جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النهرين - كلية الحقوق

اسم الطالب: بنين جاسم محمد عبود

عنوان البحث : عقد المقاولة من الباطن

اسم المشرف: أ.م حيدر مهدي نزال

ملخص البحث: عقد المقاوله من الباطن هو عقد يتم إبرامه بين الاطراف دون ان يظهر على وجهه ، مع تطور المجال الاقتصادي، أصبح عقد المقاوله من الباطن جزء لا يتجزأ من العقود المسماه الأكثر شيوعاً ورواجاً في العالم والتي تعهد بها شركة الى أخرى لتنفيذ المهام وفقاً لما هو مقرر سلفاً وبالمواصفات التي تم الاتفاق عليها لإنجاز كل أو جزء من العمل في الانتاج او الخدمة التي تحتفظ بالمسؤولية، كما تبدو لنا أهميته كعقد عمل ، استناداً إلى الاتفاق بين اطرافه والمحدده مع الالتزام بتحقيق نتيجة، ويأتي استخدام عقد المقاوله من الباطن عندما تعقد شركة ان ليس لها الوقت الكافي او الخبرة الفنية والمعدات اللازمة لإنجاز عمل معين ، لتستعين بمقاول آخر . في هذه الحالة، غالباً ما يكون لها دور مباشر في مفهوم المنتج والعلاقات بين الشريكين يتم وضعها على مستوى التبعية ولكن بتحقيق المساواة والالتزامات المتبادله، ومع ذلك حدث تغير كبير في السنوات الأخيرة حيث اصبح استخدام السوق لعقود المقاوله من الباطن على نحو متزايد.

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النهرين

كلية الحقوق

(عقد المقاولة من الباطن)

الى مجلس كلية الحقوق- جامعة النهرين

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس

في الحقوق

البحث مقدم من قبل الطالبة

بنين جاسم محمد عبود

بأشراف

أ.م. حيدر مهدي نزال

1445هـ

2024م

بسم الله الرحمن الرحيم

((وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى (39) وَأَنْ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى (40))

صدق الله العلي العظيم

سورة النجم

الإهداء

الى رمز الرجولة والتضحية .. الى من دفعني الى العلم وبه ازداد افتخار الى من شرفني بحمل اسمه (والدي) ، اطال الله في عمره .

جنة الدنيا وقرة عيني ومصباح حياتي ،، الى من ساندتني طوال حياتي (امي الغالية) ، طيب الله ثراها

الى (اخواني) ، من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب

(الى جميع اساتذتي الكرام) ، ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي

اهدي اليكم بحثي .

شكر وتقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى صلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه واهتدى بهداه إلى يوم الدين.

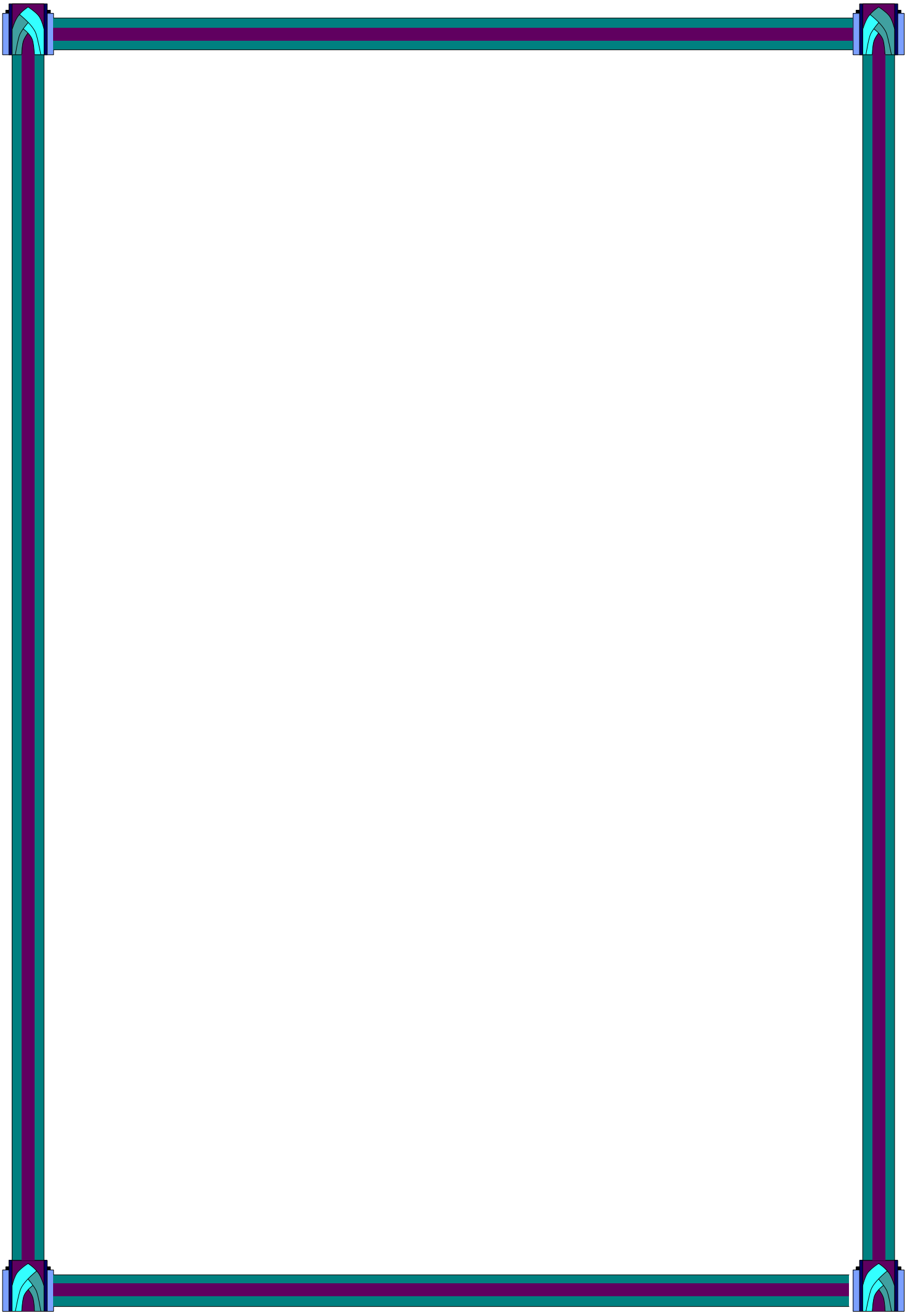
في بداية هذا العمل المتواضع الذي أسأل الله له القبول، لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى(**أ.م. حيدر مهدي نزال**) لتفضله بالإشراف على هذا البحث، والذي قدّم التوجيه والمساعدة بكل ما هو مفيد، ولكل ما أبده من ملاحظات وإرشادات قيمة كان لها الأثر الأكبر في إنجاز هذا البحث وإخراجه على أكمل وجه ،والذي ما توان يوما عن مد يد المساعدة لي وفي جميع الحالات وعسى الله أن يطيل عمره ليبقى نبراسا متلألئا في نور العلم والعلماء.. كما أتقدم بجزيل شكري وعظيم تقديري لأفراد عائلتي الذي كان لهم دور كبير في مساندتي في هذه المرحلة وأصدقائي الذين بذلوا ما بوسعهم لمساعدتي، وإلى كل من أسدى لي مشورة وقدم لي معونة، جزاهم الله عنا جميعاً خير الجزاء.

وفي الختام اللهم إني أسألك السداد والفلاح، أن يكون عملي هذا خالصاً لوجهك الكريم ومسخرا لرفعة شأن بلدنا العراق وأمتنا العربية والاسلامية، وفي ميزان حسناتنا يوم القيامة.

الباحثة: بنين جاسم محمد عبود

قائمة محتويات

ت	الموضوع	صفحة
1	المقدمة	3-1
2	المبحث الاول: مفهوم عقد المقاولة	4
3	المطلب الاول:تعريف عقد المقاولة من الباطن	5-4
4	المطلب الثاني : خصائص عقد المقاولة من الباطن	7-6
5	المبحث الثاني: احكام عقد المقاولة من الباطن	8
6	المطلب الاول:التزامات المقاول الاصلي اجاه المقاول من الباطن	9
7	الفرع الاول : التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل	9
8	الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول من الباطن	10-9
9	الفرع الثالث : التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن	11-10
10	المبحث الثالث: احكام المسؤولية المترتبة في عقد المقاولة من الباطن	12
11	المطلب الاول : التزام المقاول بانجاز العمل	13-12
12	الفرع الاول : الطريقة الواجبة في الانجاز	16-13
13	الفرع الثاني: التزام المقاول ببذل العناية اللازمة في الانجاز	17-16
14	الفرع الثالث: عدم التأخير في الانجاز	18-17
15	المطلب الثاني : جزاء اخلال المقاول بالتزام إنجاز العمل	20-18
16	الخاتمة	22-21
17	المصادر	26-23



المقدمة :

المقاول هو من يتعهد ، بموجب عقد المقاولة للطرف الاخر وهو رب العمل ان يصنع شيء او يؤدي عملا لقاء اجر .

والاصل ان يقوم المقاول شخصيا بتنفيذ العمل الذي التزم به الا ان هذا يجب ان لا يفهم بان على المقاول ان يقوم هو بالذات بكل اعمال المقاولة ، الا اذا كانت طبيعة العمل موضوع المقاولة تسمح بذلك واذا كان موضوع العمل يتطلب تنفيذ العمل الاستعانة بمقاول اخر والعمل يعدّ منجزاً من قبل المقاول رغم استعانة في انجاز العمل بمقاول اخر ويعدّ المقاول الاخر تابع الى المقاول الاصلي وهو مسؤول عنه باعتباره متبوعا وفقا للقواعد العامة الخاصة بمسؤولية المتبوع عن التابع.

وان العقد الذي يربط المقاول الاصلي بمستخدميه والمهندسين هو عقد عمل وليس عقد مقاولة ولذلك لا يعد هؤلاء مقاولين ثانويين بينما يرتبط المقاول الثانوي بالمقاول الاصلي بعقد مقاولة هو عقد المقاولة الثانوي . كذلك يختلف المقاول الثانوي عن مستخدمي المقاول الاصلي بينما يعمل مستخدمي المقاول الاصلي تحت اشرافه وبتوجيه منه .ويعدّ مستخدمو المقاول الاصلي تابعين له لانهم يمارسون اعمالهم بتوجيه منه وتحت إشرافه لذلك فان اساس مسؤوليته عنهم هو القواعد العامة الخاصة بمسؤولية المتبوع عن تابعية المقررة في القانون المدني . اما المقاول الثانوي فانة لا يعمل تحت اشراف المقاول الاصلي او بتوجيه منه وانما يعمل مستقلا عنه لذلك فهو لا يعدّ تابعا له ، الامر الذي يقتضي عدم عدّ المقاول الاصلي مسؤولا عنه وفقا للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن التابع .

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث بعدم تنظيم القانون العراقي لأحكام عقد المقاوله من الباطن وتركها للاحكام العامة مما يجعلنا نتلمس احكامها من خلال أحكام القضاء واللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني.

اهمية البحث:

1-تحقيقا لحماية المقاولين من الباطن باعتبارهم الطرف الضعيف اقتصاديا في علاقاتهم مع المقاول العام او الاصلي .

2- هناك العديد من المخاطر التي تهدد المقاول من الباطن وتحول دون الحصول على مستحقاته من المقاول الاصلي لاسيما عند افلاس هذا الاخير او اعساره الامر الذي يدفع المشرع الى ان يضع تنظيما تشريعيا يضمن حقوق المقاول من الباطن واستيفائه لمستحقاته عند افلاس المقاول الاصلي .

3- قد يكون مبعث اللجوء الى المقاولة من الباطن هو رغبة المقاول الاصلي في تحقيق ربح مالي وذلك بأن ينفذ الاعمال محل التعاقد بتكلفة اقل مما هو متفق عليه او قد يكون الدافع الى اللجوء الى المقاولة من الباطن هو تطلب الاعمال المعمارية محل العقد درجة عالية من الخبرة والتخصص الفني ، لا تتوافر الا لدى المقاول من الباطن مما يؤدي الى تعدد المقاولين الى درجة يقتصر معها دور المقاول الاصلي على مجرد التنسيق بين المقاولين من الباطن المشاركين في التنفيذ .

4-يعدّ موضوع مسؤولية المقاول او المقاول من الباطن بالتزاماته بإنجاز العمل من المواضيع المهمة وذلك نظرا لكثرة التزايد العمراني وعدم تنفيذ اعمال المقاولة بمستوى الشروط والمواصفات التي يستلزمها الاتفاق او تقتضيها اصول الصنعة مما يؤدي الى نهوض مسؤولية كل من المهندس والمقاول الاصلي والمقاول من الباطن.

منهجية البحث:

منهجية البحث اتبعت في كتابة هذا البحث المنهج التحليلي، وكذلك الاستعانة بآراء الفقهاء في المواضيع التي يتناولها القانون، مع تحليل واستخلاص النتائج والدلالات التي تنطوي عليها البيانات والمعلومات المجمعة.

خطة البحث:

المبحث الاول: مفهوم عقد المقاولة

المطلب الاول:تعريف عقد المقاولة من الباطن

المطلب الثاني : خصائص عقد المقاولة من الباطن

المبحث الثاني: احكام عقد المقاولة من الباطن

المطلب الاول:التزامات المقاول الاصلي اجاه المقاول من الباطن

الفرع الاول : التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل

الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول من الباطن

الفرع الثالث : التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن

المبحث الثالث: احكام المسؤولية المترتبة في عقد المقاولة من الباطن

المطلب الاول : التزام المقاول بانجاز العمل

الفرع الاول : الطريقة الواجبة في الانجاز

الفرع الثاني: التزام المقاول ببذل العناية اللازمة في الانجاز

الفرع الثالث: عدم التأخير في الانجاز

المبحث الاول

مفهوم عقد المقاولة من الباطن

تعد المقاولة من الباطن بمفهومها الوارد في القانون المدني صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن وبالتالي فهو عقد تابع لعقد مقاولة أصلي يعتبر من أهم المعاملات بين الخواص ويترتب عنه وجود علاقة بين ربّ العمل والمقاول الأصلي بالإضافة إلى نشوء علاقة بين هذا الأخير والمقاول من الباطن ومنه هذا النوع من العقود لابد من توفر بعض الشروط سوف تتضح من خلال دراستنا الى ثلاث مطالب حيث سنتناول في المطلب الأول تعريف عقد المقاولة من الباطن أما المطلب الثاني خصائص عقد المقاولة من الباطن أما المطلب الثالث تمميز عقد المقاول من الباطن.

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولة من الباطن

عقد المقاولة من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد اليه بتنفيذ عمل مع مقاول اخر من اجل تنفيذ هذا العمل كله او جزء منه ، فالمقاول لا تكون له صفة المقاول الا مع رب العمل ، اما بالنسبة الى من تعامل معه المقاول من الباطن فتكون له صفة رب العمل ويلجا الى مقاولين من الباطن عادة في العمليات الجسيمة التي تتناول اعمالا مختلفة فالمقاول الذي يقبل المقاولة يتفق مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الاجزاء المتعددة المتعلقة بحرف مختلفة ويحتفظ لنفسة بالأشراف عليهم وتوزيع العمل على كل منهم حيث نصت المادة (882) من القانون المدني العراقي "للمقاول ان يعهد بالعمل او في جزء منه الى مقاول اخر ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمقاول فهذا يتطلب ان يقوم المقاول بالعمل شخصيا " ،فلا يكفي القول بوجود مقاولة من الباطن ان يبرم المقاول الاصلي عقد مقاولة فرعي له بل لا بد وان يرتبط العقد الفرعي بالعقد الاصلي وذلك بان يشترك المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الاصلي كليا او جزئيا .[1]

[1] المحامي فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ، بغداد ، مطبعة بابل، 1984، ص12 .

فالعقد الاصلي والعقد اللاحق يفترضان ذاتية المحل ووحدته وان المقاول من الباطن[1]يجب ان يقوم بعمل في الموقع يتدخل بمقتضاه في تنفيذ العقد الاصلي الامر الذي يجسد وحدة العمل اذ ان المقاولة من الباطن لا تعدو ان تكون فرعا من العقد الاصلي .[2]

اما بالنسبة الى مدى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد ان يتسلم المقاول الاصلي العمل تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب فاذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك فلا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً الا في المدة التي يقتضي بها العقد او العرف.وعلى ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسؤولاً نحو المقاول الاصلي ، وبالتالي يكون المقاول الاصلي هو المسؤول الاصلي على المقاول من الباطن وبالطبع اذا اخل المقاول من الباطن بالتزاماته بشأن تسليم العمل مثلا بعد انجازه ، كان المسؤول عن ذلك نحو رب العمل هو المقاول الاصلي لا المقاول من الباطن فيرجع رب العمل على المقاول الاصلي حيث يرجع المقاول الاصلي على المقاول من الباطن .[3]

وعلى ذلك اذا ظهر ثمه عيب في المباني او المنشآت الثابتة كان المقاول الاصلي والمقاول من الباطن ضامنا لهذا العيب في عشر سنوات ، وذلك عملا بحكم الفقرة (2) من المادة (882) من القانون المدني العراقي فأنها قضت يبقى في حالة ايكال المقاول العمل الى مقاول اخر فان التزام المقاول المتعاقد لا ينتهي ويبقى قائما ويعتبر مسؤولا تجاه رب العمل عن اعمال المقاول الثانوي وعن الاضرار التي تلحق به جراء تنفيذ العمل محل المقاولة .[4] ويرجع المقاول الاصلي على هؤلاء المقاولين من الباطن وهذه المراجعة يمكن ان تفسح الفرصة فيما بينهم لقسمة المسؤوليات في حالة الاخطاء المتبادلة .[5]

---

[1] المقاول الباطن : يعني شخص يسمّى في العقد كمقاول الباطن ، أو أي شخص يتم تعيينه كمقاول الباطن لتنفيذ جزء مامن الأشغال ، والخلفاء القانونيين لأي من هؤلاء .

[2] أحمد عبد العال ابو قرين ،الاحكام العامة لعقد المقاولة ،ط1،جامعة عين شمس ،كلية الحقوق ، 2003،ص33.

[3] د. رافت محمد احمد حمادة ، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني ، بلا مكان طبع ، القاهرة ، 1995 ،ص26 .

[4] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، الاسكندرية ،منشأة المعارف ، 1994 ،ص244 .

[5] د. منصور القاضي ،القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ،الطبعة الاولى ، البنان ،الجامعة للنشر والتوزيع ،2004 ،ص458 .

المطلب الثاني

خصائص عقد المقاولة من الباطن

كل عقد من العقود خصائص تميزه عن غيره من العقود وينفرد بها ومن ضمنها عقد المقاولة من الباطن فهذا النوع من العقود ينفرد بنوعين من الخصائص أولها: تلك التي تجعله عقد مقاولة. وثانيهما: التي تجعله عقد مقاولة من الباطن. فعقد المقاولة من الباطن يختلف عن غيره من العقود كالبيع والايجار ، ومن جانب أخر لكي يوصف العقد بأنه عقد مقاولة لكن من الباطن . عقد المقاولة في القانون المدني العراقي هو واحد من أهم العقود التي تنظم الأعمال القائمة على المعاوضة وأشهرها مشاريع البناء. حيث أن مشاريع لبناء لا تخلو من المخاطر التي لا يمكن تجاهلها ولكن يمكن إدارتها من خلال عقود المقاولة المُجراة بين الأطراف المعنية. ويتم من خلال عقود المقاولة حماية وتنظيم حقوق العامل الذي يتولى عملية بناء أو تشييد أحد الأبنية أو غيرها من الأعمال الأخرى القائمة على المعاوضة، وقد عرّف القانون المدني العراقي في نص المادة (864) من قانون المدني العراقي تعريف عقود المقاولة وكذلك أهم السمات والخصائص التي تميزها، وذلك بعدما نقوم بتعريف عقد المقاولة وفقاً لما وُرد في القانون وايضا هناك سمات وخصائص أساسية له.

1. هو عقد لا يقوم على أساس الاعتبار الشخصي، إلا إذا هناك بالعقد شرط يمنع المقاول من استخدام مقاول من الباطن أو كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. [1].
2. هو عقد رضائي: من خصائص وسمات عقد المقاولة في القانون المدني العراقي هو أنه عقد رضائي، أي يقوم على رضا الطرفين في المقام الأول. حيث أنه لا تحتاج عقود المقاولة إلى أية شكليات معينة في انعقاده، إلا في حالة ما إذا قام الأطراف بالاتفاق على شكلية العقد.
3. هو عقد معاوضة: عقود المعاوضة تعني أن كل طرف يأخذ شيء مقابل شيء آخر، وهذا من ضمن خصائص وسمات عقد المقاولة وفقاً لما وُرد في القانون المدني العراقي. حيث أنه وفقاً لتعريف عقود المقاولة في القانون المدني بنص المادة 864 فإن كل طرف من أطراف العقد يأخذ مقابلاً لما يعطي وهذا بالضبط معنى المعاوضة[2].

فالطرف صاحب الخبرة الذي سيقوم أداء عمل ما أو صنع شيئاً معيناً للطرف الآخر أو صاحب العمل سيأخذ أجراً مقابل ما يفعله، وكذلك الطرف الآخر أو رب العمل سيحصل على عمل معين أو شيء مصنوع نظير الأجر الذي سيدفعه وهكذا.

---

[1] شرح أحكام عقد المقاولة، محمد لبيب شنب،دار النهضة العربية،2004، ص 43

[2] الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية،دالميسرة،بيروت، عام ٢٠١٤ ،صفحة ٢٢.

4. هو عقد ملزم للجانبين: أحد أبرز خصائص وسمات عقد المقاولة في القانون المدني العراقي هو إلزامية العقد، حيث أن إقامة عقد مقاولة بين طرفين يعني أن كل منهما ملتزم تجاه الآخر بمهمة معينة. وهذا لأن العقود في الأساس يترتب عليها التزامات متقابلة على كلا الطرفين، والتي من خلالها يتم حماية وتنظيم الحقوق والالتزامات[1].
5. هو عقد وارد على العمل: أي أنه ليس وارد على الشخص (فالتعاقد يكون على صنع باب، وليس على صانع الباب[2]).

كما نصوص عقد المقاولة لا يوجد فيها تعريف لمصطلح (مقاول الباطن المسمي) حيث أنه سيظل مقاول باطن ولا يوجد له أحكام خاصة به من خلال المظلة العامة للقانون.

غالبا يتم اللجوء لموضوع (مقاول الباطن المسمي) من خلال تطبيق أحد العقود الدولية (غالبا عقد فيديك) كما هو شائع في مصر والدول العربية. وبالتالي سوف يتم دائما اللجوء للبنود المكتوبة في العقد أولا قبل اللجوء للقانون لأن العقد شريعة المتعاقدين ولا ينبغي لأحد ان يتجاوز إرادة الأطراف ويقوم بتطبيق أحد القواعد خارج نطاق العقد إلا فقط في حالة مخالفة العقد للنظام العام مثلا أو أحد القواعد الآمرة في القانون التي لا تسقط حتي لو تم النص علي غير ذلك. أما في الوضع العادي فسوف يتم تطبيق العقد أولا ثم النظر للقانون في حالة غياب نص تعاقدي.

وفقاً لما وُرد حول عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، فإن الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود هي من العقود المسماة التي تقع على العمل نفسه لا لذات العمل كعقد العمل بل أنه نتيجة باعتبار أن العمل فيه يكون عملاً مادياً وليس تصرفاً قانونياً كما في عقود الوكالة[3].

[1] مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، الجزء الأول عام ١٩٩٩، صفحة ١٤٠.
[2] لياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، اركان العقد، الجزء الأول، عام ١٩٨٦، صفحة ٦٥.
[3] سامي محمد الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩ ،ص ١٣٨.

المبحث الثاني

احكام عقد المقاولة من الباطن

وفقا للمادة (870) من القانون المدني العراقي المسؤول هو المهندس المعماري الذي ارتبط مع رب العمل بعقد المقاولة موضوعة وضع تصميم بناء والاشراف على تنفيذه ، والمقاول المرتبط بعقد مقاولة هو القيام بعملية البناء وفقا للتصميم المعمول .

فاطراف المسؤولية اذاً مرتبطان عقديا وان هذه المسؤولية لا تتحقق الا اذا حصل تهدم او عيب في البناء محل التعاقد اي اذا حصل اخلال بالالتزام بسلامة البناء وهذا الالتزام ينشا عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة ورب العمل من جهة اخرى ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية لا نها ناشئة عن الاخلال بالتزام عقدي[1] وذلك سواء نص على هذا الالتزام صراحة في العقد او لم ينص لان هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون ويترتب على اهمية مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية في انهما يلتزمان بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه اذا تحققت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحقة من جراء التهدم في البناء او وجود عيب فيه ويشمل التعويض وفقا للقواعد العامة ما لحقه من خساره وما فاته من كسب وعلى هذا فيشمل التعويض النفقات اللازمة لإعادة البناء اذا كان قد تهدم كله او لإعادة بناء الجزء المتهدم او اصلاح العيب كان لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك ايضا ولكن التعويض يجب ان يقتصر على الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فلا يشمل الضرر غير المتوقع الا اذا اثبت غش او خطاء جسيم في جانب المسؤول وللمحكمة بدلا من الحكم بتعويض نقدي ان تحكم بالتنفيذ العيني واعادة الحال الى ما كانت عليه والخيار بين الحكم بتعويض نقدي وبين الامر بإعادة الحال الى ما كانت عليه متروك للمحكمة فلا يستطيع رب العمل او المقاول الزام باختيار احدهما فاذا اخل المقاول بالتزامه بانجاز العمل فيكون من حق رب العمل وتطبيقاً للقواعد العامة ان يطلب التنفيذ العيني وهذا هو الاصل فاذا رفع المتضرر دعوى مطالباً بالتعويض وعرض عليه المقاول التنفيذ العيني وجب عليه قبول ما عرضه المقاول ولا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا عملت بهذا الفرض حتى اذا اصر رب العمل على طلب التعويض دون التنفيذ العيني[2]

---

[1] –نقض 2000/7/1 الطعن رقم 1390 لسنة 69 ق مشار الية في العقود الواردة على العمل ، عقد المقاولة ،ابراهيم سعيد احمد ، الاسكندرية ، منشاة المعارف ،2003 ،ص75 .

[2] –أنظر المادة (246) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة(203) مدني مصري .

المطلب الاول : التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن

يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول الفرعي بجميع الالتزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة رب العمل، ابتدءا من تمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل وتسلمه بالإضافة إلى دفع الأجر، وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل

يلتزم المقاول الأصلي كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل، وسوف نرى أن هذه الالتزامات هي تمكين المقاول من انجاز العمل وتسلم العمل بعد إنجازه، ودفع الأجر[1].

يلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن بإنجاز العمل، فإن كان المقاول من الباطن يحتاج إلى مهمات وأدوات تعهد المقاول الأساسي بتقديمها له ليباشر العمل أو يتمه ويجب على المقاول الأصلي أن يقدم هذه المواد والمهمات والأدوات إلى المقاول من الباطن في الوقت المتفق عليه أو خلال وقت معقول ومناسب[2].

وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج ، وجب على المقاول الأصلي ان يقدم له ذلك لتمكنه من انجاز العمل وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعددين، بحيث لا يحول أحد دون تمكين الأخريين من تنفيذ أعمالهم[3].

فإذا لم يقم المقاول الأساسي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل على النحو المتفق عليه، كان للمقاول من الباطن تطبيقا للقواعد العامة أن يطلب التنفيذ عينيا مع فرض غرامة تهديدية عن التأخير، كما له أن يطلب التعويض في هذه الحالة إذا اقتضى الأمر[4].

الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول من الباطن

كما يلتزم المقاول أن يتسلم العمل من المقاول من الباطن بعد انجازه فإذا أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت تبعا للمألوف في التعامل وان يتسلمه في مدة وجيزة، فإذا امتنع دون سبب مشروع بعد

---

[1] احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة الوكالة و الوديعة والحراسة) ، جزء سابع ، المجلد الاول ، منشأ ، المعارف، الاسكندرية ، 2004.

[2] الياس ناصيف ، المرجع السابق، ص 2

[3] السنهوري عبد الرزاق أحمد ، مصدر سابق، ص 213.

[4] العضلي جعفر الوجيز العقود المدنية (البيع الإيجار المقاولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة .

إعذاره عن تسلم العمل اعتبر قد تسلمه، أما إذا كان المقاول من الباطن قد خالف الشروط الواردة في العقد أو ما تقضي به أصول الصنعة فله أن يمتنع عن تسلمه.

ويكون تسلم المقاول الأصلي للعمل في الميعاد المتفق عليه وقد يحصل أن يكون العمل محل المقاولة متضمنا عدد من الأجزاء التي تستقل بعضها عن بعض الأخر وإذا كان محلا لعقد واحد، فإن المقاول الأصلي يعتبر منفذا لالتزامه إذا تسلم الجزء الذي تم إنجازه متى وضع المقاول من الباطن ذلك الجزء تحت تصرفه مع دفع الأجر المحدد للجزء المذكور، وإذا امتنع المقاول الأصلي على تسلمه فيحق للمقاول الثاني أن ينذر المقاول الأصلي بوجوب قيامه بالتسلم خلال مدة مناسبة يحددها في الإنذار[1].

فإذا لم يقم المقاول الأساسي بتسلم العمل وتقبله في الميعاد المتفق عليه أو في مدة معقولة ، كان المقاول من الباطن تطبيقا للقواعد العامة، أن يجبر المقاول الأصلي على تنفيذ التزامه عينا و وله الحق أن يطلب التعويض عن العمل والضرر إذا اقتضى الأمر[2].

كما أن التسلم يكون في مكان انجاز العمل، ويتم استلام العمل المنجز المقاول الأصلي العمل وفقا لطبيعته وإذا كان العمل متكونا من أجزاء مستقلة أو كان الأجر محددا بسعر الوحدة، جاز لكل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن أجراء المعاينة والتسلم عقب انجاز كل جزء أو وحدة من العمل يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها وإذا لم يفي المقاول الأصلي بالتزامه من تسلم العمل وتقبله في الميعاد القانوني، كان للمقاول من الباطن ان يجبره على تنفيذ التزامه عينه[3].

الفرع الثالث : التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن

يلتزم المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول الثاني أي المقاول من الباطن ويلتزم من الجهة الأخرى بدفع إلى المقاول الثاني الأجر الذي تم الاتفاق عليه في العقد وبالطريقة المتفق عليها، فإذا سكت العقد عن تحديد الأجر الذي يستحقه المقاول الثاني فإن اجر المقاول إنما يحدد بالرجوع الى قيمة العمل والنفقات.

وإذا اتفق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول من

---

[1] ناصيف إلياس، مصدر سابق، ص 26.

[2] توفيق زيداني، مصدر سابق ، ص 57.

[3] السنهوري عبد الرزاق احمد ، مصدر سابق، ص 214.

الباطن أن يخطر في الحال المقاول الأصلي بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الأجر فإذا لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات[1].

أما إذا هو أخطر المقاول الأصلي بزيادة جسيمة الأجر تقابل المجاوزة جسيمة، جاز للمقاول الأصلي أن يوقف تنفيذ العمل وأن يتحلل من العقد على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع الوفاء للمقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل وهذا ما نصت عليه نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري، أما إذا اتفق على أجر إجمالي جزافي على أساس تصميم معين، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حصل في هذا التصميم التنفيذ والحق في الحبس كما له ان يطلب التعويض التعويض ويكون خاضعا لسلطة المحكمة التقديرية[2].

كما للمقاول من الباطن طريق أخر يمكن أن يسلكه بحبس العمل وسائر الأعمال التي استلمها من المقاول الأساسي للقيام بالعمل إلى أن يدفع له الأجرة، وما يكون قد سرفه، عند الاقتضاء ما لم يكن العقد يقضي بالدفع في أجل معين، وفي هذه الحالة يكون المقاول من الباطن مسئولا عن الأشياء التي حبسها تطبيقا للقواعد العامة[3].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدرسابق، ص ص 214- 215

[2] الفضلي جعفر ، مصدر سابق ، ص 412.

[3] نصيف إلياس ، مصدر سابق، ص 27.

المبحث الثالث

احكام المسؤولية المترتبة في عقد المقاولة من الباطن

أن الالتزام الرئيس الذي يقع علي المقاول هو الالتزام بإنجاز الشيء بالطريقة الذي أتفق بها مع رب العمل[1]وتشكل المواصفات الفنية العامة جزاء كبيرا ومهم من هذا الاتفاق. لذا يجب أن يكون الاتفاق متضمن تفاصيل ومواصفات العمل المطلوب تنفيذه[2]. مع الإشارة إلى من يضع هذه المواصفات يجب أن يكون ملما بأعداد هذه التفاصيل ولا مشكله في جدول الكميات فقد تكون تخمينية.

وصلب هذا الالتزام يتضمن عده واجبات علي المقاول القيام بها أتجاه رب العمل. فالإخلال بهذه الواجبات يرتب القانون الجزاء علي المقاول نتيجة هذا الاخلال. فالمهنة على المشتغل بها حق الاتقان. فمن يعمل لأجل كسب لقمه العيش وبين من يعمل بدافع من داخله لحبه هذه المهنة فيقوم بها على وجه الاحتراف والاتقان وهذا فارق كبير فالاستعداد الشخصي والمهارة الذاتية تلعب دورا في التغلب على المصاعب الفنية لأجل الوصول إلى الاحتراف وإنجاز العمل بحسب ما تقتضيه اصول المهنة والاتفاق[3]

المطلب الاول: التزام المقاول بإنجاز العمل

كي يتمكن المقاول القيام بالتزامه لإنجاز العمل المتفق عليه مع رب العمل يتحتم عليه أن ينفذه بالطريقة الواجبة – بل يجب عليه أيضا أن يبذل في سبيل هذا الاداء العناية اللازمة. ومن غير المناسب ان يبذل المقاول عنايه الشخص المعتاد بل عليه ببذل أكبر عنايه ممكنه لأنه يبقي مسؤولا لحين إنجاز العمل المطلوب[4]. بغض النظر عن المادة المستخدمة في تنفيذ العمل أي سواء كانت مادة العمل قدمها المقاول أو قدمها رب العمل. وكذلك يجب

---

[1] السنهورى – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ القسم الاول.٧ العقود الواردة علي العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة/نهضة مصر، ص ٦٤

[2] فتحى غيث قانون المهندس، دار المعرفة، مكتبة وزارة العدل، ١٩٦٠ ، ص٤٩.

[3] خولة كاظم محمد المعمورى، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، بحث منشور، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد١ ،٢٠١٦، ص٧.

[4] المادة 51 من القانون المدني العراقى (١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية

عليه ان يكمل العمل المطلوب منه محل المقاولة في المدة المتفق عليها وفي حال عدم الاتفاق عليها فيجب ان تكون مناسبة.

الفرع الاول: الطريقة الواجبة في الانجاز

يلتزم المقاول بأن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها مع رب العمل استنادا عقد المقاولة وطبقا للشروط التي وردت في بنود العقد. وحسب دفتر الشروط الواردة في مقاولات التشييد أذا وجد هذا الدفتر – وإذا لم يكن هنالك شروط متفق عليها وجب أتباع العرف وبخاصه أصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول[1] فالأعمال التي تصح ان تكون محلا للمقاولة أصولا خاصه بها تختلف عن الأخرى. فيجب علي المقاول أثناء تنفيذ العمل المطلوب أن يراعى هذه الاصول الخاصة بالصناعة.

فعندما يخالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تمليها أصول الصنعة وعرفها واثبت ذلك رب العمل. يعتبر المقاول مخلا بالتزاماته ويوجب عليه الجزاء – ودون الحاجة لان يثبت رب العمل خطا من جانب المقاول – لان مخالفه هذه الشروط خطأ[2].

ومن الجدير بالذكر أن أتجاه المشرع العراقي في نص المادة (١٥٠) ضمن القواعد العامة. كان أكثر دقه من النص عليها ضمن التزامات المقاول كما وردت في التشريع الكويتي ضمن المادة (٦٦٦ –) (ومن التطبيقات القضائية – ما قضت به محكمه التمييز العراقية في قرار لها (تعتبر الشروط العامة والخاصة جزءا من عقد المقاولة يجب تنفيذها. أما العمل الاضافي فهو لا يتناوله عقد المقاولة ابتداء. وانما يتناوله المتعاقدان باتفاق لاحق عليها[3](كذلك ما قررته محكمة التمييز العراقية:

---

[1] السنهوري، المصدر السابق، ص٥٦

[2] السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٦–٦٦.

[3] قرار محكمة التمييز رقم ٥/ هيئة عامة /٩٧١ والمؤرخ في ١٩٧٢/٢/٩١ النشرة القضائية/العدد الأول، السنة الثالثة، ص٨٥.

(الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاولة يكمل بعضها بعضا وكلها ملزمه للطرفين)[1]

وعليه يجب أن نؤكد في حاله مخالفه المقاول الشروط المتفق عليها. أو لم ينفذ العمل المطلوب وفق الاصول الفنية يعتبر مخلا بالتزاماته. وعند أثبات ذلك من جانب رب العمل يعتبر المقاول قد أرتكب خطأ يوجب المسؤولية العقدية. فلا يستطيع المقاول التخلص من هذه المسؤولية الا بأثبات ان اخلاله يعود إلى سبب اجنبي (القوة القاهرة، أو خطأ رب العمل نفسه، فعل الغير.

ان المقاول أثناء انجازه العمل المتفق عليه قد يخل ببعض الشروط والمواصفات ولاحظ ذلك بالعمل مثاله (كأن لم يصل المقاول البناء بالأساس إلى العمق الكافي. او سمك الجدران لم يجعله وحسب المتفق عليه والنجار لم يستخدم الخشب في صنع الاثاث وحسب المتفق عليه او من درجه اقل جوده. لذا فقد أتاح القانون لرب العمل في هذه الحالات حق التدخل استثناء لمنع المقاول من الاستمرار في عملا معيب او منافي لشروط العقد، لان الاصل (عدم احقيه رب العمل لأشراف وتوجيه المقاول[2]. وعليه يكون كالعقد الإداري التي تمنح الإدارة امتيازات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص. فأول هذه الامتيازات حق الإدارة في الرقابة والتوجيه وفق متطلبات تسيير المرافق العامة التي تحكم العقود الإدارية[3]. أما عقد المقاولة. فالمقاول يعمل أثناء تنفيذ عمله مستقلا وحسب طريقته بحيث يكون بمعزل عن رب العمل – ألا أنه من حق رب العمل أن يراقب عمل المقاول للتأكد أن العمل المنفذ طبقا للمواصفات المتفق عليها بل ووفقا لأصول الصنعة واهل الحرفة. وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي.

1. أذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدد له. فاذا انقضي الاجل دون ان يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة – اتاح القانون لرب العمل أن يطلب أما فسخ العقد. واما أن يعهد بالعمل إلى مقاول أخر على نفقة المقاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك. ويجوز فسخ العقد في الحال أذا كان الاصلاح ما في طريقه التنفيذ من العيب مستحيلا.

---

[1] قرار محكمة التمييز رقم ٣٤/ هيئة عامة/٩٧١ والمؤرخ في١٩٧١/٦/٦٢/النشرة القضائية /العدد الثاني /السنة الثانية ،١٩٧٢ ص٦٢.

[2] محمد رجب بكري، التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للسنة الثانية، 1986، ص٨.

[3] الجبوري، ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، جامعة الموصل، دار الكتب للطباعة، ١٩٩٦، ص٤٣٢.

2. علي ان العيب في طريقه التنفيذ أذا لم يكن من شانه أن يقلل إلى حد كبير من قيمه العمل او من صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد .

واشاره إلى الفقرة الاولى من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي التفريق بين امكان اصلاح طريقة التنفيذ المعيب كونه ممكنا وكون طريقة الاصلاح المعيب مستحيلا. وهذا ما سوف نتكلم عنه وفق:

أولا – وثانياً

أولا: حالة كون اصلاح العيب في طريقة التنفيذ ممكنا[1].

ويتجسد ذلك في حاله ان المقاول يحضر البناء لأساس الدار علي عمق أقل مما ينبغي أو يبدأ الحائك بصنع الثوب على خلاف ما اشترطه مع رب العمل – فإذا أدرك رب العمل خطأ المقاول – وكانت الظروف تدل علي خطأه وإهماله، فالرب العمل التدخل وتنبيه المقاول – عن طريق الانذار بإزالة المخالفة. فاذا كان العمل في بدا ته والطلب منه بضرورة أتباع الطريقة الصحيحة – على أن يحدد رب العمل أجلا مناسبا كي يتمكن المقاول من اصلاح ما ظهر من عيب في العمل دون ان ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب او مناف للعقد ودون أن يتنظر موعد إنجاز العمل – فالمقاول لم يقطع سوى مرحلة قصيرة في التنفيذ المعيب. بحيث أن العودة إلى التنفيذ الصحيح لا يكلف الا نفقات قليله فليس من الضروري الخروج علي القوه الملزمة للعقد ابتداء – بل يجب أن يوجه رب العمل أعذار[2]. أن يعهد بالعمل إلى مقاول اخر علي نفقه المقاول أولا

(٨٦٩) مدني[3](بالإضافة إلى احكام المادتين (250)، (٨٦٩) من القانون المدني العراقي المتعلقة بجواز احاله العمل إلى مقاول أخر.

ثانيا: حالة كون اصلاح العيب في طريقة التنفيذ مستحيلا

---

[1] حسب المادة (٦٤٢) الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي.

[2] الاعذار:عمل ايجابي يصدر من الدائن يعبر فيه عن رغبته بضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه والا كان مسؤولا عن ذلك مال /التزام بضمان سلامه الاشخاص في تنفيذ العقود / على مطشر عبد الصاحب. اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٧ص ٣٠٢.

[3] قرار محكمه التمييز رقم (١٢١٢/ح/٩٥٥. والمؤرخفي٣٠ /١/١٩٥٦، مجلة القضاء، العدد الثالث السنة الرابعة ١٩٥٦، ص٤٥١.

وتكون هذه الحالة عندما يوشك المقاول علي انهاء العمل. فيستحيل علي المقاول إصلاح العمل المعيب. مع مراعاة أنه يكون لرب العمل منذ البداية ملاحظه ذلك فيكون له الحق في أن يطلب من القضاء فسخ العقد (وحسب المادة ٩٦٨ من القانون المدني العراقي. وذلك لمخالفه المقاول الشروط المتفق عليها دون الحاجه إلى قيام رب العمل تنبيه المقاول بإنذاره وامهاله مده للرجوع إلى الطريقة الصحيحة، لان رب العمل أنما يلتزم بذلك لغرض إصلاح العيب الممكن إصلاحه – وعليه فلا توجد فائدة من إعطاء مده في حالة استحالة اصلاح التنفيذ المعيب – وحتى ان أقامه دعوى الفسخ لا يعني مطلقا الحكم بالفسخ[1] فطلب رب العمل بالفسخ في حاله استحالة التنفيذ المعيب خاضع لسلطه المحكمة التقديرية في تقدير كون العيب يمكن تداركه من قبل المقاول – بالإضافة إلى ذلك ان القانون نفسه قيد سلطه المحكمة في الحكم بالفسخ.

الفرع الثاني: التزام المقاول ببذل العناية اللازمة في الانجاز

بصوره عامه أن الالتزام في عقد المقاولة أما ان يكون التزاما بتحقق غاية وأما أن يكون التزاما ببذل عنايه، وعليه تكون المسألة نسبية تختلف بحسب العمل. فاذا التزم المقاول في عقد المقاولة ببناء دار معينه خلال مده معينه كأن تكون سته أشهر. نكون امام التزاما بتحقق غايه وهي قيام المقاول بالعمل المذكور. فلا يكون ذلك الا بتحقق هذه الغاية، فاذا لم تتحقق الغاية كان سبب في ذلك يكون الالتزام غير منفذ. وعليه متى ثبت عدم إنجاز العمل من قبل المقاول، ثبت الخطأ العقدي من جانبه.، ولا يستطيع أن ينفيه بأثبات أنه قدم ما في وسعه من اجل إنجاز العمل. فلم يستطيع ذلك لأنه ملزم بتحقيق غايه ولم يتمكن من تحقيقها. وليس أمام المقاول الا السبب الاجنبي لنفى العلاقة السببية، والا الخطأ بتا في جانبه، والمسؤولية العقدية متحققة. فحاله انتفاء المسؤولية انما يكون من نفى العلاقة السببية لا من نفى الخطأ اساسا.

والاصل أن مقدار هذه العناية هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، علما أن هذا المقدار يزيد وينقص حسب ما نص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق – فعند بذل المقاول العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم يتحقق الغرض من بذل العناية.

---

[1] محمد رجب بكرى – التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي/بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للسنة الثانية، 1986، ص٥١.

أذا كانت القواعد العامة للمسؤولية العقدية تقضى بانقضاء الالتزامات الناتجة عنها عند أنجازها. الا ان لهذا المبدأ استثناء وهو المقاولات الإنشائية[1].

فحالة امتداد الضمان فيها بنص من المشرع ولولا هذا النص لاعتبرت منقضيه بإنجاز العمل[2]. وعليه يمكن القول بأن عنايه الرجل المعتاد تمثل بما يلي[3]:

1. تنفيذ كافة الالتزامات العقدية.
2. أخطار الدائن بالمعلومات الضرورية.
3. حسن اختيار التابعين وحسن مراقبتهم.
4. التأكد من صلاحية الآلات والمواد المستعملة في تنفيذ العمل.
5. تكييف العناية تبعا لتبدل الظروف.
6. قيام المدين أعمال الفضالة لمصلحه الدائن.
7. تسيير استعمال الدائن بحقوقه التعاقدية.

الفرع الثالث: عدم التأخير في الانجاز

ان أهم ما يقع على عاتق المقاول بالتزام الرئيس مسؤولية إنجاز العمل هو عدم التأخير. فهو من اهم الواجبات. فيجب علي المقاول مسؤولية إنجاز ما التزم به استنادا إلى عقد المقاولة وبالمدة المتفق عليها مع رب العمل. واذا لم تحدد المدة. فيجب إنجاز العمل في المدة المعقولة التي يراعي في تحديد هذه المدة طبيعة العمل المطلوب ومقدار وما يقتضيه من دقه. وحسب ما يعرفه رب العمل من مقدرة وامكانات المقاول ومسؤولية المقاول مصدرها من ان التنفيذ اذا لم يتم في الوقت المحدد. فلا فائدة منه بعد ذلك. وهذا يمكن ان يكون

---

[1] د. احمد عبد الرزاق السنهورى – مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، ج ٦، بيروت– لبنان، مكتبة جامعة بغداد، ص١١٤

[2] اذا كانت القواعد العامة للمسؤولية العقدية تنقضي بانقضاء الالتزامات الناتجة عنها عند أنجازها: الا ان لهذا المبدأ أستثناء وهو المقاولات الانشائية فحالة الضمان فيها بنص من المشرع ولولا هذا النص لاعتبرت منقضيه بإنجاز العمل /فرح على كاظم – الضمان العشري، بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات نيل الدبلوم العالي، 2018، ص٢١

[3] عبد الجبار جى صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبعة بغداد، دار الرسالة للطباعة، ١٩٧٢ ، ص٤٧٢ وبعدها

(تخلف العوض المطلوب) لان العوض في هذه الحالة ليس فقط تسليم شيء معين. اذ أنه غير ممكن تجاهل قيمه الوقت كعنصر اقتصادي في مجال عقود المعاوضات[1].

فإنجاز العمل بعد المدة المتفق عليها يكون المقاول مسؤولا عن التأخير حتى لو كانت المدة المتفق عليها غير كافيه لإتمام العمل الذي تعهد به المقاول. لان قبوله بالمدة المتفق عليها كان بإرادته. وعليه تحمل نتائج خطئه.

المطلب الثاني: جزاء اخلال المقاول بالتزام إنجاز العمل

كان البحث في الفرع الاول عن الواجبات التي يتضمنها التزام المقاول في إنجاز العمل. اما ما نحن بصدده هو الجزاء الذي يترتب علي\ى اخلال المقاول بهذا الالتزام أن المقاول صانعا فهو ملزم بصنع ما التزم به اتجاه رب العمل فيجب عليه ان يقوم بالخدمة الذي رضي الاتفاق [2]فيعتبر المقاول مخلا متى أخل بشروط المقاولة. أو لم يتبع اصول الفن في تنفيذ عمله، كذلك الحال عندما يتعهد بتقديم مادة العمل بجودة اقل ودون المواصفات الفنية المتفق عليها. او كونها لا تصلح اصلا. بل ويعتبر مخلا ايضا اذا لم يقم يبذل العناية اللازمة. ففي المباني والمنشئات الثابتة يضمن المقاول المهندس طريقة العمل ان كانت ليست بالمستوى المطلوب فيؤدي إلى ظهور العيوب[3].

وأخيرا يعتبر المقاول مخلا عندما يتأخر في إنجاز العمل عن الموعد المقرر او المعقول. بشرط ان لا تكون نسبة هذا التأخير وسببه يرجع إلى (سبب اجنبي) لا يد للمقاول فيه. وهناك من يضيف صورة للإخلال وتكون بصورة التنفيذ الجزئي[4] وعليه اذا أثبت رب العمل اية من حالات الاخلال بالتزام. فأن المقاول يعتبر قد أرتكب خطأ. ومصدر هذه المسؤولية هي المسؤولية العقدية[5] ويكون لرب العمل الخيار في اتخاذ الاجراء الذي يناسبه. اما ان يطلب التنفيذ العيني.

---

[1] د عبد الجبار جى صالح ، انقضاء عقد المقاولة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٩ ، ص٥٤٢.

[2] على هادي علوان، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية "دراسة مقارنة" ،رسالة ماجستير، جامعة بغداد.سنة ١٩٩٠. ص٨

[3] زاله انور على – مسؤوليه المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشات الثابتة، أطروحة دكتوراه / جامعة بغداد.١٩٩٧.ص٣٨١

[4] السنهورى – الوسيط ص ٨٧

[5] حامد مصطفي الالتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية . مطبعة الاهالي.بغداد.١٩٤٤، ص٥

واما ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مبرر ومقتضي[1] لذا سوف نبحث عنهما وفق الاتي:

أولا: التنفيذ العيني.

ثانيا: الفسخ.

اولا: التنفيذ العيني.

عند امعان النظر في لفظ الالتزام فأنه ينطوي في ذاته على معنى الاجبار اي وجوب وفاء المدين بما اتفق عليه مع الدائ[2]ن بصورة عامة ان للعقد أثر وهو انشاء التزام بذمة عاقدية. اما عن أثر الالتزام نفسه هو (وجوب التنفيذ) – وفي عقد المقاولة يقع على المقاول واجب الاداء بتنفيذ العمل المتفق عليه والاصل ان يقوم به المقاول أختيارا ، وهذا هو التنفيذ الاختياري. والقانون وضع قاعدة اساسية لتنفيذ العقود هي وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه. وبطريقة تتفق ما يوجبه مبدأ حسن الني[3]ة اما في حالة امتناع المقاول عن التنفيذ العيني الاختياري. فيجوز لرب العمل الاستعانة بالسلطة المختصة العامة. ويسمي بالتنفيذ العيني الجبري.

ثانيا: الفسخ

بما ان عقد المقاولة من العقود الملزمة لجانبين. فهي تنشئ التزامات متقابلة لعاقديها. فيكون كلا الطرفين دائن ومدين في وقت واحد. ومن مقتضي ذلك فأنه اذا لم يقم احد الطرفين بأداء التزامه جاز للطرف الاخر عدم التنفيذ. او بإمكان هذا المتعاقد ان لا يطلب التنفيذ العيني بل يطلب فسخ العقد وحل الرابطة العقدية. وان يطالب بالتعويض – ففي عقد المقاولة يجوز لرب العمل اذ لم يقم المقاول بأداء التزامه ان يطالب حل الرابطة العقدية.

---

[1] حسن على ذنون – احكام الالتزام او الالتزام في ذاته /مطبعه المعارف. بغداد –١٩٤٨/ص٤

[2] حسب المادة (150) من القانون المدني العراقي ف١ والتي تنص يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مايوجبه مبدأ حسن النية

[3] محمد رجب بكرى / التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي– ١٩٨٦ بحث مقدم إلى المعهد القضائى.ص٣٧

وذلك بفسخ العقد ، بالإضافة الى طلب التعويض اذا كان له مقتضى وفسخ الرابطة العقدية قانونا لها شروط محددة[1] ذلك ان الفسخ لا يتم من تلقاء نفسه فيحصل اما اتفاقا او دعوى تقدم إلى القضاء[2].

[1] محمد رجب بكري – مصدر سابق، ص٥٣

[2] محمد شويش الراوي – فسخ العقد لعدم تنفيذه. بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات نيل الدبلوم للعلوم القانونية.٢٠١٤. ص٣٤

الخاتمة:

بعد ان تناولنا في بحثنا الموسوم (عقد المقاوله من الباطن) توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات:

الاستنتاجات :

1-أن عقد المقاوله من الباطن هو عقد جائز شرعاً وقانوناً، وأنه يمكن ان تكون الدولة به طرفاً لأي عمل تريد توكيله لمقاول أخر أو لأي شخص اعتباري أو طبيعي.

2- تجب الإشارة إلى أنه، يكون عقد المقاولة من الباطن من حيث طبيعته راجع إلى اعتباره من عقود العمل أو الى عقد الشراكة أو إلى العقود النموذجية.

3- وفق المادة(882) أنه يجوز للمقاول من الباطن أن يوكل تنفيذ عقد المقاولة الى مقاول أخر مالم يوجد شرط بالعقد يمنعه من ذلك.

4- توضيح حالتين التي يتم بها اجراء المقاولة من الباطن بالاستعانة الخارجية على النحو الآتي:

أ- بعض المقاولين ليس لديهم الدرايه اللازمة لبناء او لتصنيع المباني والمنشآت او أداء امر ما.

ب- أن المقاولين ليس قادرين على الوفاء بالخدمة او بناء فلهم الحق بالاستعانة مقاولين من الباطن وتحت مسؤوليتها لأداء كل أو جزء من العمل لصاحب العمل .

المقترحات:

1- وضع نص قانوني يؤيد ويؤكد ايجاد سلسلة من المقاولين أي أن يسمح القانون من وجود مقاول من الباطن كمقاول ثالث مع مقاول من الباطن كمقاول ثان، وهذا ما بينه المشرع الفرنسي سابقا

2- ندعو الى ضرورة التوسع في تطبيق احكام الماده (870) من القانون المدني العراقي لتشمل كل مايقوم بدور في عملية البناء بغض النظر عن ارتباطه او عدم ارتباطه بعقد المقاوله لان الهدف الأساسي من نص هذه المادة هي حث المهندسين والمقاولين على إقامة بناء لايصيبه التهدم ولا العيب الخطير خلال المدة المحددة.

4- ايجاد سلطة مختصة تعنى بشؤون المقاولين من سواء كان اصيلاً او من الباطن.

5- ان توضع أمانات لدى الجهة المختصة تفيد جدية المقاول بشكل عام .

6- ان تصدر الجهة المختصة شهادة تفيد بوجود كفاءة لدى المقاول في أعمال يتقنها من خلال سيرته الموثقة واعماله السابقة. ويصنف المقاولون على عده فئات كدرجه اولى أو درجة ثانيه أو ثالثة.

قائمة المصادر:

1. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة الوكالة و الوديعة والحراسة) ، جزء سابع ، المجلد الاول ، منشأ ، المعارف، الاسكندرية ، 2004.
2. أحمد عبد العال ابو قرين ،الاحكام العامة لعقد المقاولة ،ط1،جامعة عين شمس ،كلية الحقوق ، 2003،ص33.
3. اذا كانت القواعد العامة للمسؤولية العقدية تنقضي بانقضاء الالتزامات الناتجة عنها عند أنجازها: الا ان لهذا المبدأ أستثناء وهو المقاولات الانشائية فحالة الضمان فيها بنص من المشرع ولولا هذا النص لاعتبرت منقضيه بإنجاز العمل /فرح على كاظم – الضمان العشري، بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات نيل الدبلوم العالي، 2018، ص٢١
4. الاعذار:عمل ايجابي يصدر من الدائن يعبر فيه عن رغبته بضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه والا كان مسؤولا عن ذلك مال /التزام بضمان سلامه الاشخاص في تنفيذ العقود / على مطشر عبد الصاحب. اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٧ص ٣٠٢.
5. المادة (246) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة(203) مدني مصري.
6. توفيق زيداني، مصدر سابق ، ص 57.
7. الجبوري، ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، جامعة الموصل، دار الكتب للطباعة، ١٩٩٦، ص٤٣٢.
8. حامد مصطفي الالتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية . مطبعة الاهالي.بغداد.١٩٤٤، ص٥
9. حسب المادة (150) من القانون المدني العراقي ف١ والتي تنص يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مايوجبه مبدأ حسن النية
10. حسب المادة (٦٤٢) الفقرة ٢ من القانون المدني العراقي.

11. حسن على ذنون – احكام الالتزام او الالتزام في ذاته /مطبعه المعارف. بغداد –١٩٤٨/ص٤
12. خولة كاظم محمد المعمورى، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، بحث منشور، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد١ ،٢٠١٦، ص٧.
13. د. احمد عبد الرزاق السنهورى – مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، ج ٦، بيروت– لبنان، مكتبة جامعة بغداد، ص١١٤
14. د. رافت محمد احمد حمادة ، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني ، بلا مكان طبع ، القاهرة ، 1995 ،ص26 .
15. د. عبد الجبار جى صالح ، انقضاء عقد المقاولة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٩ ، ص٥٤٢.
16. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، الاسكندرية ،منشأة المعارف ، 1994 ،ص244 .
17. د. منصور القاضي ،القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ،الطبعة الاولى ، البنان ،الجامعة للنشر والتوزيع ،2004 ،ص458 .
18. زاله انور على – مسؤوليه المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشات الثابتة، أطروحة دكتوراه / جامعة بغداد.١٩٩٧.ص٣٨١
19. سامي محمد الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩ ،ص ١٣٨.
20. السنهورى – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ القسم الاول.٧ العقود الواردة علي العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة/نهضة مصر، ص ٦٤
21. شرح أحكام عقد المقاولة، محمد لبيب شنب،دار النهضة العربية،2004، ص 43
22. عبد الجبار جى صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبعة بغداد، دار الرسالة للطباعة، ١٩٧٢ ، ص٤٧٢ وبعدها

23. العضلي جعفر الوجيز العقود المدنية (البيع الإيجار المقاولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة .
24. علي هادي علوان، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية "دراسة مقارنة" ،رسالة ماجستير، جامعة بغداد.سنة ١٩٩٠. ص٨
25. فتحي غيث قانون المهندس، دار المعرفة، مكتبة وزارة العدل، ١٩٦٠ ، ص٤٩.
26. قرار محكمة التمييز رقم ٣٤/ هيئة عامة/٩٧١ والمؤرخ في٦٢/٦/١٩٧١/النشرة القضائية /العدد الثاني /السنة الثانية ،١٩٧٢ ص٦٢.
27. قرار محكمة التمييز رقم ٥/ هيئة عامة /٩٧١ والمؤرخ في ١٩٧٢/٢/٩١ النشرة القضائية/العدد الأول، السنة الثالثة، ص٨٥.
28. قرار محكمه التمييز رقم (١٢١٢/ح/٩٥٥. والمؤرخفي٣٠ /١/١٩٥٦، مجلة القضاء، العدد الثالث السنة الرابعة ١٩٥٦، ص٤٥١.
29. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، اركان العقد، الجزء الأول، عام ١٩٨٦، صفحة ٦٥.
30. المادة 51 من القانون المدني العراقى (١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية
31. المادة(887)مدني عراقي تطابق ، الفقرة الثانية من المادة (665) مدني مصري (634)مدني سوري.
32. المحامي فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ، بغداد ، مطبعة بابل، 1984، ص12 .
33. محمد رجب بكرى – التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي/بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للسنة الثانية، 1986، ص٥١.
34. محمد رجب بكرى / التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي– ١٩٨٦ بحث مقدم إلى المعهد القضائى.ص٣٧.

35. محمد رجب بكري، التزام المقاول بإنجاز العمل في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة للسنة الثانية، 1986، ص٨.
36. محمد شويش الراوي – فسخ العقد لعدم تنفيذه. بحث مقدم إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات نيل الدبلوم للعلوم القانونية. ٢٠١٤. ص٣٤.
37. مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، الجزء الأول عام ١٩٩٩، صفحة ١٤٠.
38. المقاول الباطن : يعني شخص يسمّى في العقد كمقاول الباطن ، أو أي شخص يتم تعيينه كمقاول الباطن لتنفيذ جزء مامن الأشغال ، والخلفاء القانونيين لأي من هؤلاء .
39. نقض 2000/7/1 الطعن رقم 1390 لسنة 69 ق مشار الية في العقود الواردة على العمل ، عقد المقاولة ،ابراهيم سعيد احمد ، الاسكندرية ، منشاة المعارف ،2003 ،ص75 .
40. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية،دالميسرة،بيروت، عام ٢٠١٤ ،صفحة ٢٢.