتة الأخرى التي يقيماتها أو ظهور العيوب فيها بعد الانجاز والتسليم .

وكذلك القانون المدني المصري نص في المادة (653) منه على ما يلي " يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " وبموجب هذا النص ، تعد مسؤولية المقاول والمهندس من النظام العام بحيث لا يجوز لهما التخلص من المسؤولية بان يضمنوا عقودهم نصوصاً تعفيهما منها وقد قيل دفاعاً عن هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ المصري عندما اعترض عليه ( .. انه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسؤولية ، المراد بالمادة حماية طبقة لا تفهم مسائل البناء ) .<sup>(110)</sup>

وقد منع القانون الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية لحماية لرب العمل الذي يجهل في أصول البناء وفنه من ناحية ، وحماية للمصلحة العامة التي توجب حماية المباني من التهدم والعيوب ، والإبقاء على هذه المباني على نحو ما أريد منها من ذوق وجمال فني من ناحية أخرى . وكما لاحظنا أن نصوص المواد صريحة في تحريم الاتفاقات التي تحد أي تخفيف من المسؤولية فضلاً عن الاتفاقات المعفية منها . وعلى ذلك يقع باطلاً كل اتفاق يقصد به حرمان رب العمل كلية من الرجوع على المهندس والمقاول في حالة تهدم أو وجود عيب ، كما يبطل الاتفاق على أن ضمان المهندس والمقاول يقتصر على التهدم الكلي دون التهدم الجزئي أو وجود عيب أو انه لا يحق لرب العمل أن يرجع بالضمان إلا على المقاول دون المهندس . كذلك لا يجوز الاتفاق على نقص مدة الضمان بجعلها اقل من عشر سنوات .<sup>(111)</sup> لان مثل هذا الاتفاق يعد حداً من الضمان ويبطل بصريح النص ، ولكن ذلك لا يحول دون اقتصار الضمان على مدة

110 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 5 ، ص 30 ، نقلاً عن د. محمد شكري سرور .مسؤولية مقاولي وهندسي البناء ، مصدر سابق ، ص 76 .  
111 - ثروت انيس ، مصدر سابق ، ص 18 .

أقل إذا كان المتعاقدان أرادا أن تبقى المنشآت مدة أقل من عشر سنوات ولا يكفي لذلك مجرد النص في عقد المقاولة على مدة للضمان أقل من المدة التي يحددها القانون بل يجب أن يتبين من الغرض الذي قصده المتعاقدان بإقامة البناء إنهما أرادا أن يبقى لمدة أقل من عشر سنوات.<sup>(112)</sup> غير أن تعلق مسؤولية المهندس والمقاول بالنظام العام ، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها مقدما ، لا يمنع من التصالح عليها بعد حصول التهدم أو وجود العيب ولا من نزول رب العمل عن حقه في الضمان . وهذا النزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، ومن صور النزول الضمني ، أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقي اجر المهندس أو المقاول دون تحفظ أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون أن يثبت حالته على الرغم من انه لم يكن مستعجلا .<sup>(113)</sup>

## المبحث الثاني

### انتفاء الضمان

في هذا المبحث سنتناول انتفاء الضمان وسيكون على ثلاثة مطالب يكون المطلب الأول لخطأ رب العمل وسيكون المطلب الثاني للقوة القاهرة أما المطلب الثالث والأخير سيكون لفعل الغير

### المطلب الأول

#### خطأ رب العمل

أن خطأ رب العمل يعد سبباً أجنبياً ينفي رابطة السببية بين التهدم في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى أو العيوب التي تظهر منها وبين نشاط كل من المقاول والمهندس إذا انفردا بتسبب الضرر الناتج عن التهدم أو العيوب ومثال ذلك أن يتسلم المقاول أو المهندس مواداً من الاسمنت أو الجص من رب العمل لغرض استعمالها في البناء ، وبعد فحصها يتبين أنها صالحة للعمل وغير معيبة وفي غياب كل من المقاول والمهندس وبدون علمهما يقوم رب العمل بخلط كمية من الاسمنت من نوع رديء أو فيه نسبة عالية من الأملاح أو يخلط كمية من الجص من نوع رديء غير صالح مع الكمية المسلمة غالى المقاول ، ويؤدي ذلك إلى حصول التهدم في البناء أو ظهور العيب فيه فإذا استطاع المقاول أو المهندس إثبات هذا الخطأ من جانب رب العمل انتفت المسؤولية عنهما ، وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه (( .. أن المميز (رب العمل) قد استعمل الأحواض دون أن يتخذ الحيطة الكافية من سد منافذ الفلنجات وربط الأنابيب بصورة صحيحة ، وان هذا الاستعمال المعيب من قبله للمشروع هو الذي أدى إلى هذا التهدم والتشققات وازديادها بمرور الزمن حسب ما ورد بتقرير الخبراء ، ولما كان استعمال أبنية المشروع بصورة معيبة وغير صحيحة أمر خارج عن إرادة المميز عليه(المقاول) فانه لا يكون

112 - د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، مصدر سابق ، ص 186 .

113 - محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 187 .

مسؤولاً عما أدى إليه من نتائج ، إذ أن المسؤولية في هذه الحالة تكون على من قام بالفعل مباشرة أو تسبب في الضرر...)(114) كما قضت .

ويشترط لتحميل رب العمل كامل المسؤولية ونفيها عن المقاول والمهندس أن لا يقع خطأ من لدنهما يسهم مع خطأ رب العمل في حصول التهدم أو ظهور العيب أما إذا صدر منهما خطأ فأن مسؤولية لكل منهما لا تنتفي بسبب وجود خطأ من جانب رب العمل ، وإنما تتوزع المسؤولية على الطرفين كل حسب جسامة خطئه لنشوء الضرر عن خطأ مشترك (2) ، وهذا ما يؤدي إلى نقص في التعويض المطالب به من لدن رب العمل ومثل ذلك أن يقوم رب العمل بخلط نسبة كبيرة من الرمل مع الاسمنت المستعمل في البناء دون علم المقاول أو المهندس وهذا خطأ من جانبه ويقوم المقاول باستعمال جص ممطور في البناء يسمح به المهندس المشرف وهذا خطأ من جانبها ، ويتظاهر الخطان في إحداث التهدم أو ظهور العيب في المبنى الذي تتوزع المسؤولية عنه من ناحية وبين المقاول والمهندس من ناحية أخرى وتلك الأحكام تضمنها القانون المدني العراقي ضمن الأحكام المشتركة للإعمال غير المشروعة حيث أشارت المادة (210) مدني عراقي إليها فقد نصت " يجوز للمحكمة أن تنقض مقدار التعويض أو أن لا يحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوء مركز المدين.(115) وقد سار القضاء العراقي على النهج ذاته أي طابق موقف المشرع في ذلك إذ صدرت العديد من الأحكام القضائية التي تؤكد على توزيع المسؤولية بين الدائن والمدين عندما يشتركان في أحداث الضرر فتكون أمام خطأ مشترك. فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز ( إذا ساهم المضرور في أحداث الضرر فللمحكمة ان تنقض مقدار التعويض أو أن لا تحكم بتعويض ).(116) وقد قضى في فرنسا بأن المهندس المعماري لا يلتزم فقط بالإشراف على أعمال البناء ، بل على المكان الذي يجري فيه العمل ، وانه يرتكب خطأ إذا لم يخطر رب العمل بالإخطار الناشئة عن وجود بضائع مكدسة في مكان العمل ولم يطلب منه رفعها أو تقوية مضخات الحريق (117) ويكون المهندس مسؤولاً عن الأضرار الناشئة عن ذلك على الرغم من خطأ رب العمل الذي لم يرفع هذه البضائع(118) أما إذا كان التهدم في البناء أو ظهور العيب فيه ، يرجع إلى عيب في التصميم قد وضعه رب العمل نفسه وقبله المقاول ولم يكن في وسع المقاول اكتشاف ما

114- قرار محكمة تمييز العراق رقم 8 ، استئنافية ، بتاريخ 1971/5/6 منشور في النشرة القضائية العدد الثاني - السنة الثانية - تشرين الثاني - 1972 ص166

115 - يقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة (216).

116 - قرار محكمة التمييز (148) ، مادة 2 ، 75 ، في 1975/6/5 ، يشير إليه إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص475 . وبالمعنى نفسه قرار محكمة التمييز 1246 ، المميز به في 75 ، 8 ، 1974 ، النشرة القضائية العدد الثالث السنة الخامسة ، 1974 ، ص 273 .

117- عرائض 22 ابريل 1940 - دالوز الأسبوعي 1940 ، 149 نقلاً عن محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في

مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، مصدر سابق، ص 264

118- محمد لبيب شنب - مصدر سابق - فقرة 114 ، ص131

فيه من عيب ، وتم البناء وفق ذلك التصميم ، وتهدم أو ظهور العيب فيه بعد الانجاز والتسليم واستطاع المقاول أن يثبت عدم اكتشافه العيب ابتداء واثبت أن التهدم أو العيب يرجع إلى ذلك التصميم فان المسؤولية تنتفي عنه وهذا ما اتفق عليه الفقه في كل من فرنسا ومصر (119) أما إذا كان في وسع المقاول كشف ما في التصميم من عيب ، ومع ذلك قبله ، فانه يتحمل وحده مسؤولية التهدم الذي يحصل في البناء أو العيب الذي يظهر فيه ولا يشترك معه رب العمل في المسؤولية ، خلافاً لما ذكره العلامة السنهوري والحكم فيما لو اشترك رب العمل مع المقاول في الرأي في تنفيذ العمل ، وكان فيه مخالفة لأصول الفن المعماري ، ولذلك قضي في مصر بان اشترك المالك مع المقاول في الرأي أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن ترفع مسؤولية المقاول .(120)

أما لو احضر رب العمل المواد التي استخدمت في البناء وكانت معيبة وتسلمها المقاول أو المهندس ، فعليهما رفضها بإصرار وعدم السماح لرب العمل باستخدامها في البناء دون الاكتفاء بتنبية رب العمل من لدنهما إلى عيوب هذه المواد ، فالمسؤولية تبقى على عاتقهما دون أن تنتفي في هذه الحالة ، ولا يمكن عد الضرر ناشئاً عن خطأ مشترك تتوزع المسؤولية بسببه على كل من الطرفين كما يقول بعض الفقهاء (121) ذلك لان نص المادة 870 المعدلة في القانون المدني العراقي صريح في هذا الشأن حيث جاء فيه (.. وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً عن عيب في العارض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ..) وجاء نص المادة 651 من القانون المدني المصري مشتملاً على العبارة عينها، وقد اخذ النصاب بالحسبان ما يتمتع به المقاول والمهندس من خبرة عالية في فن البناء يفتقر إليها رب العمل في الغالب الذي يفترض فيه الجهل بهذا الفن ولذلك فان تدخله في إقامة المنشآت لا يعفي المقاول أو المهندس من المسؤولية ، ألا إذا كان رب العمل يتمتع بكفاءة فنية عالية في أمور البناء تفوق خبرة المهندس المعماري أو المقاول اللذين تعاقدا معهما ، أما إذا تمتع بهذه الكفاءة العالية عد الضرر ناشئاً عن خطئه وتحمل المسؤولية وحده لأن إذعان المقاول أو المهندس لمشيئته لا يعد خطأ يوجب مسؤوليتهما وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية في قرار لها (.. ألا انه مع ذلك إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم ، فأصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق في البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول ، فأن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحال لا يجعله مسؤولاً عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم إذ الضرر يكون راجعاً

119- بودي وفال ، الجزء 2 ، فقرة 3950 ص 1110 ، بلاينول وريبير ج11، فقرة 956 ، اويري ورواسمان . ج 5 ، فقرة 374 ، ص 410-411 ، السنهوري في الوسيط ، ج7 ، فقرة 74 ، ص 138 ، نقلاً عن محمد جابر الدوري ، مصدر سابق ، ص 264 .

120 - حكم مصري وطني ، استئناف مايو ، 1927 ، المجموعة الرسمية 29 ، رقم 12 ، ص 25 .

121- محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة 1145 ص 410-411 والسنهوري في الوسيط ج7، مصدر سابق ، فقرة 74 ، ص 137 .

إلى خطأ رب العمل وحده فيه فيتحمل المسؤولية كاملة ، ولما كانت البلدية بمهندسيها ومن انتدبتهم من المهندسين في مركز المتفوق خبرة وفقاً بالنسبة للمطعون ضده ، وكان الثابت في تعزيزات الحكم المطعون فيه ، أنها هي التي أمرت المقاول بتنفيذ التصميم الذي وضعه على الرغم من تنبيه المقاول لها بوجود عيب في ذلك التصميم وقد تسبب الضرر المدعى به عن هذا العيب فإن المقاول لا يسأل عن هذا الضرر ....الخ)(122).

وقد ميز الأستاذ الدكتور السنهوري في هذا الصدد وعندما لا يكون رب العمل متفوقاً في الكفاءة الفنية بين حالتين أولهما أن يفرض رب العمل مواصفات معيبة أو يقدم مواد غير صالحة لاستخدامها في البناء ، فيقبل المقاول أو المهندس ذلك وكان العيب فيما يمكن كشفه من لدهما وتنبه رب العمل إليه ، وفيها يكون كل من رب العمل والمقاول أو المهندس مخطئاً وتتنوع عليهم المسؤولية كلاً بنسبة خطئه ما لم يجب خطأ احدهم خطأ الآخر لينفرد وحده بالمسؤولية .  
وثانيهما أن يجيز رب العمل إقامة البناء وفقاً للمواصفات المعيبة التي يضعها المهندس أو المقاول وعندئذ يكون المقاول والمهندس مسؤولين وحدهما عن الضرر دون رب العمل الذي لم يفعل شيئاً غير أجازة الخطأ وإجازته لا يعتمد بها لأن المفروض فيه أن يكون غير فني ، وذلك استناداً إلى نص المادة 651 من القانون المدني المصري يقابلها نص المادة 870 المعدلة من القانون المدني العراقي .

والرأي هنا أن المسؤولية في الحالتين على عاتق المقاول والمهندس دون أن يشاركهما فيها رب العمل الجاهل بأمر الفن في البناء ، من المهندس أو المقاول اللذين يتمتعان بكفاءة فنية عالية يفتقر إليها رب العمل في الغالب كما أسلفنا أما القول أن المقاول والمهندس إذا كانا قد نبها رب العمل إلى ما في المواصفات من نقص أو ما في المواد من عيوب ، ولكنه أصر على المضي في العمل وفقاً لهذه المواصفات أو باستخدام هذه المواد ، وأذعن المقاول والمهندس لمشيتته فإن الآخرين يعدان مخطئين ، ولا يجب خطؤهما خطأ رب العمل بل تتوزع المسؤولية عليهم جميعاً ، كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (123) وتجري عليه بعض أحكام المحاكم الفرنسية والمحاكم المصرية (124).

أن القول المتقدم بعيد عن الصواب ، فرب العمل في ما تقدم لا يعد مخطئاً لأنه يجهل أمور الفن في البناء والتنبيه عليه من لدن المقاول أو المهندس لا يكفي لعهده مخطأ ويشارك في تحمل قسط من المسؤولية ، لان القانون اوجب على المقاول والمهندس وحدهما رفض تنفيذ

122- نقض مصري - مجموعة الأحكام - الطعن رقم 440 لسنة 31 القضائية الصادرة بجلسة 8 ديسمبر 1966 - لسنة 17 - قاعدة رقم 264 ص 1836

123- محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة 114 ، ص 138

124- الاسكندرية الابتدائية 18 ابريل 1906 المجموعة الرسمية 1907 64-133 مصر الابتدائية مايو 1927 المجموعة الرسمية 1929-12-25 استئناف مصر نوفمبر 1935 - المحاماة 16 - 338-702

العمل في هذه الحالة حتى لو أصر رب العمل على ذلك ومع ذلك ، فأن لمقاولات (الإشغال العامة) المتعاقد فيها مع الحكومة حكم آخر حيث يعد تدخل الإدارة في أعمال المقاول فيها سبباً لتخفيف المسؤولية أو محوها ، متى نبه المقاول الإدارة إلى الإضرار التي تنجم عن تنفيذه للتعليمات التي تصدرها له .

وجدير بالذكر أن رب العمل إذا اشترط ألا يجري المقاول أي تعديل بغير موافقة المهندس المقام من لدنه ، وان لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التي قدمها فأن هذا لا يعد تدخلاً من لدن رب العمل يجعل الإدارة في يده ويعفي المقاول من مسؤوليته والسبب في ذلك أن المقاول مستقل في عمله غير خاضع لأوامر المهندس المشرف ورغبات رب العمل ولاسيما إذا كانت أوامر المهندس أو طلب رب العمل تخالف الأصول الفنية في البناء ، وبعد هذا الشرط من قبل الاحتياجات التي يتخذها رب العمل للثبوت من تنفيذ شروط العقد .

## المطلب الثاني القوة القاهرة

اختلفت التعريفات للقوة القاهرة بين الفقهاء ، والقضاء ، ولكنها تنتهي إلى مفهوم واحد ، بأنها هي تعرقل تنفيذ العقد بعد إبرامه دون دخل لإرادة المدين وقد عرفها بعضهم بأنها كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني ، وحتى أن أمكن توقعه فإنه يستعصي المقاومة .<sup>(125)</sup> ويختصر بعضهم في تعريفها بقوله " هي ظروف تسمح للمتعرض لها أن يعدل عن تنفيذ التزاماته في حالة وجودها " فهي تشكل عقبة أمام مسؤولية الطرف المتخلف عن تنفيذ الالتزامات وتعلق تنفيذ الالتزام المعني به.<sup>(126)</sup>

وفي تعريف آخر بأنها حادث مفاجئ بعد إبرام العقد وغير منسوب إلى المدين ينشأ عنه استحالة تنفيذ الالتزام .<sup>(127)</sup> وقد أشار بعضهم إلى أن القوة القاهرة ، تختلف عن الحادث المفاجئ ، ويرى أن الحادث الذي لا يمكن مقاومته بعد قوة القاهرة كما أن القوة القاهرة ينتج عنها استحالة تنفيذ الالتزام مطلقاً أما الحادث المفاجئ فينتج عنه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة نسبية .<sup>(128)</sup> كما ذهب البعض إلى أن الحادث المفاجئ مرده أمراً داخلياً كامناً في الشيء ذاته كأنفجار آلة في مصنع وخروج قطار عن الشريط ، أما إذا كان الأمر خارجاً عن الشيء ذاته فيعد قوة القاهرة.<sup>(129)</sup>

والسبب الأجنبي الذي يمكن أن يترتب عليه إعفاء المدين يجب أن يتوافر فيه شرطان الأول أن يكون أمراً غير ممكن التوقع كما يلزم ثانياً أن يكون مستحيل الدفع.

وبذلك هجر فقه القانون الخاص فصلاً قديماً بين تعبيري الحادث المفاجئ والقوة القاهرة حيث كان ينظر إلى الأول على أنه الحدث الذي لا يمكن توقعه ، وإلى الثاني على أنه الحدث الذي لا يمكن دفعه ليستقر على النظر إليهما بحسبانهما تعبيرين متكاملين ، ولا فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لأنهما تعبيران لمعنى واحد مستمدان من الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة فتعبير القوة القاهرة يعني الأمر الذي يقع فيحدث ضرراً لا يمكن تلافيه ، وتعبير الحادث الفجائي يعني الأمر الذي يحصل بصورة غير متوقعة ولم يكن في الحسبان وإذا كان هناك اتجاه في الفقه الفرنسي ذهب إلى القول بأن القوة القاهرة غير الحادث الفجائي إلا أن هذا الاتجاه عارضه الرأي الغالب (130) الذي رأى أنه لا فرق بينهما من حيث المعنى والأثر .

فالتعبيران أدن يدلان على شروط القوة القاهرة التي تستلزم أن تكون غير متوقعة ولا يمكن درء ما ينشأ عنها ولا دخل لإرادة الملتزم في وقوعها بحيث تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً . وقد جاء نص المادة (211) من القانون المدني العراقي قاطعاً في وحدة إثرهما . بما يأتي ( إذا ثبت الشخص بأن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لأيد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة

125 - د. حسن العزاوي ، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، 1979 ، ص 534 .

126 - د. صالح بن بكر الطيار - العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، مركز الدراسات العربي الأوربي ، طبعة 2 ، لسنة 1999 .

127 - د. محسن شفيق ، عقد تسليم مفتاح نموذج من عقود التنمية ، محاضرات على طلبية الدراسات العليا ، 1983 ، ص 86 .

128 - د. عبد الرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة ، بيروت ، ص 90 .

129 - د. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، طبعة 1970 ، ق 1 ، ص 492 .

130 - السنهوري في الوجيز في شرح القانون - نظرية الالتزام 1966 ، فقرة 3365 ، ص 345 ، وعبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، فقرة 841 ، ص 454 .

قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك ) .

و اثبات القوة القاهرة لا يفي خطأ المقاول أو المهندس وإنما تنتفي مسؤوليتهما بسبب قطع علاقة السببية ما بين نشاطهما وبين الضرر اللاحق برب العمل طبقاً لما تقضي به القواعد العامة . أما إذا كان في البناء عيب ثم تهدم هذا البناء بقوة القاهرة دون أن يكون عيب البناء سبباً في تهدمه فلا يجوز لرب العمل رفع دعوى على المقاول والمهندس عن الأضرار التي أصابته من جراء التهدم ، لأن العيب في البناء لم يشارك القوة في أحداث التهدم فالبناء كان سيتهدم بفعل القوة القاهرة حتى ولو لم يكن فيه عيب في الأصل أما إذا شارك العيب القوة القاهرة في جسامه الضرر الحادث بأن جعل الضرر يزيد عما لو كان البناء غير معيب او تسبب في تعويض اقل يتقاضاه رب العمل كأن تحتج شركة التأمين بعيب البناء فتدفع لرب العمل تعويضاً اقل فيجوز لرب العمل الرجوع على المقاول والمهندس بمقدار الضرر الذي أصابه جراء العيب أما في مصر فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 899 منه ( يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد تنشأ عن قوة القاهرة كما لو حصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء أن هذا الخلل قد تنشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجة لم يكن بالإمكان توقعها وقت البناء ) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يلي ( يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة ويستند هذا القضاء على مبادئ أساسين :

الخلل في البناء إذا حصل في خلال عشر سنوات لا يكفي وحده لتقرير المسؤولية بالنسبة للمقاول إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطئه (131) .

تهدم البناء الذي لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض انه راجع لعيب في الصنعة يسأل عنه المقاول (132) .

وهكذا تكون المادة (499) من التقنين المصري المالي والمادة (500) من التقنين السابق قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ من بينها واحدة ليس من السهل دفعها وهي قرينة افتراض خطأ أو إهمال من جانب المقاول إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض ، بل لا يجوز أن نستهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأي الخبراء لإثبات أن المقاول لم يرتكب أي خطأ فني في كشف طبيعة الأرض والتعرف على عيوبها إذا يخشى أن يحابي الخبراء أبناء مهنتهم

131 - استئناف مختلط 21 يونيو سنة 1921 ب 33 ص 371 .

132 - ( استئناف مختلط 24 يونيو سنة 1913 بت 15 ص 359 )

فتفوت بذلك الحماية التي قصدها المشرع ولذلك قيد المشروع الحالات قبول القوة القاهرة كسبب لنفي المسؤولية ، وجعلها قاصرة على الحالة التي يكون ثبوتها قاطعا دون حاجة لأهل الخبرة . ويمتاز هذا النص بميزة التوفيق بين الحلول التي قررتها محكمة الاستئناف المختلطة في بعض الحالات العملية ، من ذلك استبعاد مسؤولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالإسفلت إذا كان العيب الحادث في غطاء الإسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجاري المياه الممتدة في باطن الأرض<sup>(133)</sup> وكذلك استبعاد مسؤولية المقاول الذي استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية بالقطر المصري<sup>(134)</sup>. وفي طائفة أخرى من الأحكام ، قررت محكمة الاستئناف إلغاء مسؤولية تهدم البناء تحت ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول ، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية ، ولاسيما إذا كان البناء منخفضاً بجوار الشارع<sup>(135)</sup> كما أن محكمة الاستئناف رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسؤولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جانب النيل وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام فذكر إلى جانب موقع الأرض حركتها الذاتية ، وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الأتي ( يسقط عن المهندس المعماري والمقاول إذا اثبتا أن تهدم البناء أو العيب الذي ظهر ، يرجع إلى سبب أجنبي لا بد لهما فيه) ووافق مجلس النواب على النص لكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة<sup>(136)</sup> ويقول الأستاذ محمد لبيب شنب انه مادام النص المحذوف لم يكن ألا تطبيقاً للقواعد العامة ، لذلك فان حذفه لا يمنعنا من الأخذ بحكمه<sup>(137)</sup>.

ويتضح من النص الوارد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وما ورد بشأنه في المذكرة الإيضاحية الخاصة به انه قصر قبول القوة القاهرة بوصفها سببا من أسباب انتفاء المسؤولية على الحالة التي تثبت فيها ثبوتها قاطعا دون تدخل أهل الخبرة مخافة محاباة أبناء مهنتهم فتفوت الحماية التي قصدها المشروع من وراء وضع النص ، كما يتضح منه انه يشترط لعد سبب التهدم أو ظهور العيوب قوة القاهرة أن لا يكون راجعا إلى المقاول أو المهندس حتى لو كانا قد اتخذا الاحتياطات جميعا ومهما بذلا من عناية حتى لو فاقت عناية الرجل المعتاد ، سواء في وضع التصميم أو بالإشراف على العمل ، أو في القيام بعملية البناء ذاتها ، وذلك لان التزامهما التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية ، كما يشترط فيه الدفع مرتبة افتراض الخطأ والإهمال من جانب المقاول أن لا يرجع إلى موقع الأرض أو حركتها الذاتية . ولذلك

<sup>133</sup> استئناف مختلط 28 مارس سنة 1901 ب 13 ص 221.

<sup>134</sup> استئناف مختلط 2 يونيو سنة 1921 ب 33 ص 371.

<sup>135</sup> ( استئناف مختلط 24 يونيو سنة 1903 ب 15 ص 358 ، 22 يناير سنة 1914 ب 16 ص 169 ) .

<sup>136</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 5 ، ص 25-26 في الهامش ، نقلا عن السنهوري في الوسيط ، ج 7 فقرة (135-136)

<sup>137</sup> محمد لبيب شنب - مصدر سابق ، ص 835 هامش رقم 1

استبعدت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر مسؤولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالإسفلت لان الضرر لم يكن راجعا إلى موقع الأرض ولا إلى حركتها الذاتية وإنما كان السبب في مجاري المياه الممتدة في باطن الأرض التي انفجرت فأحدثت هبوط الشارع الذي أدى إلى تواجد العيب في غطاء الإسفلت وقد عدت المحكمة المذكورة ذلك قوة قاهرة تنفي مسؤولية المقاول عن هذا العيب ، كما ذهبت هذه المحكمة إلى تحميل المقاول مسؤولية هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل ، فكان على المقاول أن يتخذ ما يلزم لمنع وقوع الضرر ليفلت من المسؤولية عن تعويضه ، وفضت أيضا بان تقلب الجو تقلبا معتادا من شأنه أحداث تمدد أو تقلص في البناء لا تعد قوة قاهرة تنفي مسؤولية المقاول (138). ويشترط كذلك لعهده قوة قاهرة أن يكون من المستحيل كشفه وفقا للقواعد الفنية إذا كان راجعا إلى عيب في الأرض وقد أيد الفقه المصري هذا الاتجاه(139)

أما في العراق فان المادة 425 من القانون المدني العراقي التي وردت في الباب المعقود لانقضاء الالتزام نصت على ما يلي (( ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه )) . وعليه وحيث أن الالتزام المقصود في نص المادة المذكورة هو أي التزام سواء نشأ عن عقد أو عن إرادة منفردة أو فعل غير مشروع أو كسب بلا سبب أو نص في القانون فانه ينقضي باستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا بد للملتزم فيه ، وكذلك يمكن القول انه بالاستناد إلى النص المادة المشار إليها . فان أيا من المقاول أو المهندس إذا استطاعا أن يثبتا أن التهدم الحاصل في المباني التي ينشأ عنها أو المنشآت الثابتة التي يقيماتها أو العيوب التي تظهر في هذه المباني والمنشآت الثابتة قد نشأت عن سبب أجنبي كقوة قاهرة أدت إلى حصول التهدم في البناء أو ظهور العيب فيه ، فان المقاول أو المهندس لا يكونان مسؤولين عن ضمان إعادة بناء ما تهدم من البناء أو إصلاح ما ظهر فيه من العيب .

كما أن الرجوع إلى أهل الخبرة في حالة قبول القوة القاهرة كسبب لانتفاء المسؤولية قد ينطوي على فائدة لان محاباتهم أبناء مهنتهم من المقاولين والمهندسين ليست يقينية ويمكن التحرز فيها من لدن المحكمة ، لذلك يمكن القول أن اقتصار قبول القوة القاهرة كسبب مسقط للمسؤولية على الحالة التي يكون فيها ثبوتها قاطعا دون حاجة لأهل الخبرة غير وارد بمقتضى أحكام القانون المدني العراقي ، أما ما اقره الفقه المصري وما استقر عليه القضاء المصري من شروط لعد سبب التهدم أو العيب قوة قاهرة اشرنا إليها قبل قليل ، فلا يوجد حائل قانوني يحول دون الأخذ بها في العراق لرسم حدود تواجد القوة القاهرة .

138 استئناف مختلط 4 نوفمبر سنة 1937 م 50 ص 8

139 محمد لبيب شنب - المصدر السابق ، فقرة 113 ص 136-137 ويشير في ذلك إلى توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 36 ، وثروت انيس الأسيوطي ، مصدر سابق ، ص 17 ، والسنهوري في الوسيط ، ج 7 ، ص 114 ، هامش رقم 1 .

### المطلب الثالث

#### فعل الغير

تقضي القواعد العامة في المسؤولية العقدية بإعفاء كل من المهندس والمقاول من المسؤولية في مواجهة رب العمل من عدم تنفيذ الالتزام أو تأخر فيه كأي مدين ، إذا ثبت أن هذا يرجع إلى خطأ الغير الذي لا سلطان له عليه كأن يكون مرجعه تأخر المقاول في إنهاء هذه الأعمال مثلاً إلى تأخر من جهة الإدارة في إصدار تصاريح لازمة (140) . وفي خصوص المسؤولية العشرية قد يكون سبب العيب أو الخلل الذي حدث للمبنى أو الذي ظهر فيه خلال مدة الضمان ، هو خطأ من جانب الغير وهذا الأخير قد يكون شخصاً أجنبياً تماماً عن عملية تشييد المبنى الذي حدث به العيب أو الخلل ، وقد يكون ذا صلة بها ، ويدخل في إطار الطائفة الأخيرة المهندس والمقاول بحسبان كل منهما تميزاً في علاقته بالأخر ونعالج هذه الفروض كلاً على حدة .

#### الفرض الأول

خطأ الغير الأجنبي تماماً في عملية التشييد ، خطأ مهندس سابق ، قد يحدث أن يواصل المهندس مهمة مهندس آخر سابق ، ترك العملية أو ابعد عنها وعندئذ يتعين عليه أن يقوم بمراجعتها وتصحيح ما يمكن أن يكون فيها من أخطاء قبل أن يسمح بوضعها موضع التطبيق ويمكن أن يظهر فيها خلال عملية التنفيذ من عيوب أو عدم ملائمة ، كما لو ظهر مثلاً في تصميم الأساسات غير ملائم لطبيعة الأرض ، أو يتعين عليه عندئذ أن يستبدل به التصميم الملائم ، أو كان مسؤولاً في مواجهة رب العمل ، وقد قضي تبعاً لذلك بمسؤوليته عن عيوب التصميمات الذي وضعها زميله السابق ، لكن إذا كانت العملية قد وصلت إلى مرحلة متقدمة بما لا يعد معه بإمكان المهندس الجديد أن يكتشف أو يتدارك ما سبق أن وقع بها من أخطاء فإنه لا يكون بطبيعة الحال مسؤولاً عنها حيث تنسب في الواقع إلى سلفه وخطأ هذا الأخير يشكل بالنسبة له سبباً للإعفاء من المسؤولية .

#### الفرض الثاني

خطأ مورد وصانع (أو المنتج) المواد المعيبة التي استخدمت في البناء فقد يكون مرجع الخلل الموجب للضمان إلى عيب في المواد التي استخدمت في البناء فإذا كان المقاول هو الذي

<sup>140</sup> - انظر - وان لم يكن في خصوص مقاولات بناء وإنما بصدد عقود توريد حكماً في هذا المعنى من محكمة القضاء الإداري في مصر في 1957/3/31 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لسنة 11 ، ص333.

تعهد بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها كما وسبق أن فصلنا ذلك ، و عليه ضمانها لرب العمل م(648) مدني مصري بما يتفرع عليه انه لا يستطيع أن يدفع في مواجهة هذا الأخير بخطأ من ورد إليه هذه المواد أو صنعها ، كذلك لا يستطيع المهندس المكلف بمهمة شاملة أو على الأقل بملاحظة الأعمال أن يدفع في القانون الفرنسي رجوع رب العمل عليه بالمسؤولية العشرية ، بعيوب المواد التي قدمها المقاول لان مهمة الملاحظة تتضمن الالتزام بالتحقق من صلاحية المواد قبل استخدامها ، ألا إذا اثبت خطأ المقاول عند تقديمه المواد المعيبة تتوافر فيه بالنسبة للمهندس خصائص القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع أما في مصر فإن التزامه بموجب صريح نص المادة (651) مدني مصري بأن يضمن لرب العمل متضامين في ذلك هو والمقاول ، العيوب التي تظهر في المبنى خلال السنوات العشر التالية لتسليمه .

ويقول الدكتور محمد شكري سرور (في اعتقادنا بان يتذرع بهذا السبب للتحلل من المسؤولية في مواجهة رب العمل بأي حال وليس في هذا الحل إجحاف بالمهندس الذي يستطيع أن يرجع بما دفع على المقاول كما أن لهذا الأخير أن يرجع عن المورد أو المنتج طبقاً للقواعد العامة في ضمان العيوب كما يعتقد بأنه حتى إذا كانت الموارد المعيشية قد قدمت من جانب رب العمل نفسه فلن يكون من شأن ذلك وحده أن يعف المهندس أو المقاول كلية من المسؤولية إذ عليهما قبل استخدام هذه المواد التحقق من صلاحيتها وألا كانا مشتركين بإهمالها في الأسباب المؤدية إلى الخلل الذي وقع في الأعمال )) .

الفرض الثالث

خطا الفنيين ومكاتب الاستشارات الفنية والهندسية .

أن التطور التشريعي في فرنسا قد انتهى إلى تقنين حلول القضاء في هذا الشأن وإخضاع الفنيين بل وكل من يرتبطون برب العمل بعقد مقاوله لنظام المسؤولية العشرية .

وبديهي انه اذا كان المشيد هو الذي لجا مباشرة إلى الاستعانة بخبرة هؤلاء الفنيين ولو بعد اخذ موافقة رب العمل على مبدأ هذه الاستعانة فانه يكون مسؤولاً في مواجهة هذا الأخير عن الأخطاء التي يرتكبونها فالأمر هنا يتعلق في الحقيقة بمقاوله من الباطن ومن المبادئ المسلم بها أن المقاول الأصلي يضمن لرب العمل أخطاء مقاوليه من الباطن , ويستند إلى الحال نفسها في

خصوص المشورة الخاطئة التي تقدمها ( المكاتب الاستشارية والفنية أو الهندسية ) إلى أن المشيد هو الذي اختار مستشاره, فيتعين عليه أن يتحمل نتائج سوء اختياره.<sup>(141)</sup>

لا بد من الاشارة إلى أن المشرع الفرنسي اعتمد نظاما مزدوجا للتأمين الإلزامي من الأضرار التي تصيب البناء والتأمين الإلزامي من المسؤولية العشرية فهو من جهة يلزم رب العمل بالتأمين على البناء من الأضرار خلال مدة الضمان العشري وذلك من اجل تسهيل التمويل السريع لإصلاح الأضرار دون البحث في تحديد المسؤوليات وهو من جهة أخرى يلزم المشاركين في عملية تشييد بالتأمين من المسؤولية العشرية خلال مدة الضمان بحيث تستطيع شركة التأمين التي قامت بالتأمين على البناء من الأضرار لصالح رب العمل من الرجوع على المشترك في عمليه التشييد وعلى شركة التأمين التي أمنت على مسؤولية المشترك المذكورة أي أن الضمان يتلخص في النهاية بعملية رجوع بين شركات التأمين .<sup>(142)</sup>

## الفصل الثالث

### جزاء الضمان

لقد بينا في الفصول السابقة مفهوم الضمان وصوره وتعديل الاحكام الخاصة فيه وانتقائه، سنتناول في هذا الفصل جزاء الضمان على ثلاثة مباحث الاول للتنفيذ العيني والثاني للتعويض والثالث للفسخ وعلى التفصيل التالي :-

#### المبحث الأول

#### التنفيذ العيني

<sup>141</sup> - وفي هذا المعنى أيضا قضت محكمة استئناف اروان بان ( مكتب الدراسات الفنية الذي قدم معاونة فنية لمقاولي الموقع تقاضى اجر على ذلك محسوبا على ساس من القيمة الكلية للأعمال يجب أن يرد للمهندسين نسبة نصف من التعويضات التي قضى عليهم بها " نقلا عن محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء ، مصدر سابق ن ص 356 ، هامس رقم 100 .

<sup>142</sup> - د. جعفر أفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، فقرة 781 ، ص 411 .

لدراسة التنفيذ العيني سنيين اولا معناه .وسنيين ثانيا شروطه ونجعل لكل منهما مطلباً

مستقلاً

### المطلب الاول :

#### معناالتنفيذ العيني

ان وجود الالتزام في ذمة شخص يقتضي قيامه بوفاء عين ما التزم به طوعاً ويسمى عندئذ التنفيذ العيني الاختياري ، فاذا ما نفذ المدين التزامه مختاراً انقضى التزامه ، اما اذا لم يتم بتنفيذ التزامه امكن للدائن جبره على الوفاء بذات ما التزم به ، وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري والذي يتحقق بوافر شروط معينة .

فاذا كان من اخل بالتزامه هو المقاول يكون رب العمل في هذه الحالة وتطبيقاً للقواعد العامة ان يطلب التنفيذ العيني أي ان يقوم بذات ما التزم به وهذا هو الاصل الا اذا طلب رب العمل اجراء التعويض العيني ( استناداً لنص المادة 2/2091 ) من القانون المدني . فاذا ما رفع المضرور دعوى مطالباً بتعويض نقدي وعرض عليه المدين التعويض عينياً وجب عليه قبول ما عرض ، بل لا تكون للمحكمة متجاوزة سلطتها اذا عملت هذا الفرض ولم لم يطلب المدعي ذلك ، او أصر على التعويض النقدي دون التعويض العيني . (143)

وقد يكون التنفيذ العيني ممكناً ومع ذلك يعدل عنه المدين بارادته ويقتصر على دفع التعويض النقدي على ان يتوافر لذلك شرطان هما:-

ان يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، والارهاق ينطوي على معنى العنت الشديد ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق بل يجب ان يكون من شأنه ان يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة. وبالارهاق يتم العدول من التنفيذ العيني الى التعويض على ان لا يلحق الدائن من جراء هذا العدول ضرراً جسيماً ، فلا يكفي ان تكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين بل يجب ايضاً الايصاب الدائن بضرر جسيم جراء العدول من التنفيذ العيني الى التعويض فالتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة مصلحة ( رب العمل ) ومصلحة ( المقاول ).

كما قد يختار رب العمل التنفيذ العيني لتوافر شروطه على الرغم من اصرار المقاول على عدم التنفيذ اذا كانت شخصية المقاول ملحوظة في العقد كعمل تصميم ورسم لوحة فنية او نحت تمثال او اجراء عملية جراحية ، وعندئذ يجوز لرب العمل اللجوء الى طريقة طلب الحكم بغرامة تهديدية اذا كانت هذه الطريقة مجدية، والا لم يبق امامه من خيار سوى فسخ العقد والتعويض ومؤدى هذا ان الغرامة التهديدية يجوز الاخذ بها في الالتزام بعمل اذا كان التنفيذ

<sup>143</sup> نقض مدني مصري 1948/12/16 – مجموعة عمره رقم 352، ص682. وانظر المواد ( 203 ) مدني مصري و204 مدني لبيير و (206) مدني سوري وهي مطابقة والمواد ( 249 ) موجبات عقود لبناني وهي متفقة والمادة ( 246 ) مدني عراقي وهي متفقة فيما عدا انها لا تنص على الاعذار ونص المادة ( 275 ) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

العيني لهذا الالتزام يقتضي ان يقوم به المدين بنفسه ، والا لا يجوز اللجوء اليها ويتشترط ايضاً ان يكون التنفيذ العيني ممكناً وهذا الشرط بديهي يقتضيه الغرض المقصود منها.

اما اذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار كاقامة بناء او صنع اثاث او ترميم منزل، او تصليح ساعة جاز لرب العمل ان يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول اخر وعلى نفقة المقاول الاول اذا كان هذا التنفيذ ممكناً كما يجوز ذلك اذا اتفق الطرفان في العقد على انه في حالة تأخر المقاول يكون لرب العمل سحب العمل منه واتمame بواسطة غيره ويجوز في حالة الاستعجال ، كما في حالة منزل آيل للسقوط ان ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص للقضاء. (144)

ان الالتزام الذي رتبته القانون على عاتق كل من المقاول والمهندس باعادة البناء المتهدم او اصلاح ما فيه من عيوب، قد يقتضي تدخلاً شخصياً من جانبهما وقد لا يقتضيه ، فاذا اقتضت اعادة بناء ما تهدم من المباني والمنشآت الثانية الاخرى او اصلاح ما فيها من عيوب تدخلاً شخصياً من جانب المقاول او المهندس ، فان لرب العمل بمقتضى احكام المادة 249 من القانون المدني العراقي والمادة 208 من القانون المدني المصري . (145) ان يرفض اعادة البناء المتهدم او اصلاح عيوبه من غير المقاول او المهندس الذي قام بانشاءه . كما لو تضمن البناء عمل ديكورات فنية فيه او رسوم او زخارف او نحت مرمر او حفر طابوق ، تتطلبه كفاءة فنية عالية ، يتمتع بها كل من المقاول او المهندس. ذلك لان مصلحة رب العمل لا تتحقق الا اذا كلف هذا المقاول او المهندس بالقيام بذلك. اما اذا امتنع المقاول او المهندس عن القيام بأعادة البناء المتهدم او اصلاح العيوب التي تظهر فيه فلرب العمل ان يلجأ الى وسيلة التهديد المالي الذي يمارسه القضاء على ارادة كل من المقاول والمهندس عن طريق فرض غرامة تهديدية عليهما لحملهما على التنفيذ العيني لما التزما به قبل رب العمل وفي هذا تقول محكمة تمييز العراق في قرارها على مايلي:

(( ... وحيث ان المجهز عليه قد طلب من المدين تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وقد انذره بالقيام بتصليح السقوف المشنمه ، وكان التنفيذ العيني ممكناً وليس مستحيلاً حسب الالتزام والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ وليس في هذا التنفيذ ارهاق للمدين ، ولذلك فان المدين المميز مجبر على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وبحكم القانون ..... الخ )) . (146) واذا فشل التهديد او استحال

144 انظر المادة 250 مدني عراقي والمادة 209 مدني مصري والمادة (212) ليبي والمادة (210) مدني سوري ونص المادة (275) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

145 تنص المادة 249 من القانون المدني العراقي واعادة 8/2 من القانون المدني المصري على ما يلي :

في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين التزام بنفسه ، جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين.

146 قرار محكمة تمييز العراق رقم 579 ، حقوقية ثالثة ، 1970 صادر بتاريخ 18/6/1970 منشور في النشرة القضائية السنة الاولى - العدد الاول- كانون اول 1970.ص159.

التنفيذ العيني بخطأ المدين او كان تلبيته ارهاقا شديدا للمقاول او المهندس ولا يدرأ الاضرراً سيراً يصيب رب العمل ، تحتم العدول عنه الى التنفيذ بمقابل . (147) وجرى التنفيذ بطريق التعويض، اما اذا لم تقتض اعادة بناء ماتهدم من مبان او اصلاح العيوب التي ظهرت بها تدخلاً شخصياً من جانب المقاول او المهندس فلرب العمل وحسب احكام الفقرة الاولى من المادة (250) من القانون المدني العراقي والفقرة الاولى من المادة ( 209 ) من القانون المدني المصري ان يطلب التنفيذ العيني لتلزم المحكمة المقاول او المهندس باعادة بناء التهدمات الحاصلة في البناء او اصلاح العيوب التي ظهرت فيه وان تحدد لها اجلاً للقيام به.(148)

وانه قد يلجأ رب العمل الى ان يطلب من القضاء المستعجل اجراء كشف مستعجل لتثبت الاضرار الحاصلة في البناء وقبل اقامة دعواه بطلب التنفيذ العيني ، فيكون على ضوء ما يتضمنه تقرير الخبير المنتخب لهذا الغرض ان يقدم طلباً الى القضاء باعادة البناء الذي تهدم او اصلاح العيوب التي ظهرت فيه ، عن طريق مقاول اخر وعلى نفقة المقاول الاصلي وفي حالة الاستعجال يجوز لرب العمل ان يعيد ماتهدم من البناء او يصلح العيب الذي ظهر فيه وفقاً لاحكام الفقرة الثانية من المادة 250 من القانون المدني العراقي ، والفقرة الثانية من المادة ( 209 ) من القانون المدني المصري ومن ثم يرجع رب العمل على المقاول او المهندس بما انفقته بدعوى يقيمها عليهما للمطالبة بما انفقته وتكبدته من ضرر عند ثبوته (149) .

ولكن الحكم على المقاول او المهندس بالتنفيذ العيني يكون مرهونا بتحقق شروط هذا

التنفيذ وقد نصت المادة (246) من القانون المدني العراقي على هذه الشروط حيث قالت :

- 1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ممكناً .
  - 2- على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً .
- وهذه المادة اشارت بوضوح الى مايتطلب توافره من تلك الشروط كما ان المادة ( 258 ) بفقرتها (2) من القانون المدني العراقي تطلب وجود شرط ثالث مستوحى من مفهوم المخالفة الا وهو ضرورة اضرار رب العمل للمقاول او المهندس بلزوم تنفيذ ماعليهما من التزام تنفيذاً عينياً وذلك باعادة بناء ماتهدم من مبان او اصلاح ماظهر فيها من عيوب .

147 د. عبد الباقر البكري في شرح القانون المدني العراقي-الجزء الثالث، في تنفيذ الالتزام ، 1971 مطبعة الزهراء ، بغداد ، فقرة 43 ، ص54.

148 د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المصدر سابق . ص147.

149 د. عبد الباقر البكري ، المصدر السابق ، فقرة 43 ص55.

## المطلب الثاني: شروط التنفيذ العيني

الفرع الاول :

ان يكون التنفيذ العيني ممكنا.

يستطيع رب العمل ان يطلب من القضاء الزام المقاول او المهندس باعادة بناء ماتهدم من مبان او اصلاح العيوب التي تظهر فيه اذا كان ذلك ممكنا اما اذا استحال عليهما هذا الامر اصبح التنفيذ العيني غير مجد وتحتم العدول عنه الى الحكم بالتنفيذ بمقابل أي اقتضاء التنفيذ بطريق التعويض الا اذا كانت الاستحالة ترجع الى سبب اجنبي لان التزام المدين ينقضي بها وتنتفي عنه المسؤولية ولا يحق لرب العمل الرجوع على المقاول او المهندس بشيء . (150)

ان التزام كل من المقاول وفقا لما تقدم يكون التزاما بعمل فاذا اقتضى طلب رب العمل التنفيذ العيني تدخلا شخصيا منهما ولكنهما اصرا على عدم القيام به ولم تجد الوسائل في حملهما على ذلك فيكون تنفيذ الالتزام تنفيذيا عينيا امر غير ممكن وبالتالي يصار الى التنفيذ بطريق التعويض اما اذا لم يقتض التنفيذ تدخلا شخصيا منهما فقد تكفلت المادة (250) بتفصيل احكام ذلك . وقد نص التنفيذ المدني المصري على نظير حكم المادة (250) من القانون المدني العراقي في المادة (209) بفقرتها . وقررت محكمة النقض المصرية في تطبيقها مايلى " القضاء بتنفيذ العقد تنفيذيا عينيا على نقضه المقاول عملا بالمادة (209) من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الاثر بين طرفيه فيتحمل المقاول تعينه ويحاسب على نتيجة لا بالنسبة كما اتمه من اعمال مكملة للاعمال المتفق عليها في العقد ذلك ان الاوضاع لاتستقر بين طرفي العقد الا بعد المحاسبة على الاعمال التي قام بها المقاول وما عسى ان يكون رب العمل قد اتمه على اساس التنفيذ العيني للعقد " .

وان تقدير ما اذا كان التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المقاول شخصيا امر متروك لرب العمل على تقدير انه صاحب المصلحة . فهو اذا قدر اكتفائه بالتنفيذ العيني من لدن غير المقاول الاصيلي وعلى نفقته اقام دعوى يطلب فيها من القضاء الحكم

بالتنفيذ العيني على نفقة المدين واذا اقتضت المحكمة بان التنفيذ العيني ممكنا بواسطة الغير اجابته الى طلبه وله ان يعهد الى مقاول اخر بانجاز العمل المطلوب بلا اذن من المحكمة اذا قدر ان اقامة الدعوى و صدور الحكم فيها يستغرقان وقتا يتعرض خلاله لضرر جسيم طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ( 250 ) ثم يرجع على المقاول الاول بما انفقته بدعوى يرفعها ويحق للمحكمة عند النظر فيها التثبت من حسن تصرف رب العمل ومسوغات استعجاله ولها ان تحكم باقل مما يطلب به رب العمل عند اقتناعها بعدم سلامة تصرفه .(151)

الفرع الثاني :

ان لا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمقاول او المهندس المعماري او يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق برب العمل ضررا جسيما .

ان المشرع العراقي والمشرع المصري لم يحددا معنى الارهاق ولم يريا لزاما لتعريفه بل تركا امر تقديره لقاضي الموضوع يفصل فيه في كل حالة على حدة وحسنا فعلا لان تعريفه وتحديد معناه قد لا يكون من الشمول بحيث يحيط بالحالات جميعا التي يواجهها النص مستقبلا . وقد اقترح مجلس الشيوخ المصري عند مناقشة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ان يوصف الارهاق فاجيب بانه المراد بالارهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف ، لان الامر متروك لتقدير القاضي وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان الارهاق قد ينطوي على معنى الخسارة الجسيمة التي تصيب المدين من جراء التنفيذ العيني دون ان يعني مجرد الكلفة والضيق .(152) والواقع ان الارهاق يتحقق اذا ما وازن قاضي الموضوع بين المصالح لكل من الطرفين المقاول او المهندس من جهة وبين مصالح رب العمل من جهة اخرى ، وراى في تلبية طلب التنفيذ العيني تحميلا للمقاول او المهندس تضحيات جسيمة ولاتدرا الا ضررا ضعيفا يصيب رب العمل ، كان يقتضي اصلاح العيب الذي في المباني او المنشآت الثابتة هدم جزء كبير منها يكلف نفقات جسيمة لاتتناسب مع الضرر الناتج عن هذا العيب . ولذلك يقول بعض الفقهاء الامريكان انهم في حالة حدوث خلل كلي او جزئي في البناء فان بإمكان الطرف المضروور ان يستحصل على حكم بالاضرار بشرط ان تكون مقدرة بكلفة معقولة لاعادة

151 - - عبد الباقي البكري ، تنفيذ الالتزام ، مصدر سابق ، ص 54 .

152 - - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج3 ، فقرة 410 ، ص 764 .

البناء واتممه طبقا لشروط العقد اذا كان ذلك ممكنا ولم يؤد الى اضرار جسيمة غير معقولة كان تتطلب اعمال الاصلاح القيام بهدم البناء كله واعادة تشييده مجددا. (153)

ولذلك كان لزاما على قاضي الموضوع ان يتحرى مدى الازهاق الذي يصيب المقاول او المهندس في التنفيذ العيني وعلى هذا فليس مقبولا ان تكتفي محكمة تمييز العراق في قرارها المشار اليه في الشرط الاول ان ليس في طلب رب العمل للتنفيذ العيني ارهاق للمقاول او المهندس دون البحث في مدى هذا الازهاق ومقارنته بالضرر الذي يلحق رب العمل الامر الذي يعصف بتدقيقها ويضعف من مدى رقابتها على محكمة الموضوع وهذا الماخذ الذي وقعت فيه محكمة تمييز العراق سلمت فيه قرارات محكمة النقض المصرية التي دأبت على حث محاكم الموضوع على بحث مدى الازهاق الذي يصيب المدين ومقارنته بالضرر الذي يصيب الدائن ، فجاء في قرار لها ما يلي (00) ولما كان مبين من الحق المطعون فيه انه اقام قضاءه في الرد على دفاع الطاعنه في هذا الخصوص على ما قرره من ان تنفيذ التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه ان يرهقها لانه سوف يعود عليها بالفائدة باضافته الى ملكها والانتفاع باجرته الشهرية المتفق عليها وقدرها عشر جنيهاات وكان هذا القول من الحكم لا يؤدي الى انتفاء الازهاق عن الطاعنة اذ يشترط لذلك الا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعنه ببذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه من جراء التخلف عن التنفيذ اذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والتمن الذي سيتكلفه وما ينتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما اذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى واكتفى في هذا الخصوص بما قرره من ان المصعد المحدد له مكان خاص بالمبنى فقد حجب نفسه عن بحث مدى الازهاق الذي يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذي يلحقه بالمطعون عليه من عدم تركيبه وفقا لما تقتضيه به المادة (2/203) من القانون المدني المصري مما يعيبه لمخالفته للقانون والقصور في التسبب ويستوجب نقضه). (154)

وقد يكون في طلب التنفيذ العيني ارهاق للمقاول او المهندس الا ان العدول عنه الى التنفيذ يقابل يتسبب في ضرر جسيم يصيب رب العمل . وهذا يتجلى دور محكمة الموضوع في الموازنة بين المصالح المتعارضة وتغليب أي منها لتقدير حماية القانون لها . فاذا امكن تقاضي ارهاق المقاول او المهندس بضرر يسير يصيب رب العمل جاز

153 - نقلا عن د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول او المهندس ، مصدر سابق ، ص 220 .  
154 - الطعن رقم 307 لسنة 31- القضائية الصادر بجلسة اول فبراير سنة 1966- مجموعة احكام النقض لسنة 17 قاعدة رقم 29 ، ص 227 .

العدول عن التنفيذ العيني الى التنفيذ بطريق التعويض ، اما اذا ثبت ارهاق لكن العدول عن التنفيذ العيني الى التعويض يلحق برب العمل ضررا جسيما يعادل ارهاق المقاول او المهندس او يفوقه فان المصلحة الواجبة الحماية هي حق رب العمل في طلب التنفيذ العيني .<sup>(155)</sup> ولكن القضاء الفرنسي يذهب الى امكانية الحكم بالتنفيذ بطرية التعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكنا اذا تبين من الظروف ان التنفيذ العيني يكون مرهقا للمدين او للغير وان الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض .<sup>(156)</sup>

### الفرع الثالث:

#### اعذار المقاول او المهندس

يقصد بالاعذار بانه دعوة المدين من لدن دائنه الى تنفيذ التزامه ووضع قانوننا في حالة التاخر في التنفيذ تاخرا تترتب عليه مسؤولية عن الاضرار التي تصيب دائنه نتيجة ذلك.<sup>(157)</sup> ويتم الاعذار طبقا لحكم المادة (257) مدني عراقي بانذار المدين ويجوز ان يتم باي طلب كتابي اخر كما يجوز ان يقع في اية صورة اخرى يحددها اتفاق الطرفين وقد اختلفت مواقف القوانين المدنية في تمسكها بالاعذار كشرط لثبوت التقصير واستحقاق التنفيذ العيني ، فقد عده كل من القانون الفرنسي والتقنين المدني الايطالي والقانون المدني المصري القديم والتقنين المصري الجديد ، اجراء ينبغي استيفاؤه في التنفيذ الجبري بنوعيه ، التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل اذ نصت الفقرة الاولى من المادة (203) مدني مصري على مايلي.

" يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين (219 - 220) على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا " .

الان الاعذار في ظل القوانين المذكورة يصبح غير ضروري في الحالات التي ينص عليها القانون او يقضي بها الاتفاق او تقتضيها طبيعة الاشياء .<sup>(158)</sup> اما القوانين الجرمانية والقانون البرتغالي وتقنين الالتزامات التونسي والمغربي فقد تخلت عن الاعذار في التنفيذ

<sup>155</sup> انظر بهذا المعنى ، البكري - المصدر السابق - فقرة 32 ، ص 37، والسنيهوري الوسيط ، ج 7، فقرة 41، ص 764-765.  
<sup>156</sup> - نقض فرنسي ، البكري - المصدر السابق - فقرة 32 ، ص 37 ، والسنيهوري ، الوسيط ، ج 7 ، فقرة 441 ، ص 75 - 76 ، ج 7 ، فقرة 172 ، كارن بودري ، فقرة 438 ، نقلا عن السنيهوري في الوسيط ج 2، ص 764 ، هامش رقم 2 ، وانظر ايضا البكري ، المصدر السابق ، فقرة 32 ، ص 37  
<sup>157</sup> - البكري ، المصدر السابق ، ص 89 .  
<sup>158</sup> - عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 98 .

الجبري بنوعيه سواء كان عينيا او بمقابل و عدت حلول الاجل كافية لاشعار المدين بوجوب التنفيذ واعتبرته مسؤولا عن التعويض منذ انقضاء الاجل المحدد لتنفيذ الالتزام. (159)

وبذلك يكون طبقا لما تقدم انه وفقا لاحكام القانون الفرنسي والمصري ان يعذر المقاول والمهندس اذا اراد رب العمل مطالبتهما بالتنفيذ العيني ولا حاجة الى الاعذار للمطالبة بالتنفيذ العيني التي لم تشترط في التنفيذ العيني اما في انكلترا فان الفقه يرى ان المقاول اذا اخطا في التنفيذ الالتزام بتغطية العيوب بمقتضى العقد الذي يوجب عليه القيام بها خلال الفقرة المحددة فيه فيجب على رب العمل ان يخطر المقاول بظهور العيب في البناء مادام المقاول لاحق له في دخول المبنى دون اذن رب العمل كي يفسح له المجال لاصلاح العيوب في خلال مدة معقولة ، ولما كان هذا القيد مفروضا على رب العمل بمقتضى قاعدة عامة قررها القانون. (160) فان المسؤولية لا تترتب على عاتق المقاول مالم ينذر بلزوم الاصلاح اما اذا قام رب العمل بالاصلاح دون انذار المقاول فانه لا يستطيع التمسك بشرط اصلاح العيوب في مواجهته وقد جرى القضاء الانكليزي. (161) على هذا النحو في احكامه وتطلب الانذار في كل حالة يتحقق فيها العمل لدى احد طرفي العقد دون الطرف الاخر على نحو هو مطبق في قانون الملاك والمستاجر في انكلترا الا ان ضرورة الاخطار تنتفي اذا اعلن المقاول انه سوف لن يصلح العيوب ولن يقوم بالترميم او انه يستغني باية طريقة على الانذار ويكون عندئذ مسؤولا عن نفقات الاصلاح وان لم يتلق انذار. (162) اما القانون المدني العراقي فقد اتخذ اتجاه الاعذار موقفا وسطا لانه لم يتخل عن اشتراطه كما فعلت القوانين الجرمانية ولم يتطلبه في التنفيذ الجبري بصورتيه كما فعل القانون المدني المصري ، وانما تطلبه في التنفيذ بطريق التعويض فحسب دون التنفيذ العيني الجبري ، وبذلك نصت المادة (256) التي جاء فيها " لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك " الا انه اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن فيصار الى التعويض ونسب عدم الامكان الى فعل المدين وكان لا بد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون ان يتم فلا ضرورة للاعذار عند المطالبة بالتعويض وهذا ما نصت به الفقرة أ من المادة (258) من القانون المدني العراقي بقولها " اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن بفعل المدين وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لا بد ان يتم او كان الالتزام امتناعا عن عمل واخل به المدين " . ندعو المشرع العراقي اسوة بالمشرع المصري الى عد الاعذار شرطا لاجراء التنفيذ العيني الجبري للالتزام في عقد المقاول.

159 - عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ، ص 90 - 91 .

160 - Willian .H .Gillin.Emden and Fills Bulbing Contracts and pracfrice ( 1909) P257. .

161 - London and S.W Ry V.Flower (1875, 1 GP.D 77,ind Keating P.186. .

162 - William H.Gill ,super,p258 Dikeating supra P136 . .

## المبحث الثاني

### التعويض

قد لا يكون التعويض العيني ممكنا او ملائما لجبر الضرر ، فيلجا القاضي الى اسلوب التعويض بمقابل والذي يتمثل بادخال قيمة جديدة في ذمة المضرور تعادل تلك التي فقدها بسبب الضرر .<sup>(163)</sup> والتي تتخذ صورته الزام محدث الضرر باداء امر معين لمصلحة المضرور فيكون التعويض غير نقدي وقد يكون عبارة عن مبلغ من النقود فيكون التعويض نقديا ولغرض توضيح ما تقدم سنتحدث عن كل منها في مطلب مستقل .

ان هذا الطريق من جبر الضرر الذي يصيب رب العمل من جراء تدهم المباني والمنشآت الثابتة التي يقيمها لها المقاول او المهندس يحق للدائن اقتضاه في حالات خمس :

اولا :- اذا اصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخاط المدين والى ذلك اشارت المادة (168) من القانون المدني العراقي بقولها : ( اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ) .

ثانيا :- اذا كان التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصيا من لدن المقاول او المهندس ولم تجد وسائل التهديد المالي اجبارها عليه .

ثالثا :- اذا كان التنفيذ العيني لا يقتضي تدخلا شخصيا ولكن رب العمل لم يطلب اعاده بناء ما تهدم من المباني والمنشآت الثابتة عن مقاول اخر على حساب ونفقة المقاول الاصلي .

رابعا :- اذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكنه مرهقا للمقاول او المهندس ولا ينطوي العدول عنه الى التعويض على ضرر جسيم يصيب الدائن .

خامسا :- اذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن رب العمل لم يطلبه ولم يعرض المقاول او المهندس القيام به . ولما كان التنفيذ بمقابل لا يقتصر على الالتزامات العقدية او التقصيرية فقط وانما يكون ايا كان مصدر الالتزام .<sup>(164)</sup>

### المطلب الاول

163 - د. عبد الحي مجازي ، النظرية العامة للالتزام ، القاهرة ، 1954 ، ص97  
164 - السنهوري ، الوسيط ، ج2 ، فقره 459 ، ص824 .

### التعويض النقدي

يعد التعويض النقدي. (165) الاسلوب الاكثر شيوعا لجبر الضرر فالنقود فضلا عن كونها وسيلة تبادل تعد وسيلة ناجحة للتقويم. (166) وقد عمدت اكثر التشريعات المدنية الى جعل التعويض النقدي هو الاصل في جبر الضرر. (167) ويعد الايسر في التطبيق وليس لانه الاقرب الى العدل. (168)

ان التعويض النقدي هو التعويض الذي يقدر بمبلغ من النقود ، وهو الاصل الشائع في التعويض ويحق لرب العمل ان يطلبه مباشرة في كل حالة من الحالات الخمس السابقة الذكر لجبر الضرر الذي اصابه من جراء تهمد المباني او المنشآت الثابتة التي انشاها له المقاول او المهندس اللذين لم ينفذا ما فرضه عليهما القانون تنفيذا عينيا .

ويجوز الحكم بالتعويض النقدي ، اذا كان له مقتضى ، فضلا عن الحكم بالتنفيذ العيني ، وذلك كما لو استغرق بناء ماتهدم من البناء او اصلاح مظهر فيه من عيب وقتا طويلا، فان لرب العمل طلب التعويض النقدي فضلا عن التنفيذ العيني بسبب عدم الانتفاع بالبناء طوال مدة بقاءه معيبا وهذا ما يذهب اليه القضاء المصري . وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ تطبيقا سليما في غير حالة مسؤولية المقاول والمهندس عن مقاولات البناء والمنشآت الثابتة فقالت في قرار لها ان : " طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسما يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ، ويتكافان قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما اذا تم التنفيذ العيني متاخرا ، فاذا كانت الدعوى قد رفعت امام محكمة اول درجة يطلب رد اسهم او قيمتها ، فان الطلب على هذه الصورة ينطوي على طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعي حينما يتراخى التنفيذ العيني بحيث يصيب بالضرر من ان يطلب تعويضا عن هذا الضرر . وعلى ذلك ، فلا يكون طلب هذا التعويض عن هبوط قيمة الاسهم طلبا جديدا في الاستئناف لاندرجه في

165 - لقد اطلق عليه مجمع اللغة العربية في القاهرة ( التضمينات ) انظر : د. حسن الذنون ، المبسوط ، المسؤولية المدنية ، الضرر ، شركة التاميس للطبع والنشر ، بغداد ، بدون سنة طبع .

166 - د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المجلد 2 ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط 5 ، ص 88 ، وانظر

في الفقه الفرنسي . . Henrie et Leon- Jran Mazeaud Lecons de Droit Civil – opcit,P635

167 - وانظر المواد (2/209) مدني عراقي ، 2/171 مدني مصري ، 136 موجبات وعقود المباني ، 172 مدني سوري ، 132 مدني جزائري ، 1،2/154 ، معاملات سوداني ، 174 مدني ليبي ، 24 مدني كويتي ) . اما القانون المدني الاردني استخدم الضمان بدلا من التعويض تاثر منه بالفقه الاسلامي انظر الدكتور عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في المدني الاردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1988 ، ص 198 . بينما نجد تشريعات اخرى كالقانون المدني الفرنسي فلم يرد فيه ما يشير الى

التعويض النقدي بشكل صريح وفي النصوص الخاص بالمسؤولية التقصيرية (1883،1382) انما وردت في ..... الاخرى التي تتعلق بحالات الاخلال بالعقد المواد (1142،1149) اما المادة ( 1152 ) فقد عالجت حالات ..... لمقدار التعويض بالشرط الجزائي

. انظر . Colim et Henri Capitout Traitde Proit civil Tome 11 , 1959 ,P98

168 - د. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر . شرح القانون المدني الاردني ، مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات ، عمان ، 2000 ، ص 489 .

عموم الطلبات التي كانت مطروحة لدرجة " (169) وفي العراق جعلت المادة (872) من القانون المدني العراقي كلا من المقاول والمهندس مسؤولا قبل رب العمل عن الاضرار التي تنشأ عن اسباب متوقعة وقت احالة البناء ، لا لان مسؤوليتهما مسؤولية عقدية كما بينا من قبل ، بل لان المشرع العراقي اراد التحرز في هذه المسؤولية بوصفها مسؤولية قانونية فاورد قيودا احترازيا على احكامها العامة جعل المسؤولية بمقتضاه مقتصرة على العيوب التي ترجع الى اسباب متوقعة وقت اقامة البناء دون العيوب التي تنشأ عن اسباب غير متوقعة .

### المطلب الثاني

#### التعويض غير النقدي

ان التعويض غير النقدي الذي يتضمن في الغالب الحكم باداء امر معين وعلى سبيل التعويض لا يعد تعويضا عينيا ولا نقديا ، فهو قد يكون الانسب لجبر الضرر ووفقا لما تقتضيه الظروف وهو تعويض من نوع خاص والذي يحدد اللجوء اليه نوع الضرر المحدث . (170) والمعنى المتقدم تجسد بنص المادة (209 / 2) من القانون المدني العراقي التي تنص " ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر ان تامر باعادة الحالة الى ماكانت عليه وان تحكم باداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض " . كما ان المادة (255) من القانون المدني العراقي جاء متصدرا لاحكام التنفيذ بطريق التعويض غير مشترطة ان يكون التعويض نقديا .

ان التعويض غير النقدي في دائرة مسؤولية المقاول والمهندس لايمكن ان يكون الاتعويض عينيا وهو مايحكم به في الحالات الكثيرة فيجوز للمحكمة ان تحكم لرب العمل الذي انهار بناؤه انهيارا تاما ، ببناء مشابه مشيد على قطعة ارض تمتاز صفات القطعة نفسها التي شيد فيها البناء المنهار اما اذا كان التهدم جزئيا او كان العيب في شيء يمكن ابداله بغيره ، تصرفان كان الشيء قيميا كان البناء المتفق على تشييده يقتضي تطعيم ارضه بمرمر ايطالي ولم يتسن للمقاول الحصول عليه لاسباب قانونية تمنع استيراده فان الحكم بابداله بغيره من النوع نفسه والمتانة والصفات نفسها يعتبر تعويضا عينيا . اما اذا كان الشيء المعيب مثليا فان ، الحكم لا يتصور ان يكون الا بالالزام العيني . (171) كان ينصب المقاول بموجب اتفاهه مع رب العمل

169 - الطعن رقم (106) السنة 28 القضائية المتخذ بالجلسة المؤرخة في 28 الشهر الثالث 1963 السنة 14 - رقم القاعدة (64) ، ص 413 منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات لاحد سميير ابو شادي فقرة 253 ، ص 143-144 .

170 - د . سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية بغداد ، 1981 ، وانظر ايضا مجموعة الاحكام التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ، ص 396 ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج 1 ، المكتب الفني ، نقابة المحامين ، عمان ، 6 ، ص 31 .

171 - انظر بهذا المعنى د. سعدون العامري في تعويض الضرر ، جملة من المحاضرات مطبوعة بالرونو ، القيت على طلبة ماجستير في كلية القانون ، فرع القانون الخاص ، 1972- 1973 ، ص 132 .

سخانا في المبنى ويظهر ان هذا السخان معيب . فان رفعه وابداله بغيره بالنوعية والمواصفات نفسها يعد تنفيذا عينيا لاتعويضا غير نقدي ، ومن امثلة التعويض غير النقدي ، ان يسود جدار بسبب عيب فيه فيظهر دخان الحمام مثلا من فتحات العيب مما يسود جدار المبنى فتقضي المحكمة بالزام المقاول او المهندس برفع موقد الحمام وبنائه في محل اخر فضلا عن الحكم بازالة معلق من كاربون عليه ، ومن امثلته ان تحكم المحكمة برفع مبردة الهواء من مكانها الى مكان اخر لانها في وضع تؤدي الى تضرر الجدار بالرطوبة فضلا عن ازالة اثار الرطوبة، كما ان من امثلته ايضا تعيب مجاري المياه القذرة المدفونة في باطن الارض بالقرب من جدار الجار فتعيب جدار الجار فضلا عن تعيب الدار التي وضعت فيها هذه المجاري فتقضي المحكمة برفع هذه المجاري وابدالها باخرى توضع في محل اخر يزول معها الضرر ، كل هذه الامثلة تعد كلها تعويضا غير نقدي من الممكن الحكم به لرب العمل على المقاول او المهندس .

### المبحث الثالث

سنتناول في هذا المبحث جزء اخر من جزاءات الضمان الا وهو الفسخ .

#### فسخ عقد المقاول

سنتناول في هذا المبحث جزء اخر من جزاءات الضمان الا وهو الفسخ، قد يختار رب العمل فسخ عقد المقاول ، وهناك اتصال بين الفسخ والمسؤولية العقدية ، فكلاهما جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ، فاذا كان العقد ملزما للجانبين جاز للدائن ان يطلب فسخ العقد جزء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي وجاز له ايضا التعويض بناء على طلبه ، ولكن لاعلى اساس فسخ العقد بل على اساس استيفائه ، والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه المسؤولية العقدية ، على انه اذا صح لاحد المتعاقدين ان يحاسب الاخر على عدم القيام بالتزاماته اما ان عن طريق الفسخ ، واما عن طريق المسؤولية العقدية فان الاول مفتوح دائما بحيث يسد الطريق الثاني في بعض الاحيان اذ يتفق ان يكون عدم قيام المدين بالتزامه انما يرجع الى السبب الاجنبي كما تقدم ، ولكن يبقى الفسخ ، بل ان العقد في هذه الحالة ( السبب الاجنبي ) يفسخ بحكم القانون كما سنرى . (172)

ان نظرية الفسخ ثمرة تطور طويل ، فقد كان القانون الروماني في بادىء الامر لايعترف بها ، فلم يبق امام المتعاقد الاخر الا ان يطالب بالتنفيذ ولا يستطيع هو ان يتحلل من التزامه بطريق الفسخ .

ولكن الرومان بعد تطور فسحوا لفكرة الفسخ مجالاً ضيقاً في عقد البيع بعد ان اصبح عقدا رضائياً فادخلوا فيه شرطاً صريحاً يخول البائع فسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن . ثم نقل هذا الرأي الى القانون الفرنسي القديم ، واتخذ صورة نظرية عامة طبقت في العقود جميعاً ويتضمن معنى الجزاء وانتهى الى مايعرف بنظرية الشرط الفاسخ وفي اواخر القرن الثامن عشر استقرت نظرية الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام على اساس واضحة ،وقد تناولها بوتيه وهو من اشهر فقهاء القانون المدني الفرنسي ( Pathierl ) بالشرح والتطبيق اذ يرى انه قد يوضع غالباً في العقود الملزمة للجانبين التي قد تنشأ الالتزامات المتقابلة شرط يتأدى انه اذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فان المتعاقد الاخر يتحلل من الالتزام به ويرى انه يمكن ان يتفق المتعاقدان – صراحة او ضمناً على فسخ العقد اذا لم يتم احدهما بتنفيذ كل او بعض ما التزم به .

ولقد تابع القانون الفرنسي ماوضعه في هذا الصدد (Pathierl Domat) مع بعض التعديلات الطفيفة .ثم ان كان ادخل المشرع الفرنسي سنة 1804 هذه القاعدة في المادة ( 1184 ) بما قرره من ان الشرط الفاسخ مفروض دائماً في العقود الملزمة للجانبين ، وان عدم الوفاء لاحد المتعاقدين بالتزامه يخول المتعاقد الاخر ان يطلب من القضاء فسخ العقد او تنفيذ الالتزام ولقد تابع اكثر شراخ القانون المدني في قليل او كثير ماوضعه الفقيه بوتيه من مبادئ اساسية لتلك القاعدة فيتساءل الاستاذ ( Francois Lanrent ) في شرحه المادة (1184) من القانون المدني الفرنسي عن السند القانوني ، او الاساس العلمي للشرط الفاسخ الضمني ويذهب الى انه ليس السبب هو مبناها ، لان السبب عنصر جوهري في الاتفاقات ، ويعد السبب لا يتم التعاقد .

ويتوفر السبب اذا كانت ثمة التزامات متقابلة ، ولو لم تنفذ هذه الالتزامات التي للدائن ان يجبر المدين على تنفيذها فلا تكون الا لاعتبارات العدالة هي التي يمكن ان يرد اليها مبنى الشرط الفاسخ الضمني ، فاذا لم يؤد الملزم التزامه التعاقدى فان العدالة تقضي بان يتحلل المتعاقد الاخر من التزامه ، كما يمكن القول بان ذلك هو قصد المتعاقدين وقت ابرام العقد ضمناً هذا القصد الشرط الفاسخ الضمني ولم يفعل المشرع اكثر من تقريره أي ماشتراطه المتعاقدان بجعل هذا الشرط مفروضاً في التعاقد .

ويقول الاستاذ السنهوري انه ليس صحيحاً ان اساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني . ولو صح هذا لترتب عليه انه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ

العقد من تلقاء نفسه وهذا غير صحيح لان الفسخ لا يكون الا بحكم قضائي او اتفاقي .وللقاضي حق التقدير فيجيب طلب الفسخ او يرفضه .وللمدين ان يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ . وللدائن ان يعدل عن المطالبة بالفسخ الى المطالبة بالتنفيذ وهو يوثر ان يجعل نظرية الفسخ مبنية الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، اذ ان طبيعة هذه العقود تقضي ان يكون التزام احد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الاخر . فيبدو امرا طبيعيا وعادلا انه اذا لم يقم احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر ان يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام هذا هو الدفع بعدم التنفيذ او ان يتحلل نهائيا من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ ومن ثم يرى الدكتور السنهوري ان استعمال عبارتي الشرط الفاسخ الضمني والشرط الفاسخ الصريح اللتين تترددان كثيرا في الفقه والقضاء ليس بالتعبير الدقيق .<sup>(173)</sup> ولم تعرف الشريعة الاسلامية نظرية الفسخ بهذا المعنى ذلك ان العقود الصريحة في الشريعة الغراء تنقسم على قسمين :

أ- عقد نافذ وهو ما صدر من شخص يتمتع بالاهلية وله ولاية اصداره سواء أكانت هذه الولاية اصلية ام نيابية .

ب- عقد موقوف وهو ما صدر من شخص يتمتع بالاهلية للتعاقد من غير ان يكون له ولاية اصداره كالعقد الذي يصدر من الفضولي او من الصبي المميز ومن في حكمه اذا كان من العقود التي فيها من راي وليه او وصية والعقد النافذ ينقسم بدوره على لازم وعقد غير لازم .

والعقد الصحيح اللازم هو العقد الصحيح الذي لا يملك احد المتعاقدين نسخه او ابطاله او التحليل منه ، وهذا النوع بدوره ينقسم على :

لازم الطرفين ولا يقبل الفسخ بحال من الاحوال حتى لو اتفق المتعاقدان على ذلك ولازم الطرف واحد أي أنه لازم الطرف واحد دون الاخر كالكفالة . مثلا لازم للكفيل وليس لازما للمكفول له . والفسخ لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين ، سواء أكان الفسخ بحكم القاضي ام بحكم القانون . ذلك ان الفسخ بانواعه الثلاثة ، مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا ولا يوجد الا في العقود الملزمة للجانبين التي تنشأ عنها الالتزامات المتقابلة فهي التي تتوفر فيها حكمه الفسخ اما العقود التي لا يمكن ان تكون الا ملزمة لجانب واحد ، كالوديعة والكفالة اذا كانا بغير اجر ، والهبة اذا كانت بغير عوض فلا يمكن تصور الفسخ فيها ، فان طرفا واحدا هو الملتزم فيها فاذا لم يقم

بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الاخر اية مصلحة في طلب الفسخ اذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ ، بل مصلحته هي في ان يطلب تنفيذ العقد .<sup>(174)</sup>

وإذا كانت العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ فان الفسخ من جهة اخرى يرد عليها جميعاً ، والعقد الزماني يرد عليه الفسخ باثر تختلف عن اثر الفسخ في العقد الفوري .

لا يكون الفسخ الا اذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيقتضي الالتزام المقابل له ، وينفسخ العقد بحكم القانون وقد يصبح التنفيذ مستحيلاً بفعل المدين او لايزال ممكناً ولكن المدين لم يتم بالتنفيذ . ففي هذه الحالة يجوز للدائن ان يطالب بالفسخ وقد رأينا ان المسؤولية العقدية تتحقق في هذا الفرض فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية او المطالبة بفسخ العقد بل يجوز ان يتفق المتعاقدان على ان العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ وان يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية.

وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً – يعد في حكم عدم التنفيذ الجزئي ان يكون التنفيذ معيباً ، فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ وهذا ما اكده القضاء العراقي فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز " لرب العمل ان يطلب فسخ عقد المقاوله اذا قام المقاول بتنفيذ العمل بشكل معيب مغاير لشروط المقاوله ولا يتعارض ذلك مع المادة (869) مدني لان العيب في طريقة التنفيذ يقع اثناء سير العمل وقبل اكماله بينما العيب في التنفيذ يظهر بعد ان يكون المقاول قد قام بالعمل " .<sup>(175)</sup> والقاضي في استعمال حقه في تقدير فينظر فيما اذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يسوغ الحكم بالفسخ او يكفي لاعطاء مهلة لتكملة التنفيذ .

فاذا رأى ان عدم التنفيذ خطير بحيث يسوغ الفسخ، يبقى عليه ان يرى هل يقضي بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، او كان يتحملها لكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساسي في الالتزام.

لابد من رفع دعوى و صدور حكم بفسخ العقد وهنا يتجلى الفرق بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق.

<sup>174</sup> السنهوري – المصدر السابق ص 698 بند 467 ، 461 وقد نصت المادة (157) من القانون المدني على ما يلي 1- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعدار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او نسخة مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ويجوز للقاضي ان يمنع المدين اجلاً اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته .

وتطابقها الفقرة الاولى من المادة (177) مدني عراقي وتتفق معها المادة (24) موجبات وعقود لبناني الا انه يسمى الفسخ الغاء العقد .<sup>175</sup> - قرار محكمة التمييز (520) ، م 1 ، في 1978/6/25 مشور في مجموعة الاحكام العدلية (2) السنة التاسعة ، ص 52 ن ويشير اليه ايضا ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص 660 .

ففي الفسخ بحكم الاتفاق وكذلك الانفساخ بحكم القانون يكون الحكم مقرراً للفسخ لا منشأ له . اما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشأ للفسخ ومن ثم تعد المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من اعمال التصرف واذا رفع الوصي دعوى الفسخ بدون اذن المحكمة المختصة كانت الدعوى غير مقبولة . (176)

فاذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ فان الحكم بالفسخ- كما تقدم – لا يكون حتمياً بل يكون هناك خياران الفسخ والتنفيذ وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي . فالدائن بعد ان يرفع دعوى الفسخ له ان يعدل ، قبل الحكم من طلب الفسخ الى طلب التنفيذ ، كما انه اذا رفع دعوى التنفيذ فله ان يعدل عنه الى الفسخ . (177) على انه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد . (178) كل هذا ما لم يكن قد نزل عن احد الطالبين ، ولا يعد مجرد رفعه الطلب باحد الطالبين نزولاً عن الطلب الاخر . وللمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي ان ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ على ان كثيراً من الاحكام تقتصر بعكس ذلك . (179)

وكذلك فان ليس حتماً على القاضي ان يحكم بالفسخ ، بل له في ذلك سلطة تقديرية كما تقدم .

ان فسخ العقد يعيد المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل العقد فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ويلاحظ ان النصوص الخاصة بالفسخ في التشريعات العربية ، على اختلاف صيغتها واتفاق جوهرها – هي نصوص عامة تبين ما يترتب على الفسخ من اثر سواء أكان الفسخ يحكم بالاتفاق ، ام بحكم القانون او بحكم القاضي .

ويتبين منها ايضاً انه اذا كان الفسخ بحكم القاضي فان العقد ينحل لامن وقت النطق بالحكم فحسب بل من تاريخ نشوء العقد ، فالفسخ له اثر رجعي ويعد العقد المفسوخ كأنه لم يكن ويسقط اثره حتى في الماضي واذا كان هذا مفهوماً في الفسخ بحكم الاتفاق او بحكم القانون حيث يقتصر على تقرير ان العقد مفسوخ ولا ينشئ الفسخ ، فانه ايضاً مفهوم في الفسخ بحكم القاضي ولو ان الحكم هنا منشأ للفسخ لامقرر له . ولا يوجد ما يمنع ان يكون الحكم منشأ للفسخ وان يكون له اثر رجعي فالحكم بالشفعة مثلاً

176 استئناف مصر 1936/1/28 – المحاماة 18 رقم 323 ص 671 وقضت محكمة النقض المصرية بان شرط الفسخ الضمني يختلفان طبيعة وحكماً – ما لاول لا يستوجب حكم بالفسخ حكماً وبناء الحكم على الاول دون تحقق شروط تستوجب نقض الحكم ( نقض مدني مصري 1946/12/27 مجموعة عمر

177 السنهوري في الوسيط ج ، مصدر سابق بند 475 هامش رقم 1 ، استئناف مختلط 11/13 / ... م 26 ص 137 و 1916/12/12 ص 96 و 1929/11/19 م 38 ص 187 .

178 استئناف مختلط في 1916/12/12 م 29 ( سابق الاشارة اليه و 18 / 1917/12 م 3 ص ...

179 - بل قضى انه يمكن للمدين ذلك حتى بعد صدور الحكم وقبل صدوره نهائياً او ؟ استئناف مصر 1905/5/25 المجموعة الرسمية 7 رقم 49 و 19 الشهر العاشر 1922 المجموعة المذكورة رقم 42 .

منشا ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم. (180) والحكم بالفسخ له هذا الاثر الرجعي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير اما بالنسبة الى المتعاقدين فان ايهما لا يعطي ولا ياخذ والا فانه يسترد ما اعطى ويرد ماخذه على اساس استرداد مادفع دون وجه حق اسوة بالبطلان .

وإذا بنى المشتري في العين المبيعة او المقلول في العين موضوع المقلولة طبقت القواعد العامة. (181) ويعد المشتري او المقلول في هذا الخصوص حسن النية او سيئها تبعاً لتلك القواعد وما اذا كان الفسخ حكم له او عليه. (182) وقد قضت محكمة النقض المصرية بان الفسخ للعقد بسبب خطأ احد المتعاقدين لا يجعل له الحق في المطالبة بالتعويض. (183)

وللدائن الذي اجيب الى الفسخ ان يرجع بالتعويض على المدين اذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً الى خطئه لاهمال او تعمد والتعويض هنا يبني على المسؤولية التقصيرية لا على المسؤولية العقدية. (184)

وإذا كان العقد المفسوخ من العقود الزمنية التي تنفذ على مراحل والتي تستعصي على الاثر الرجعي تبقى اثاره التي سبقت الحكم بالفسخ لان من قضى لا يمكن الرجوع فيه ويعد العقد مفسوخاً من وقت النطق بالحكم النهائي للفسخ لا قبل ذلك وبالتالي تكون المبالغ المستحقة قبل الحكم لها الصفة التعاقدية لا التعويضية. (185)

وبالنسبة الى الغير ينحل العقد باثر رجعي على انه يجب مراعاة احكام التسجيل في دعوى نسخ كدعوى البطلان او الالغاء او الرجوع ذلك ان الغير اذا تلقى حقا عينيا بعد تسجيل دعواه الفسخ او التاشير بها فان حقه يزول بفسخ العقد سواء أكان سيء النية ام حسن النية ، اما اذا تلقى هذا الحق قبل تسجيل دعوى الفسخ او التاشير بها . باي سبب من اسباب كسب الحقوق العينية ، فان حقه يبقى اذا كان حسن النية ويزول اذا كان سيء النية. (186) فالفسخ مثل البطلان في الاثر . يجوز ان يتفق الطرفان على ان يعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة

180 - السنهوري في الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 758-709 ، بند 477 .

181 - المادة (160) مدني مصري ومايقابلها في التشريعات العربية حيث تنص المادة (180) مدني عراقي على انه " اذا فسخ العقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم بتسليم البديل الذي وجب بالعقد ، وان كان قد سلم يسترد فاذا استحال رده يحكم بالضمنان وحكمها متفق وقرب هذه المادة (2439) موجبات وعقود لبناني والمواد (336) التزامات وعقود تونسي .

182 - السنهوري في الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 710 همش رقم 3 .

183 - نقض مدني مصري 19934/12/27 - مجموعة عمر رقم 215 ، ص 520 .

184 - السنهوري في الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 711 .

185 - انظر اطروحة الدكتوراه عبد الحي حجازي في عقد المدة ، ص 189 - 200 وما اشار اليه في احكام القضاة الفرنسي والمصري واقوال الفقهاء .

186 - السنهوري في الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، بند 479 ، ص 313.

الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات ناشئه عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه (187)

وقد اظهر العمل ان المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد المرتبة الدنيا في هذا الشرط هو الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، وفي هذه الحالة لا بد من رفع دعوى الفسخ ، والاعذار وهذا الشرط لا يسلب القاضي سلطته التقديرية ولكن قد يتفق على عدم الاعذار او يكون الاعذار غير واجب او غير مجد فحسب كل حالة وقد يزيدان في قوة الشرط بان يتفقا على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وتفسير هذا الشرط في الاكثر على انه يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يستطيع ان يعطي مهلة للمدين ، ولا يملك الا الحكم بالفسخ ويكون الحكم هنا منشأ للفسخ لامقرا له كالحالة السابقة . بل يتدرجان في القوة الى حد الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم وهذا معناه ان العقد يفسخ من تلقاء نفسه اذا اخل المدين بالتزامه ، فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ الفسخ وانما ترفع دعوى اذا تنازع المدين في موضوع الفسخ اعمالا لهذا الشرط والحكم مقرر لا منشأ . ولا يقضي هذا الشرط من الاعذار قبل الفسخ ، على انه لاشيء يمنع الدائن من المطالبة بالتنفيذ دون الفسخ وقد يصلان الى الذروة متفقان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم او اعذار .

ويلاحظ هنا ان هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه والا كان تحت رحمة المدين ان شاء جعل العقد مفسوخا بامتناعه عن تنفيذ التزامه ويترتب على ذلك ان لا يعد مفسوخا الا اذا اظهر الدائن رغبته في ذلك ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ اذا كان الدائن لا يتمسك به .

ومن ثم نرى ان هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ بحكم القانون فهو اعلى من الفسخ القضائي ، واشتراط ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ذلك ان الحكم بالفسخ فيه يكون مقرا لامنشا للفسخ وهذا ادنى من الانفصاخ ويحكم القانون لان العقد لا يفسخ فيه الا اذا اظهر الدائن رغبته فيه .

وقد نصت محكمة النقض المصرية ان لاتعارض بين هذا الشرط وبين المطالبة بالاجر المتأخر بمقتضى عقد الايجار الذي ترتب الفسخ على التأخر في دفعها . (188) وفي العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من

187 - مادة 158 مدني مصري والمادة 178 مدني عراقي والمادة 4/241 موجبات وعقود لبناني .

188 - نقض مدني مصري 1945/1/18 . مجموعة عمر رقم 192 ، ص 540 ، واستئناف مصر 1946/1/12 المحاماه 30 رقم 156 ، ص 163 ، او احكام اخرى مشار اليها في السنيهوري في الوسيط ، ج 1 ، ص 720 هامش .؟؟

تلقاء نفسه .(189) أي ان العقد لم يفسخ في هذا الحالة بل تأكيد وجوده واصبح الاساس في المطالبة بالتعويض ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي فللدائن وقد اصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، ان يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه بدلا من ان يطلب التعويض ، وفي هذه الحالة لايسع القاضي الا ان يجيبه الى طلبه اذ لامحل لامهال المدين بعد ان اصبح التنفيذ مستحيلا فيحكم بفسخ العقد والحكم هنا منشأ لامقرر له ،والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل بحكم القاضي .(190)

فاذا انفسخ العقد بحكم القانون كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه واقعه على المدين بهذا الالتزام على الرغم من انها وقعت بسبب اجنبي لا بد له فيه ، وهذا هو مبدا تحمل التبعة ومع ذلك لا يستطيع ان يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه بالخسارة في النهاية تقع عليه وحده .(191) ويرجع هذا الى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وهي فكرة التي يبني عليها انفساخ العقد اما اذا كانت الاستحالة قبل نشوء العقد ومطلقة كان العقد باطلا لافسوخا لاستحالة المحل اما اذا كانت الاستحالة نسبية سواء أكانت قبل نشوء العقد ام وجدت بعده وكذلك اذا كانت الاستحالة مطلقة ولكنها لم توجد الا بعد نشوء الالتزام فان العقد ينشأ صحيحا ثم يفسخ والمراد بالالتزام الذي استحال تنفيذه هو الالتزام الاساس الناشئ من العقود دون الالتزام الثانوي او التبعية ان الاثر المترتب على انفساخ العقد بحكم القانون هو الاثر نفسه المترتب على فسخه بالاتفاق او بحكم القاضي كما سبق فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها ولا محل للتعويض لان المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة وغير ذلك من الاثار فيما سبق ذكره سالفاً . قد يختار رب العمل فسخ عقد المقاوله .

وهناك اتصال بين الفسخ والمسؤولية العقدية ، فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ، فاذا كان العقد ملزما للجانبين جاز للدائن ان يطلب الفسخ (أي فسخ العقد ) جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي وجاز له ايضا ان يطلب التعويض ، ولكن لا على اساس فسخ العقد بل على اساس استيفائه ، والمطالبة بتنفيذه عن طريق ، وهذه المسؤولية العقدية . على انه اذا صح لأحد المتعاقدين ان يحاسب الاخر على عدم القيام بالتزاماته اما عن طريق الفسخ واما عن طريق المسؤولية العقدية فان الطريق الاول مفتوح دائما بحيث يسد الطرف الثاني في بعض الاحوال اذا يتفق ان يكون عدم قيام المدين بالتزامه انما يرجع الى السبب الاجنبي كما تقدم ولكن يبقى الفسخ بل ان العقد في هذه الحالة ( حالة السبب الاجنبي يفسخ بحكم القانون كما سنرى )

189 - 159 مدني مصري وتتفق معها المادة 341 موجبات وعقود لبناني ، 345 الالتزامات وعقود تونسي فيما عدا النص فيها على ان تكون الاستحالة بدون فعل المدين او تقصيره .

190 - السنهوري في الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، بند 490 ، ص 725 .

191 - السنهوري في الوسيط ، مصدر سابق ، ج1 ، ص 725 ، هامش رقم 1 .

(192) ان نظرية الفسخ ثمرة تطور طويل ، فقد كان القانون الروماني في بادىء الامر لايعترف بها ، فلم يبق امام المتعاقد الاخر الا ان يطالب بالتنفيذ .لايستطيع ان يتحلل من التزامه بطريق الفسخ ، ولكن الرومان بعد تطور افسحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقا في عقد البيع بعد اذ اصبح عقدا رضائيا فادخلوا فيه شرطا صريحا يخول البائع نسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن .

ثم نقل هذا الراي الى القانون الفرنسي القديم ، واتخذ صورة نظرية بمساحة طبقت في العقود جميعا ويتضمن معنى الجزاء وانتهى الى مايعرف بنظرية الشرط الفاسخ .

اذا لم يتم المقاول بتسليم العمل كاملا في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما فانه يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم ويكون لصاحب العمل وفقا للقواعد العامة طلب التنفيذ العيني او طلب الفسخ مع التعويض او طلب التويض حسب كل حالة وعلى نحو ما سبق تفصيله وللقاضي تقدير كل طلب منها وفقا للقواعد العامة .

ويجب على صاحب العمل في الاحوال جميعا ان يبدا او لا بان يعذر المقاول وان يطلب التنفيذ العيني فيجبر المقاول على التسليم اذا كان ذلك ممكنا ، واذا كان التسليم يقتضي تدخل المقاول شخصا جاز الالتجاء الى طريق التهديد المالي أي الغرامات المالية .

واذا كان ممكن الحصول على مثل الشيء موضوع المقابلة جاز لصاحب العمل ان يحصل عليه على نفقة المقاول .(193) بعد استئذان القضاء ودون استئذانه في حالة الاستعجال .

ولا يجبر المقاول على التسليم اذا كان العمل نشا وراء بعد ان اتمه انه غير راض بعمل فني او ادبي وان تسليمه على الوجه الذي هو عليه يضر بسمعته الفنية او الادبية .فان تقدير ذلك امر شخصي موكل الى رايه وتقديره وفي هذه الحالة لايبقى امام صاحب العمل الا طلب التعويض او طلب الفسخ مع التعويض .(194)

وسواء طلب صاحب العمل التنفيذ العيني او الفسخ فان له ان يطلب في الحالتين التعويض عما اصابه من الضرر من جراء اخلال المقاول بالتزامه ولما كان التسليم التزاما ببذل عناية ، فان مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعني اخلالا منه بالتزامه هذا ولا حاجة عندئذ لان يثبت صاحب العمل خطأ من جانب المقاول فعدم التسليم هو في ذاته خطأ .(195) ولا تنتفي مسؤولية المقاول الا باحد امرين :

اولهما – ان يثبت السبب الاجنبي على التفصيل السابق .

192 - السنهوري في الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، بند 462 ، ص 694 .

193 - دافيد – رسالته في عقد الاستصناع مشار اليها في السنهوري ، الوسيط ، ج 7 ، المصدر السابق ، ص 91 ، بند 52 ، هامش؟؟؟

194 - نقض فرنسي ، 1900/3/14 – دالوز 1900 - 1- 497 ، وباريس 1147/3/16 ومرجع اخرى مشار اليها في السنهوري في

الوسيط ج 7 / مصدر سابق ، ص 91 ، هامش رقم 3 .

195 - السنهوري في الوسيط ، ج 7 ، المصدر السابق ، بند 52 ، ص 92 .

ثانيهما – اذا اثبت ان العمل قد هلك او تلف او ضاع وانه بذل في المحافظة عليه غاية الشخص المعتاد لان التزامه بالمحافظة على العمل هو التزام ببذل عناية .

### الخاتمة

أن من الملاحظ أن الهدف من وراء هذه المسؤولية وذلك التشديد هو حماية رب العمل والذي كثيراً ما يكون غير ذي خبرة في الأمور الفنية للهندسة المعمارية وبالتالي ومن خلال هذه الحماية التي تكون رافداً لحماية المصلحة العامة وفي وضعنا الحالي والنظر إلى ما وصلت إليه المدنية من طفرات هائلة فإن من الضروري إعادة النظر في تلك العلاقات القانونية والتي تضمنها نصوص أصبحت اليوم تحتاج إلى الكثير من التغيير والاهتمام كما وان فكرة هذا الضمان ما عادت تحتل إلا أن تكون مسؤولية قانونية يوجبها نص القانون وأقامتها على فكرة الضمان القانوني أي انه يهتم بمسألة معينة ويأخذ بالحسبان كل متغيراتها ومستجداتها متجاوزاً القواعد العامة في شأنها . لأنه فكرة الضمان القانوني هي وحدها تسوغ أمامه المسؤولية على خطأ نفترض فرضاً غير قابل لإثبات العكس .

هذه المدة المقررة في الضمان الخاص تنتهي بمدة العشر سنوات ومن خلال ما عرض وجدنا أن بعض الفقهاء يرى انه لا يمكن الرجوع على المقاول أو المهندس أو نتيجة ما يحدث في البناء من عيوب وذلك لانتفاء ذلك بسبب انقضاء هذه المدة ولكن ترجيح الرأي الذي يقول بإمكانية الرجوع عليها وفقاً لشروط المسؤولية التقصيرية ولاسيماً إذا كانت مخالفة عمديه لشروط ومواصفات البناء.

حسناً فعل المشروع العراقي في عدم أيراد وصف للعيب قد يعيق على التطبيقات الواسعة في مجال المقاولات والهندسة المعمارية وبذلك قد أتاح فرصة اكبر إلى القضاء في مساندة ما قد يطرأ أو يعد عيباً في هذا المجال وكذلك كان موقفاً أيضاً في إعطاء مدة كافية لرفع دعوى الضمان على خلاف بعض التشريعات التي قصرت هذه المدة ولكن هناك مسألة أعمال إصلاح العيب واحتساب المدة فقد كان المشرع يفضل ذلك فيما إذا كان هناك اتفاق على احتساب مدة العشر سنوات من تاريخ الإصلاح أم أن المدة من تاريخ تسليم العمل إذا لم يكن هناك اتفاق حين بين المقاول أو المهندس ورب العمل .

بالنسبة للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى يجب أن يكون التقسيم لهذه على أساس المساحة بين البسيطة والمتوسطة والكبيرة على أساس مساحة البناء وطبيعة الغرض الذي تستخدم لأجله هذه المباني وتكون المتوسطة منها والكبيرة بضرورة أحالتها إلى لجنة فنية لتقييم أداء كل من المهندس والمقاول فيها وإمكانية فحص الصلابة والمتانة والأداء ولاسيماً إذا علمنا أن هناك من العيوب الخفية التي قد لا تظهر في هذه المدة وبالتالي يكون ضياعاً لغرض حماية المصلحة التي أوجبها القانون وتقويت مصلحة رب العمل الذي أراد المشرع حمايته ومن خلاله حماية المصلحة العامة . وضرورة التامين في هذا المجال حتى يمكن الرجوع إلى من هو اليسر في إصلاح العيب أو إعادة بناء ما تهدم ولاسيماً إذا عرفنا أن اكتمال المصلحة من خلال هذا الرجوع وبالتالي رجوع رب العمل إلى شركة التامين يكون أسهل وأيسر من الرجوع على المقاول والمهندس.

ومن خلال بحثنا لموضوع الالتزام بالضمان في عقد المقاوله تبينت لنا جملة من النتائج والمقترحات يمكن أجمالها بالاتي :-

ناولا :- أن الالتزام بالضمان يعد من الالتزامات الجوهرية في اغلب العقود سواء كانت ناقلة للملكية أم واردة على الانتفاع بالشيء أم واردة على العمل وان كان هذا الالتزام يبدو أكثر أهمية في عقد المقاوله نظراً لما يسببه الانهدام أو التعيب في الأبنية والمنشآت الثابتة الأخرى من ضرر فاحش لا يقتصر أثره على رب العمل بالذات بل يمتد ليشمل الكافة من الناس .

ثانياً :- أن القواعد العامة المتمثلة بنظرية الالتزام قد لا تشكل الضمانة الحقيقية الكافية لرب العمل في مواجهة المقاول والمهندس المعماري اللذين يعتبران من ذوي الخبرة والاختصاص خلافا لرب العمل الذي يفتقر في اغلب الأحيان لتلك الخبرة لذلك كان لزاماً أن توضع أحكام خاصة بالضمان بحيث أن مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري لا تنتهي بمجرد انجاز العمل وتسليمه

بل تبقى ممتدة لما بعد ذلك ومن خلال خضوعها لأحكام الضمان سواء أكان عاما أو خاصا وعلفى النحو الذي اشرنا إليه في ثنيا رسالتنا .

ثالثا :- أن مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري كجزء لا خلالهما بالالتزام بالضمان لا يمكن تصور حدوثها ما لم يكن هناك عقد مقالوة متوافر الأركان والشروط ويتم بموجب ذلك العقد انجاز العمل المتفق عليه وتسليمه وبذلك لا وجود للالتزام بالضمان إذا لم يوجد عقد مقالوة أو وجد ولكنه باطلا ولا يكف مجرد وجود العقد بل لابد من انجاز العمل محل المقالوة وتسليمه ليتسنى بعد ذلك أن نقرر هل ينشأ أم لم ينشأ التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان .

رابعا :- ندعو المشرع العراقي إلى ألا تستفد من التجربة الفرنسية في معالجة هذا الالتزام تلك التجربة التي تتميز بالثراء من النواحي التشريعية والفقهية والقضائية خاصة وبعد التعديلين الذين ادخلا على القانون المدني الفرنسي في الأعوام 1967 و1978 وان كان القانون المدني الفرنسي بنصومه الحالية قد أشار بطريقة أو بأخرى إلى بعض ملامح التجربة الفرنسية وعلى النحو الذي ذكرناه في الرسالة .

خامسا :- نؤيد ما ورد في املادة 871 / 1 من القانون المدني العراقي والتي أقرت مبدأ التضامن بين المقاول والمهندس المعماري حتى لا تقتصر الحماية من الأضرار على رب العمل فقط وإنما تمتد لتشمل جميع الأفراد بذلك نكون قد حققنا الصالح العام من جهة وأخرى سيصبح كل من المهندس المعماري والمقاول احدهما رقبيا على الآخر بسبب الشعور المسبق بان كل منهما سيكون مسؤولا .

## المصادر

المصادر باللغة العربية

القران الكريم

اولا : كتب الفقه الاسلامي

- 1- أبو عبد الله محمد عبد الله بن قدامة ، المغني ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 1983 .
- 2- احمد بن حيان ، الجامع الصغير ، مطبعة دار الفكر ، ج1 ، بدون سنة طبع .
- 3- احمد عبد بن عبد الرحمن الطرابلسي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، مكتبة النجاح ، طرابلس ليبيا ، بدون سنة طبع .
- 4- احمد بن محمد الحموي ، غمد عيون البصائر على الأشباه والنظائر، ادارة القران الكريم، باكستان ، بدون سنة .
- 5- الطبري ، جامع البيان في تفسير القران ، دار المعرفة بيروت ، طبعة 2 ، ج3 ، 1972.
- 6- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، القاهرة .
- 7- مصطفى الزلمي موانع المسؤولية الجنائية ، بغداد ، 1988 .
- 8- مصطفى شلبي المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، بلا مكان وسنة طبع .
- 9- علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الأول ، منشورات معهد البحوث والدارسات العربية ، القاهرة ، 1970.

### ثانياً: كتب اللغة

- 1- ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة جديدة ومحقة ، المجلد التاسع ، صادر ببيروت .
- 2- بطرس البستاني ، قطر المحيط، مكتبة لبنان ، جزء الثاني .
- 3- د. عبد الله العلاني ، الصحاح في اللغة والعلوم بلا مكان وسنة طبع.
- 4- عبد الله البستاني ، البستان ، المجلد الثاني ، المطبعة الامريكانية ، 1927 .
- 5- الفيومي ، المصباح المنير ، المكتبة العلمية ، بيروت ، الجزء الأول

### ثالثاً: الكتب القانونية

#### كتب القانونية:

- 1- د. احمد شوقي عبد الرحمن ، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ، بدون مكان طبع ، 1983 .
- 2- احمد محمد إبراهيم – القانون المدني الجديد معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وأراء الفقهاء ، الطبعة الأولى ، سنة 1964 .
- 3- د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، بدون مكان طبع ، 1964
- 4- أنيس سيد عطية ، الضمانات القانونية، بدون مكان وسنة طبع .
- 5- د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، طبعة 1989
- 6- د. جعفر الفضلي الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان ، الأردن ، 1997 .
- 7- د. حسن عبد الباسط جميعي ، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية .
- 8- د. حسن علي ذنون ، المبسوط ، ج2، الخطأ، مطبعة العزة ، 2001 .
- 9- د. حسن الذنون ، المبسوط ، المسؤولية المدنية ، الضرر ، شركة التايمس للطباعة والنشر ، بغداد ، بدون سنة طبع .
- 10- د. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، مطبعة مصر . مصر ، 1956 .

- 11- د. سعد جبر ، الضمان ألتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 .
- 12- د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1981 .
- 13- سليمان مرقص ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول ، مطبعة الجيلاوي سنة 1971 .
- 14- د.سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 1 ، المجلد ، فعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط5 .
- 15- د. صالح بن بكر الطيار – العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، منشورات مركز الدراسات العربي الأوربي ، الطبعة الثانية .
- 16- د. عبد الباقي البكري شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثالث . تنفيذ الالتزام 1971 ، مطبعة الزهراء ، بغداد .
- 17- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، القاهرة ، 1954 .
- 18- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، في شرح القانون المدني .
- 19- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الأول .
- 20- عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون ، نظرية الالتزام ، 1966 .
- 21- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،
- 22- عبد الرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة بيروت .
- 23- د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني الأردني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، 1988 .
- 24- د. عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات ، عمان – الأردن ، 2000 .
- 25- فتحي غيث ، قانون الهندسة ، الطبعة الأولى ، 1960 .
- 26- د. محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، المؤسسة الثقافية الجامعية الإسكندرية ، مصر ، بلا سنة طبع .
- 27- د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس ، مطبعة اوفسيت عشتار ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- 28- د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985 .
- 29- محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاوله دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، 1977 ، بدون مكان طبع .

- 30 - محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، الجزء الرابع ، ط1 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1953 .
- 31- د . محمد لبيب شنب ، شرح القانون المدني ، الجزء الرابع .
- 32- د . محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاوله في ضوء القضاء والفقہ ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004 .
- 33 -محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاوله ، ط1 ، دار النهضة العربية ، 1962 .
- 34 - د. محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الأول .
- 35- د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني . جامعة القاهرة ، طبعة 1991 .
- 36- ناجي ياقوت ، شرح أحكام عقد المقاوله . بدون مكان وسنة طبع .

#### رابعاً: الرسائل الجامعية

1. احمد بن فيصل ، الالتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2004 .
2. عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة 1974.
3. عماد محمد ثابت ملا حويش ، تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع ، رسالة ماجستير ، بغداد ، 1980 .
4. محمد علي صاحب ، ضمان الاستحقاق دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين المدنية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة النهريين ، 2005 .
5. نظام جبار طالب الموسوي ، فكرة الضرر الجمالي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، 2000 .

#### خامساً: القوانين والنشرات القضائية

- 1- إبراهيم المشهداني ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، وزارة العدل ، بغداد ، 1988 .
- 2- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 .
- 3- قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 51 .
- 4- قانون المدني الكويتي سنة 1980 .
- 5- القانون المدني الفرنسي 1804 .
- 6- قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .

- 7- مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر - سنة 2 - عدد 4 ، سنة 1958.
- 8- مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد ، المجلد السابع ، العدد الأول والثاني ، 1988 .
- 9- مجلة القضاء ، العدد 2 ، سنة 45 ، تصدرها نقابة المحامين العراقيين ، بغداد ، 1990.
- 10- مجموعة أحكام النقض التي تصدرها محكمة النقض والإبرام المصرية .
- 11- مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية من عام 1976- 1991 ، ج3 ، عمان ، الأردن.
- 12- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 ، الالتزامات ، مطبعة دار الكتاب العربي ، دون سنة طبع .
- 13- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 - ج5.
- 14- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج1 ، مكتب الفني ، نقابة المحامين ، عمان ، 1976.
- 15- مشروع القانون المدني العراقي لعام 1986 .
- 16- النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني ، محكمة التمييز ، بغداد.

المصادر: باللغة الانجليزية

- 1- Colim et Henri Capitout Traitde porit civil Tome 11 ,1959,P 98 .
- 2- Henrie et Leon – jran Mazeaud Lecons de Droit Civil – opcit , P 635 .
- 3- William H. Gill , super ,P 258 Dikeqting supra, P 136 .
- 4- William .H .Gillin. Emden and Fills Builbing Contracts and pracfrice ,1909 , p 257.











