التطبيقات التشريعية للحادث الطارئ في عقد المقاولة

دراسة مقارنة لحالتي عجز المقاول وإفلاس رب العمل-(*)-

د. علي عادل محمد
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون/ جامعة صلاح الدين - أربيل

م.م. ثةيام نجم الدين كريم
مدرس القانون الخاص المساعد
كلية القانون/ جامعة صلاح الدين - أربيل

المستخلص

قد يعجز المقاول عن إتمام تنفيذ المقاولة بعد البدء في تنفيذها، والقوانين المدنية في دول عدة قد أخذت مثل هذه الحالة بنظر الاعتبار ورتبت عليها آثاراً معينة تتمثل عموماً في إمكان إنهاء عقد المقاولة بتحقق شروط معينة.

ومن استنتاجات هذه الدراسة أن رجوع المقاول على رب العمل بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بعجز المقاول عند تحقق شروط هذه الحالة، فلا يصلح العقد، الذي لم يبق له وجود، أن يكون أساساً لرجوع المقاول على رب العمل. وكذلك لا يمكن للمقاول الرجوع بذلك على رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية، طالما ليس بالإمكان نسبة أي تقصير لجهة رب العمل. وإنما يكون أساس الرجوع هو الكسب دون سبب. كما أن توصيات هذه الدراسة تتمثل في اقتراح تعديل بعض نصوص القوانين محل الدراسة وإضافة نصوص معينة متصلة بموضوعات من هذه الدراسة.

كلمات مفتاحية: الحادث الطارىء، عجز المقاول، موت المقاول، إفلاس رب العمل.

Abstract

The contractor may be unable to complete the contract after commencement its implementation, and the civil laws of several States have taken such a situation into account and

(*) أستلم البحث في ٢٠١٩/١٢/٢ *** قبل للنشر في ٢٠٢٠/١/٤.

arranged certain implications on it, generally represent in the possibility of terminating the contract if certain conditions are met.

One of the conclusions of this study is that the contractor return onto the employer of the value of the work and expenses or the value of the benefit to the employer as a result of these works and expenses is not based on the contractual liability, since the contract is over by the contractor's inability when certain conditions are met, and the contract, which is no longer in existence, can not be the basis for the return of the contractor onto the employer. The contractor can not return onto the employer on the basis of tort liability, as long as the employer can not be considered as a delinquent. Therefore the basis of return is gain without reason. The recommendations of this study are representing in suggestions to amend some of the texts of the laws under study and adding specific texts related to the subjects of this study.

Key words :Emergency Incident, Contractor`s Inability, Death of the Contractor, Bankruptcy of the Employer.

المقدمة

قد تطرأ على العقود عقب إبرامها حالات تجعل الاستمرار فيها مرهقاً بحق أحد أطرافها، وهذا ما يستدعي بالقوانين إلى تقدير تلك الحالات وتقرير ما يناسبها من معالجات بالاستناد إلى طبيعة الحالة الطارئة وما تقتضيه من حكم. وتلك الحالات الطارئة التي تعتري العقود بعد إبرامها تتعدد في صورها وفيما تختص به من أنواع العقود وكذلك فيما ترتبه القوانين من أثر على تحققها، فبعضها حالات عامة وبعضها حالات خاصة بطائفة معينة من العقود، في حين أن هناك حالات لا تتحقق إلا في نوع معين من العقود دون غيره.

والحوادث الطارئة في عقد المقاولة تندرج ضمن السياق الوارد أعلاه وتختص بعقد المقاولة، إذ قد تقع حوادث معينة تؤثر في مضمون عقد المقاولة على نحو معين، الأمر الذي قد يستدعي تدخل القضاء لمواجهة هذا الواقع الجديد على نحو يختلف تبعاً لموقف

القوانين. وفضلاً عن المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة فقد أوردت القوانين بصورة متفاوتة تطبيقات تشريعية معينة لهذا المبدأ، ومنها عجز المقاول وإفلاس رب العمل.

فإذا عجز المقاول بعد إبرام عقد المقاولة وبعد البدء في تنفيذ العمل وقبل إتمام تنفيذه، فإن القوانين ترتب على ذلك آثاراً معينة بتحقق شروط معينة تختلف سعة وضيقاً وفق تنظيم الموضوع في قوانين الدول المختلفة. وإذا أفلس رب العمل بعد إبرام عقد المقاولة، سواء أكان قبل بدء المقاول في تنفيذ العمل أو بعد البدء في تنفيذه وقبل إتمامه، فإنه بالإمكان إنهاء العقد بتحقق شروط معينة.

أولاً: أهمية الدراسة

يجد موضوع الدراسة أهميته بالنظر إلى أن فيه جانباً تطبيقياً مستوحى من واقع الحال، وذلك بالنظر إلى أن عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل بعد البدء فيه أو إفلاس رب العمل من الأمور الممكن حدوثها في الواقع العملي، وأن القوانين المدنية بصورة عامة لا ترتب إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول ما لم تكن شخصيته محل اعتبار في التعاقد أو لم تفترض طبيعة العمل الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول، وذلك عدا حالة معينة تجيز القوانين فيها إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول بتوافر شروط معينة. كما أن هناك شروطاً معينة لكي يمكن إنهاء عقد المقاولة بإفلاس رب العمل.

ويضاف إلى ما سبق أن هذا الموضوع لم ينل قدر أهميته من الاهتمام في الفقه، فكان من المهم أن يولى بالدراسة لاستجلاء مفهومه وتبيان شروطه وأثره ومواطن الخلل في تنظيمه في القوانين محل الدراسة. ومن هنا تأتي أهمية موضوع الدراسة.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في وجود إشكالات بصورة عامة في نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة، سواء في تنظيمها لحالة إفلاس رب العمل أو حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل بعد البدء فيه من حيث الشروط والأثر المترتب عليها، أو في نصوص أخرى تتصل بالموضوع بصورة غير مباشرة. كما أن هناك بعض اللبس في الفقه بصدد أساس رجوع المقاول على رب العمل، في حال إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول أو إفلاس رب العمل، بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال

والنفقات. وبالتالي فإن هذه الدراسة تستهدف البحث في تلك الجوانب واقتراح الحلول بشأنها.

ثالثاً: نطاق الدراسة

ارتباطاً بالغاية من هذه الدراسة والمتمثلة في بيان مفهوم وشروط وأثر كل من حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل بعد البدء فيه وحالة إفلاس رب العمل باعتباره تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة، فإن هذه الدراسة لن تتطرق إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، ولا إلى التطبيقات التشريعية الأخرى للحادث الطارئ في عقد المقاولة والتي جاءت بها القوانين، إلا بالقدر الذي يستوجبه بيان حالتي عجز المقاول وإفلاس رب العمل على أتم وجه.

رابعاً: منهجية الدراسة

ستعتمد دراسة كل من موضوع عجز المقاول وموضوع إفلاس رب العمل باعتباره تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة على المنهجين التحليلي والمقارن. إذ ستعتمد الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تنظم هذين الموضوعين من حيث الشروط والأثر. وكذلك ستقوم الدراسة بتحليل موقف الفقه والقضاء في هذا الشأن. كما ستعتمد الدراسة على المنهج المقارن، وفي إعمال المنهج المقارن ستعقد الدراسة المقارنة بين كل من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) والقانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) والقانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠) وقانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لسنة (٢٠١٣).

خامساً: خطة الدراسة

سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلب تمهيدي ومبحثين، إذ نبحث في المطلب التمهيدي التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة بصورة عامة، وسنتطرق في المبحث الأول لبيان حالة عجز المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، بينما نخصص المبحث الثاني لبيان حالة إفلاس رب العمل باعتبارها حادثاً طارئاً في عقد المقاولة. وسنختم الدراسة بخاتمة نذكر فيها أهم الاستنتاجات التي سنتوصل إليها والتوصيات التي يمكن أن نقدمها بشأن موضوع هذه الدراسة.

المطلب التمهيدي

التطبيقات التشريعية للحادث الطارئ في عقد المقاولة

يندرج الحادث الطارئ في عقد المقاولة في إطاره العام في سياق حالة يتعرض لها أحد طرفي العقد وتجعل من تنفيذه مرهقاً، وتخوله بالتالي طلب إنهاء العقد. وفي هذا السياق يختلف موقف القوانين المقارنة سعة وضيقاً في تنظيم موضوع الحادث الطارئ في عقد المقاولة، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بتحديد مفهوم الحادث الطارئ في عقد المقاولة، وشروط تحقق الحادث الطارئ. إذ خصت بعض القوانين الحادث الطارئ في عقد المقاولة بتنظيم خاص ضمن النصوص المنظمة لعقد المقاولة وبينت شروطه والأثر المترتب على تحققه، في حين هناك قوانين أخرى اكتفت ببيان حكم تحقق الحادث الطارئ في عقد المقاولة دون بيان شروطه. فضلاً عن ذلك، هناك قوانين أحالت موضوع الحادث الطارئ في عقد المقاولة بصورة مباشرة إلى التنظيم الوارد فيها بخصوص المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة.

لم تُعرف القوانين المدنية بصورة عامة الحادث الطارئ في عقد المقاولة، ولعل السبب في ذلك أن مفهوم الحادث الطارئ في عقد المقاولة القائم على أساس مبدأ العدالة لا يتوضح إلا ببيان شروطه وأثره في التزامات طرفي العقد[1]. كما أن الشراح و الباحثين في مجال القانون المدني لم يعرفوا الحادث الطارئ في عقد المقاولة، لربما اكتفاءً بما جاء في نصوص القانون من شروط لتحقق الحادث الطارئ في عقد المقاولة وأثر مترتب على تحققه.

ويقوم مفهوم الحادث الطارئ في عقد المقاولة على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي في العقد بين التزامات رب العمل والمقاول في مرحلة لاحقة على تكوينه بحيث يصبح تنفيذ التزام المدين مرهقاً بحقه ويؤدي إلى إلحاق خسارة جسيمة به، ودون أن يكون تنفيذ

(١) وينطبق ذلك على حالة العذر الطارئ في عقد الإيجار. ينظر: د. علي عادل محمد، العذر الطارئ في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة (الشريعة والقانون) الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس والستون، السنة الثلاثون، يناير ٢٠١٦، ص٦٥.

الالتزام مستحيلاً، وعندئذٍ يجوز للقاضي، بتحقق شروط معينة، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين التدخل بتعديل العقد أو إنهائه.

وفي هذا الصدد، تنص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١[١] على أنه ((ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو بفسخ العقد))[٢].

(١) منشور في الوقائع العراقية في العدد (٣٠١٥) بتأريخ (١٩٥١/٩/٨).

(٢) وتقابلها المادة (٦٨٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والتي تنص على أنه ((١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر..... ٣- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً. ٤- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد))، والمادة (٨٠١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ والتي تنص على أنه ((إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه)). والمادة (٦٧٩) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ والتي تنص على أنه ((لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، وذلك دون إخلال بأحكام المادة ١٩٨))، والمادة (٦٤٧) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣ والتي تنص على أنه ((إذا حال عذر دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو إنهاءه حسب الأحوال)).

وبناءً على ذلك فإن مفهوم الحادث الطارىء في عقد المقاولة في المبدأ العام له في القانون المدني العراقي هو الحادث الذي يقع بعد إبرام عقد المقاولة وقبل إتمام تنفيذه، والذي ليس في الوسع توقعه وقت التعاقد، ويؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بحيث ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد، ويخول للمحكمة أن تحكم بزيادة أجر المقاول أو بإنهاء العقد.

وفضلاً عن المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة. يورد المشرعون بصورة عامة بعض التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، وذلك على سبيل المثال وليس الحصر، ومثال ذلك موت المقاول أو عجزه أو إفلاس رب العمل. ولعل مرد ذلك هو كثرة وقوع هذه الحالات في الحياة العملية. أما في غير هذه الحالات فينبغي الرجوع إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة لإعمال حكمه إذا توافرت شروطه.

وتتفاوت التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة. وكذلك يتفاوت موقف الفقه في هذا الشأن أيضاً. فيذهب رأي[1] إلى اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بسبب مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة.

وفي هذا الصدد، تنص المادة (٨٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه ((١- إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخبر في الحال رب العمل، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة المصروفات،

(١) هناك من يرى بأن تكييف حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة هو أنه يعد تطبيقاً خاصاً لنظرية الظروف الطارئة، يستقل به رب العمل، فهناك ظرف طارىء، وهو ظهور الحاجة إلى زيادة كميات العمل من أجل تنفيذ التصميم، وهناك إرهاق يصيب رب العمل لعدم تحمل إمكانياته المالية الإيفاء بالتزاماته الجديدة. لذلك راعى المشرع ظروف رب العمل ومنحه هذا الحق لكي يتحلل من العقد. ينظر: د. عبد الجبار ناجي صالح، عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة بغداد، ١٩٧٩، ص١٢٦. مشار إليه عند: د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة "المقاولة والوكالة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٥، ص٢٨٣.

فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. ٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، فإن أراد التحلل وجب أن يبادر به دون إبطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل))[1].

(١) وتقابلها المادة (٦٥٧) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه ((١- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. ٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل))، والمادة (٧٩٤) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه ((١- إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة. ٢- وإذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المقاول أن يخطر رب العمل قبل الاستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات، فإذا مضى في التنفيذ دون إخطار فلا حق له في طلب الزيادة))، والمادة (٦٨٩) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه ((١- إذا أبرمت المقاولة على أساس مقايسة تقديرية، وتبين في أثناء التنفيذ ضرورة مجاوزة هذه المقايسة مجاوزة جسيمة، وجب على المقاول أن يبادر بإخطار رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما تستتبعه هذه المجاوزة من زيادة في المقابل، وإلا سقط حقه في طلب هذه الزيادة. ٢- ويجوز لرب العمل، في هذه الحالة أن يتحلل من المقاولة ويوقف التنفيذ، على أن يتم ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد دون تعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل))، والمادة (٦٤٠) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((١- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء=

إذ يشترط النص المذكور أعلاه، لكي يمكن لرب العمل التحلل من عقد المقاولة، أن تكون الأجرة قد حددت فيه على أساس المقايسة بسعر الوحدة، وأن يكون من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات[١] المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة[١]

=العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة مرهقة وجب على المقاول أن يخطر في الحال صاحب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة الثمن فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسات من نفقات. ٢- إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم مرهقة جاز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد)).

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق أنه (تبين أن المقاول الأصلي لم يخبر رب العمل بمجاوزة مصروفات تنفيذ التصميم، كما أن الأعمال التي قام بها مقاول المقاول ..... مشمولة بالعقد المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل، لذا لا يحق للمميز استرداد ما جاوز قيمة المقاولة من نفقات، عليه يكون الحكم برد الدعوى صحيحاً وموافقاً للقانون للأسباب أعلاه والأسباب الواردة في صلب الحكم المميز قرر تصديقه .....). القرار رقم (٨٧٤/ مدنية ثانية/ ٢٠١٢) بتأريخ ٢٠١٢/١٢/٩. مشار إليه عند: مروان حاجي الزيباري، المبادىء القانونية لقرارات محاكم تمييز إقليم كوردستان واستئناف منطقتي أربيل ودهوك وجنايات دهوك بصفتها التمييزية، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، ٢٠١٧، ص١٦٤.

(١) يلاحظ بأن موقف القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة يتفاوت فيما إذا كان القصد من المجاوزة هو مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة أو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة، إذ أن مجاوزة المصروفات كما وردت في القانون المدني العراقي في الفقرة (١) من المادة (٨٧٩) والقانون المدني الأردني في الفقرة (١) من المادة (٧٩٤)، تشمل بصورة عامة مجاوزة المصروفات بسبب مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة، وكذلك قد تنصرف إلى مجاوزة المصروفات بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة. ولكن مع ذلك فإن مجاوزة المصروفات بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدي العاملة تندرج ضمن المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، ويسري عليها حكمه. وبالتالي لا مجال لتطبيق حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة. وفي المقابل فإن موقف كل من القانون المدني المصري=

بحيث لا يمكن تبينها في الوقت الذي أبرم فيه العقد، وإلا لما كان لرب العمل التحلل من العقد، وأن يبادر إلى التحلل من العقد دون إبطاء. فلو كانت المجاوزة محسوسة ولكن لم تصل لدرجة الجسامة، لتوجب على رب العمل دفع هذه الزيادة المحسوسة للمقاول إذا أخطره الأخير فور تبينه هذه الزيادة مع مقدار ما يتوقعه من الزيادة(٢)، وإذا لم يبادر المقاول بإخطار رب العمل في الحال، سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات.

ويترتب على تحلل رب العمل لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة عند توافر الشروط المطلوبة في كل قانون، الحق للمقاول في الرجوع على رب العمل. ولكن يختلف موقف القوانين في شأن مقدار الرجوع، فرجوع المقاول في القانون المدني العراقي يكون بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وما أنفقه من المصروفات دون أن يكون له الحق في الرجوع بما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل. وفي المقابل فإن كلاً من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي يلزم رب العمل بأداء قيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفق شروط العقد، ودون أن يكون للمقاول الرجوع بما كان يستطيع أن يكسبه لو

=في الفقرة (١) من المادة (٦٥٧) والقانون المدني الكويتي في الفقرة (١) من المادة (٦٨٩) وقانون المعاملات المدنية العماني في الفقرة (١) من المادة (٦٤٠) أدق في هذا الشأن، إذ يفهم من هذه القوانين أن المجاوزة في هذا الفرض تتمثل في مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة.

(١) بينما أورد قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٦٤٠) توصيف المجاوزة بأن تكون مرهقة.

(٢) يختلف موقف القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة حول شروط رجوع المقاول على رب العمل بالزيادة في المصروفات المقدرة في المقايسة. فيشترط كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري أن تكون المجاوزة محسوسة، في حين أن القانون المدني الأردني يشترط أن تكون المجاوزة محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه في العقد. وفي المقابل يشترط القانون المدني الكويتي كون المجاوزة جسيمة. أما قانون المعاملات المدنية العماني فيشترط أن تكون المجاوزة مرهقة. وتظهر أهمية هذه التفرقة في أن المجاوزة الجسيمة أو المرهقة تكون دائماً محسوسة، بينما قد تكون المجاوزة محسوسة دون أن تكون جسيمة أو مرهقة.

أنه أتم العمل. في حين أنه في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني يكون رجوع المقاول على رب العمل بقيمة ما أنجزه من الأعمال المقدرة وفقاً لشروط العقد دون المصروفات التي صرفها. وعلى الرغم من أن هذين القانونين الأخيرين لا يشيران إلى عدم إمكان رجوع المقاول على رب العمل بالكسب الذي فاته لو أنه أتم العمل، إلا أن ذلك مفهوم من سياق النص الذي يقصر التزام رب العمل في هذه الحالة على أداء قيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد.

وهناك من يذهب[١] إلى أن الحادث الطارىء في عقد المقاولة لا يشترط فيه أن يستجد بعد إبرام العقد، وأنه يعد من الحوادث الطارئة الحادث الذي يقع قبل إبرام العقد ولكن يجهل طرفاه وقوعه، ولا يدخلانه بالتالي في تقديرهما عند تحديد الأجر.

ولعل ما ذكرناه أعلاه كان وراء اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بسبب مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة من ضمن الحوادث الطارئة في عقد المقاولة عند هذا البعض. ولكن يبدو لنا إن حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة تدخل في مفهوم الغلط في صفة جوهرية في المعقود عليه[٢]، المتمثل في غلط في تقدير كميات الأعمال المطلوب من المقاول القيام بها، أو الغلط في المصروفات المبينة بسبب مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة. وبناءً

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، ٢٠٠٩، ص١٨٢. (الهامش رقم ٢) ؛ د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة أوفسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦، ص٢٠٤ ؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ص ٢١٤–٢١٥، (الهامش رقم ٤٤) ؛ محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة ، ٢٠١٦–٢٠١٧، ص١٩٢.

(٢) تنظر المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (١٢١) من القانون المدني المصري، والمادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٤٧) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١١١) من قانون المعاملات المدنية العماني.

على ذلك، لا يمكن اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة، وذلك لعدم توافر شروط الحادث الطارىء في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، من وجوب كون الحادث قد وقع بعد إبرام العقد، وإنما تدخل هذه الحالة ضمن نطاق الغلط في تقدير كمية الأعمال المقدرة في العقد وقت إبرامه، والذي يعد غلطاً في صفة جوهرية في المعقود عليه في عقد المقاولة.

وتتمثل التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة في حالات موت المقاول أو عجزه أو إفلاس رب العمل.

وفيما يتعلق بموت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، فالأصل أن شخصية كل من طرفيه ليست محل اعتبار في التعاقد. ولا تنتهي المقاولة بموت المقاول، لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقاً للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عمن يقوم بهذا العمل. فإذا توفي المقاول وكانت له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقاً لما هو متفق عليه، فلا يتضرر رب العمل من عدم التنفيذ بواسطة المقاول نفسه(١). ولكن قد يُعد عقد المقاولة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي إذا اتفق طرفا العقد على ذلك أو كانت طبيعة العمل تفترض الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول، بحيث يكون لشخص المتعاقد اعتبار خاص، أي تكون لصفة المتعاقد ارتباط بموضوع العقد(٢).

وفي هذا الصدد تنص المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي على أنه ((١- تنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ٢-

(١) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص٣١٥.

(٢) د. عماد خضير علاوي، الغلط في عقد المقاولة، بحث منشور في مجلة (كلية الحقوق) الصادرة عن جامعة النهرين، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، ٢٠١٠، ص٥ ؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص٢٥١. مشار إليه عند: د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٨٦.

وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، إذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس معماري أو مع غيرهم ممن يزاولون مهناً حرة أخرى. وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع، إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك، وفي سائر الأحوال الأخرى وبخاصة في أعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول الشخصية، هي التي كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد))[1].

يتضح من النص المذكور أعلاه أنه إذا لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فإن عقد المقاولة لا ينفسخ من تلقاء ذاته بحكم القانون بموت المقاول، وكذلك لا يمكن لرب العمل إنهاء العقد إلا في حالتين، إحداهما حالة إنهاء رب العمل عقد المقاولة بإرادته المنفردة، والتي لا تدخل في نطاق انتهاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء، أي أنها لا تعتبر من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة. وثانيتهما حالة إنهاء رب العمل عقد المقاولة بموت المقاول إذا لم تتوافر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. وتعتبر هذه الحالة تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة. ويشترط فيها أن لا تكون المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد وأن لا تتوافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في ورثة المقاول، وكذلك أن يتمسك رب العمل باعتبار موت المقاول

(١) وتقابلها المادة (٦٦٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه ((ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل))، والفقرة (١) من المادة (٨٠٤) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه ((ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد))، والفقرة (١) من المادة (٦٨٦) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه ((تنتهي المقاولة بموت المقاول، إذا كانت مؤهلاته الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار في التعاقد))، والفقرة (١) من المادة (٦٤٩) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد)).

حادثاً طارئاً في عقد المقاولة. وعند تحقق شروط حالة موت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً فإن سلطة القضاء، عند طلب إنهاء العقد، تنحصر في التثبت من تحقق الشروط الواردة في القانون، ومن ثم الحكم بإنهاء العقد وإعمال آثار الحادث الطارىء، ولا يكون له عدم الحكم بإنهاء العقد عند تحقق الشروط، وذلك لأن هذا الأمر لا يعد فسخاً للعقد نتيجة إخلال المتعاقد بالالتزامات التعاقدية.

وبالنظر إلى أن موت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة لا يدخل في نطاق هذه الدراسة، لذلك سوف نكتفي بهذا القدر ونركز على دراسة كل من حالة عجز المقاول وحالة إفلاس رب العمل، باعتبار كل منهما حادثاً طارئاً في عقد المقاولة.

المبحث الأول

عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

الأصل أن عقد المقاولة لا ينقضي بعجز أحد المتعاقدين أو كليهما، إن لم تكن شخصية المتعاقد محل اعتبار في التعاقد، إذ أن ذلك لا أثر له على العقد ذاته والذي يستمر في حق المتعاقدين. لذلك فإن العقد يبقى بعد عجز أحد المتعاقدين أو كليهما إلى أن ينقضي بإنجاز العمل أو بأي سبب آخر.

وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم انقضاء عقد المقاولة بعجز أحد طرفي العقد أو كليهما فإن هذه القاعدة ليست آمرة، إذ يجوز الاتفاق في عقد المقاولة على انقضائه بعجز المقاول أو رب العمل أو عجزهما حتى ولو لم ينجز العمل المتفق عليه. فضلاً عن ذلك، هناك نصوص في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة خرجت عن القاعدة العامة في عدم انقضاء المقاولة بعجز المقاول في حالات معينة أجازت فيها إنهاء عقد المقاولة.

ولبيان ذلك، نبحث أدناه في كل من مفهوم عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة وشروط تحققه وأثره من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. نبحث في أولهما في مفهوم عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، ونخصص المطلب الثاني لدراسة شروط عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، بينما نتطرق في المطلب الثالث لبيان أثر عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة.

المطلب الأول

مفهوم عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

يثور التساؤل عن ما إذا كان يقصد بعجز المقاول العجز الجسدي فقط أو أنه يشمله ويشمل غيره. وفي هذا الشأن يرى أغلب الفقه[١] أن عجز المقاول يشمل كل ما يؤدي إلى عدم إتمام العمل لسبب لا يد له فيه. ويمثل الفقه لحالة عجز المقاول بالعجز الجسدي، كإصابة المقاول بمرض أو عاهة أو حادث جسيم، مما يجعل تنفيذ العمل عليه مستحيلاً.

وفي المقابل، هناك من يرى[٢] أن مفهوم عجز المقاول يشمل بصورة عامة كل ما يؤدي إلى عدم تنفيذ عقد المقاولة، سواء بسبب رب العمل أو بسبب المقاول أو بسبب حادث يطرأ على العقد بعد إبرامه ولم يؤخذ بنظر الاعتبار عند إبرامه أو بسبب أي حادث خارج عن إرادة المقاول أو بسبب قلة خبرة المقاول أو عدم توقعه للحادث وعدم أخذه بنظر الاعتبار، بحيث يؤدي ذلك إلى جعل تكلفة تنفيذ المقاولة أعلى من تلك التي أبرم العقد على أساسها.

---

(١) ومثال ذلك، كما لو كان المقاول نحاتاً، وقطعت يده التي ينحت بها، أو رساماً، وقطعت يده التي يرسم بها، أو جراحاً وأصيب بمرض مفاجيء أقعده عن إجراء العملية، أو مهندساً معمارياً، وفقد بصره، أو مؤلفاً، وفقد ذاكرته. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٥٧ ؛ د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان– بيروت، بغداد، ٢٠١٦، ص٤٨٥ ؛ د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقود جديدة "عقد المقاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص والتنازل عن المنفعة بمقابل بدل الخلو"، بحث منشور في مجلة (الشريعة والقانون)، الصادرة عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، مايو (أيار)، ١٩٨٨، ص٢١ ؛ د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة "المقاولة– الوكالة– الكفالة"، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص٩٦.

(٢) عدم الكفاية الفنية يتحقق فيما لو التزم المقاول بالبرنامج الزمني للتنفيذ ولكنه قام بتنفيذ الأعمال خلافاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد. ينظر: خولة كاظم محمد، عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة، بحث منشور في مجلة (العلوم الإنسانية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الحادي والعشرون، المجلد الأول، ٢٠١٤، ص ص٩–١١.

ويبدو لنا أن عجز المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة، إذا كانت نتيجة قلة خبرته أو كفايته الفنية فإن ذلك لا يعد حادثاً طارئاً، وإنما يعد إخلالاً بالتزاماته العقدية، وتترتب عليه المسؤولية العقدية، بحيث يمكن لرب العمل طلب فسخ العقد نتيجة هذا الإخلال، مع التعويض إن كان له مقتضى.

وفي هذا الشأن، يمكن القول أنه لبيان مفهوم عجز المقاول من حيث السعة والضيق، ينبغي الرجوع إلى نص الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي[١]، والتي تنص على أنه ((وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته)).

ويلاحظ من النص المذكور أعلاه أن المقصود بعجز المقاول هو كل ما يؤدي إلى عدم تمكن المقاول من تنفيذ عقد المقاولة لسبب لا يد له فيه. وقد ورد النص بصورة مطلقة عن أي تقييد بنوع معين من العجز. وبذلك يندرج، من حيث المبدأ، تحت مفهوم عجز المقاول كل من العجز الجسدي للمقاول وعجزه المالي والعجز عن إتمام المقاولة بسبب رب العمل.

فيمكن في هذا الصدد أن يكون العجز جسدياً، كما لو أصيب المقاول بمرض أو بحادث جسيم أقعده عن تنفيذ التزامه أو أصيب بعاهة حالت دون تنفيذه المقاولة.

وقد يكون عجز المقاول عجزاً مالياً، كما لو تم توقيع الحجز على أموال المقاول بما يعجزه عن تنفيذ التزامه. ولكن يشترط أن لا يكون هذا العجز بسبب المقاول نفسه، إذ لو كان إيقاع الحجز على أموال المقاول قد تم بسبب المقاول بشكل أو بآخر، فإن ذلك العجز عن إتمام تنفيذ المقاولة لا يشكل حادثاً طارئاً، وإنما يعد ذلك إخلالاً من جانب المقاول في تنفيذ التزاماته بموجب العقد، ويكون لرب العمل في هذه الحالة طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى، وذلك استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد اللآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان

(١) وتقابلها الفقرة (٣) من المادة (٦٦٧) من القانون المدني المصري، والمادة (٨٠٢) من القانون المدني الأردني، والفقرة (٣) من المادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٦٤٨) من قانون المعاملات المدنية العماني.

له مقتضى. على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته))[١].

ويقصد بحجز الأموال، وضعها تحت يد القضاء أو أجهزة التنفيذ لمنع صاحبها من التصرف فيها تصرفاً يضر بحقوق الدائنين الحاجزين، مادياً كان هذا التصرف أم قانونياً[٢]، وسواء أكان الحجز احتياطياً أم تنفيذياً[٣]. فإذا أصبح المقاول عاجزاً مالياً عن إتمام عمله، فإن هذه الحالة تدخل ضمن مفهوم عجز المقاول الوارد في المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين محل الدراسة. وفي هذا الصدد، تنص المادة (٢٧١) من القانون المدني العراقي على أنه ((١- يكون الحجز بحكم تصدره محكمة البداءة بناءً على طلب أحد الدائنين. ٢-ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم أن يحصل من دائرة التنفيذ على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير عدا الأموال التي لا يجوز حجزها، ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر .....))[٤]. وكذلك تنص المادة (٥٥) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل[٥] على أنه ((يكون حجز مال المدين ورفعه وبيعه بطلب من الدائن وقرار من المنفذ العدل)). ويستشف من ذلك، أن عجز المقاول عن

(١) وتقابلها الفقرة (١) من المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني، والفقرة (١) من المادة (٢٠٩) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٧١) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، أحكام قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٤، ص١٣٣.

(٣) للمزيد من التفصيل في شأن حجز أموال المدين وأنواعه، ينظر: مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، مطبعة الأقلام، بغداد، بدون سنة النشر، ص١٧٦ وما بعدها ؛ علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧١، ص١٥١ وما بعدها.

(٤) وتقابلها الفقرة (٢) من المادة (٣٧٦) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٧٨) من قانون المعاملات المدنية العماني. ولا يوجد ما يقابل ذلك في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

(٥) منشور في الوقائع العراقية في العدد (٢٧٦٢) بتأريخ (١٩٨٠/٣/١٧).

إتمام تنفيذ المقاولة يمكن أن يكون بسبب توقيع الحجز على أمواله، بما يؤدي إلى عدم تمكنه من تنفيذ العمل(١).

وفضلاً عن ذلك، قد يحدث العجز المالي نتيجة إفلاس المقاول أو إعساره(٢). إذ أن عدم الكفاية المالية للمقاول نتيجة إفلاسه قد يؤدي إلى عجزه عن تنفيذ عقد المقاولة. ولكن يشترط في هذا المقام لكي يعد ذلك حادثاً طارئاً أن لا يكون الإفلاس بسبب المقاول نفسه. ومثال ذلك أن يكون إفلاس المقاول نتيجة الحروب أو فرض الحصار الاقتصادي على الدولة.

وقد يكون عجز المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة بسبب رب العمل، إذا لم ينفذ الأخير التزاماته العقدية(٣). كما لو اتفق المقاول ورب العمل على أن يقوم رب العمل بتوفير المواد

---

(١) وتجدر الإشارة في شأن العقود الإدارية إلى أن المادة (الخامسة والستون) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق تنص على أنه ((لصاحب العمل بعد إعطاء المقاول إنذاراً أو إشعاراً تحريرياً لمدة أربعة عشر يوماً أن يسحب العمل ويضع اليد على الموقع والأعمال ويخرج المقاول منها في أي من الحالات التالية دون الرجوع إلى المحكمة: ..... ح- إذا وقع الحجز على أموال المقاول من محكمة ذات اختصاص وكان من شأن هذا الحجز أن يؤدي إلى عجز المقاول عن الإيفاء بالتزاماته)). ويتضح من هذه المادة أن المقاول إذا عجز عن أداء التزاماته بسبب توقيع الحجز على أمواله، سواء أكان هذا الحجز بسبب المقاول أم لا، فإنه يمكن لرب العمل بعد إنذاره أو إشعاره تحريرياً لمدة أربعة عشر يوماً أن يسحب العمل من المقاول دون الرجوع إلى المحكمة.

(٢) تنظر المادة (٢٧١) من القانون المدني العراقي والتي سبق ذكرها. وتقابلها المادة (٢٥٠) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه ((يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناءً على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة))، والمادة (٣٧٦) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٧٨) من قانون المعاملات المدنية العماني. ولا يوجد ما يقابل ذلك في القانون المدني الكويتي.

(٣) جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أنه (يحق للمقاول طلب فسخ عقد المقاولة إذا لم يقم رب العمل باختيار موقع العمل الصالح رغم إنذاره وإمهاله). القرار رقم (٢٣١/ مدنية أولى/١٩٧٦ بتأريخ ١٩٧٦/٨/١٨. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية)=

لأداء العمل[١]، وأخل رب العمل بهذا الالتزام، وأدى ذلك إلى عجز المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة. إذ يكون رب العمل مسؤولاً في هذه الحالة مسؤولية عقدية تجاه المقاول. وكذلك إذا تأخر رب العمل في الحصول على الإجازات[٢]، لكي يستطيع المقاول البدء بالعمل، بما يؤدي إلى تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته، وترتب عليه عدم تنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها. وهذه الحالة لا تطبق بشأنها أحكام العجز باعتبارها حادثاً طارئاً، وإنما تندرج ضمن إخلال رب العمل بالتزاماته العقدية، وتطبق بشأنها أحكام المسؤولية العقدية، والتي تعطي الحق للمقاول في طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض، إن كان له مقتضى.

هناك من يرى[٣] أن عجز المقاول يتحقق إذا كان اعتماد المقاول بشكل رئيسي على سلفة الأعمال المنجزة، وكان تأخر رب العمل في دفع هذه المستحقات لأي سبب مؤدياً إلى

=الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص٤٨. وكذلك القرار رقم (٣٧٣/ مدنية أولى/١٩٧٤) بتأريخ ١٩٧٥/٢/٥. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، السنة السادسة، 1975، ص٩٠.

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (٨٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه ((يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً)). وتقابلها الفقرة (١) من المادة (٦٤٧) من القانون المدني المصري، والفقرة (١) من المادة (٧٨١) من القانون المدني الأردني، والفقرة (١) من المادة (٦٦٢) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٦٢٧) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٢) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن (..... تأخر رب العمل في عقد المقاولة في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، هو إخلال بالتزامه التعاقدي، ومن ثم يعتبر في ذاته خطئاً موجباً للمسؤولية لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه .....). الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧، ١٩٧٢، ص١٠٦٢. متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=Office >

(Last visited 07.04.2019).

(٣) خولة كاظم محمد، مصدر سابق، ص٢٠. ويؤيد هذا الاتجاه قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه (..... أن إلزام المقاول الأصلي بدفع قيمة الأعمال المنجزة للمقاول الفرعي=

اضطرار المقاول للاستدانة أو السحب من المصارف بفوائد من أجل الصرف على العمل. واستمر توقف رب العمل أو تأخره في دفع مستحقات المقاول لفترة طويلة، وتوقفت المصارف عن تقديم تسهيلات إضافية أخرى للمقاول، وأدى ذلك في النهاية إلى عجز المقاول عن الاستمرار في تنفيذ العمل.

ويبدو لنا أن الاتجاه المذكور أعلاه قد جانب الصواب، إذ أن إخلال رب العمل بالتزاماته العقدية بموجب عقد المقاولة لا يشكل حادثاً طارئاً، بل أنه إخلال موجب للمسؤولية العقدية، يجيز للطرف الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى[١].

وفيما يتعلق بعجز المقاول عن تنفيذ العمل بسببه، فإنه لا يدخل أيضاً ضمن حالة عجز المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، وذلك لوجود عبارة (لسبب لا دخل فيه لإرادته) في نص الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) والنصوص المقابلة له في القوانين محل الدراسة. ويمكن القول بأنه حتى لو لم تكن تلك العبارة موجودة فإنه لم يكن بالإمكان تطبيق حكم عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة على هذه الحالة، لكونها

=وكذلك التعويض عن إخلاله بشروط عقد المقاولة الفرعي، إلزام موافق للقانون بدلالة المادتين ٨٠٢ و ٨٠٣ من القانون المدني اللتين تقضيان باستحقاق المقاول لقيمة الأعمال المنفذة من المقاولة عند عجز المقاول عن إتمام المقاولة لسبب لا يد له فيه. ودفع التعويض في الحدود التي يقرها العرف إذا كان متضرراً من الفسخ). قرار محكمة التمييز، حقوق رقم (١٩٨٨/٢٦٨) بتأريخ ١٩٨٨/٨/١٥. مشار إليه عند: جمال مدغمش و يحيى دحمان، موسوعة شرح القانون المدني، الجزء الثالث عشر، المركز القانوني الاستشاري، بلا مكان النشر، ٢٠٠٤، ص١٨٠.

(١) وذلك استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي، والفقرة (١) من المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني، والفقرة (١) من المادة (٢٠٩) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٧١) من قانون المعاملات المدنية العماني. وخير دليل على رأينا هو أسلوب التعويض الوارد في المادة (٨٠٢) من القانون المدني الأردني، والذي لا يستقيم تطبيقه على هذه الحالة، كما سيأتي بيانه لاحقاً عند بحث الأثر المترتب على إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً.

تندرج ضمن إخلال المقاول بالتزاماته العقدية. وبالتالي فلا يمكن اعتبار عجز المقاول عن تنفيذ العمل بسببه حادثاً طارئاً في عقد المقاولة.

ويثور التساؤل في هذا الشأن عن ما إذا كان يشترط في عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة أن يكون عجزاً كلياً من عدمه.

اختلفت الآراء في هذه المسألة، فهناك من يرى[١] بأنه يشترط في عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة أن يكون العجز كلياً. وفي المقابل، هناك من يرى[٢] عدم اشتراط كون العجز كلياً، وإنما يعتبر كل عجز حادثاً طارئاً، سواء أكان عجزاً كلياً أم جزئياً. إذ يكفي أن يمنع المقاول من أداء عمله بصورة صحيحة. ويبدو لنا بأن نص الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي قد جاء بصورة مطلقة دون تقييد العجز بوجوب كونه كلياً. وبالتالي يكون عجز المقاول حادثاً طارئاً، كلياً كان أم جزئياً، طالما كان مؤدياً إلى عدم إمكان قيام المقاول بإتمام تنفيذ المقاولة.

وبناءً على ما سبق، فإن مفهوم عجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة يشمل كل ما يؤدي إلى عجز المقاول عن تنفيذ العقد، سواء أكان العجز جسدياً أم مالياً، من دون أن يكون سبب العجز راجعاً إلى المقاول أو إلى رب العمل.

المطلب الثاني

شروط اعتبار عجز المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

أحال كل من المشرع العراقي والمصري والكويتي في شأن تنظيم أحكام عجز المقاول إلى أحكام موت المقاول، وينطبق هذا الأمر على بعض شروط حالة عجز المقاول، وعلى أثره، وذلك بعكس كل من المشرع الأردني والعماني اللذين نظما حالة عجز المقاول بنص خاص، وبأحكام مختلفة من حيث الشروط والأثر. وسيأتي بيان ذلك لاحقاً.

وبناءً على ذلك، يشترط في اعتبار عجز المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، تحقق ما يأتي:

---

(١) د. وهبة مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص٢١.

(٢) عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص٤٦. مشار إليه عند: د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٩٢.

أولاً: أن لا تكون المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد

يشترط في اعتبار عجز المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة أن لا تكون مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد. إذ لو كانت المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد لانفسخ العقد من تلقاء ذاته وبحكم القانون، دون الحاجة إلى تقديم طلب لإنهائه من قبل أي من طرفي عقد المقاولة. كما هو الحال في انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ العمل. ويستفاد ذلك من الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي، والتي تقابلها الفقرة (٣) من المادة (٦٦٧) من القانون المدني المصري، والفقرة (٣) من المادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي.

والمقصود من استخدام عبارة (وتسري هذه الأحكام أيضاً) في النصوص المذكورة أعلاه هو سريان أحكام حالة موت المقاول الواردة في المادتين (٨٨٨) و (٨٨٩) من القانون المدني العراقي[١] في شأن كيفية انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول، وفي شأن الأثر المترتب على انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول.

وهناك[٢] من يرى بأن القصد من هذه العبارة ينحصر في سريان أحكام المادة (٨٨٩) في شأن أثر موت المقاول على حالة عجز المقاول. ولكن يبدو لنا أن عبارة (وتسري هذه الأحكام أيضاً) الواردة في الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي، وإن بدت في ظاهرها أنها تقتضي سريان أحكام المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القانونين المدنيين المصري والكويتي، إلا أن ما ورد في الفقرة (١) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القانونين المدنيين المصري والكويتي، من ربط ترتيب أثر إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول بما ورد من شروط في المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القانونين المدنيين المصري والكويتي، يقتضي بالضرورة تطبيق شروط إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول على حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل، باعتبار ذلك مما يقتضيه تطبيق أثر إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل.

---

(١) وينطبق نفس الحكم على المادتين (٦٦٦) و (٦٦٧) من القانون المدني المصري، والمادتين (٦٨٦) و (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ص٢٩٢-٢٩٣.

ومع ذلك، فإن الصياغة الواردة في كل من القانون المدني العراقي والمصري والكويتي ليست موفقة، وتثير الإشكالات. وكان يستحسن أن يتم تنظيم حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل في مادة خاصة، كما هو الحال في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني[١]، وذلك على الرغم من الملاحظات التي يمكن إيرادها على القانونين الأخيرين، والتي نبينها عند البحث في موقفهما. لذلك نقترح على المشرع العراقي تنظيم أحكام عجز المقاول في مادة خاصة. وسنقترح هذا النص في موضع لاحق.

وإذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد، فإن العقد لا ينتهي بعجز المقاول، وإنما ينبغي على المقاول الاستمرار في تنفيذ العقد رغم ذلك، سواء قام بتنفيذه بنفسه أو عن طريق استخدام العاملين لديه. وكذلك يمكن للمقاول، في هذه الحالة، إبرام عقد المقاولة من الباطن، أو أن يتنازل عن المقاولة. وتتحقق هاتان الحالتان الأخيرتان إن لم يكن هناك شرط في العقد يمنع من إبرام عقد المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة، أو لم تفترض طبيعة العمل الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول.

وفي المقابل، فإن كلاً من القانون المدني الأردني في المادة (٨٠٢) وقانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٦٤٨) لم يشترطا عدم كون شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، لكي يمكن إنهاء عقد المقاولة في حالة عجز المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً. ولكن بالنظر إلى أن عقد المقاولة الذي تكون فيه شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد ينفسخ من تلقاء ذاته وبحكم القانون إذا أصبح تنفيذ العمل مستحيلاً[٢] بسبب عجز المقاول، فإن

---

(١) تنص المادة (٨٠٢) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على صاحب العمل من نفع)). وتنص المادة (٦٤٨) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه ((إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما عاد على صاحب العمل من نفع)).

(٢) تنص المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين، إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. فإذا كانت الاستحالة جزئية، انقضى ما يقابل الجزء المستحيل. ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي كليهما=

هذه الحالة لا تدخل ضمن مفهوم الحادث الطارىء في عقد المقاولة. لذلك فإن هذين القانونين وإن لم ينصا صراحةً بصدد حالة عجز المقاول أن لا تكون شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، إلا أن حالة عجز المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً في عقد المقاولة لا تظهر إلا عندما لا تكون شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد. وبالتالي يفترض ضمناً في هذه الحالة وجوب عدم كون شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد.

ثانياً: وقوع العجز بعد بدء المقاول في تنفيذ العمل

تؤكد على هذا الشرط الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي[١]، وما يقابلها في القوانين محل الدراسة. وينبني على ذلك أن المقاول إذا أصبح عاجزاً عن تنفيذ العمل بسبب لا دخل لإرادته فيه بعد إبرام عقد المقاولة وقبل البدء في تنفيذ العمل، فإنه ينبغي التفريق بين ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في العقد أم لا. فإن كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد فإن العقد ينقضي باستحالة تنفيذه، وذلك بموجب المادة

=يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين)). وتنص المادة (١٧٢) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه ((١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. ٢- إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء الذي استحال تنفيذه، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعذار المدين)).

(١) هناك من يرى بأنه لا يلزم الأخذ بظاهر النص، فيما يتعلق بوجوب وقوع عجز المقاول بعد البدء بتنفيذ العمل، وذلك على اعتبار أن المقاولة تنتهي أيضاً نتيجة لعجز المقاول حتى وإن حصل العجز قبل البدء بالعمل، وأنه لا يوجد أي مبرر منطقي يجعل انفساخ عقد المقاولة يتم بسبب العجز بعد البدء بتنفيذ العقد، وعدم إقرار ذلك قبل البدء بتنفيذه. ينظر: د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٣٢٢.

ويبدو لنا، من صراحة نص الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القوانين محل الدراسة، أنه يشترط أن يحدث العجز بعد بدء المقاول بتنفيذ العمل. وإن حالة عجز المقاول قبل البدء بتنفيذ العمل لا تدخل في نطاق هذا النص، وإن كان لا يوجد مبرر منطقي لذلك التمييز في التعامل بين الحالتين.

(٨٨٦) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القوانين محل الدراسة[١]. أما إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، فلا يمكن التمسك بالعجز لإنهاء عقد المقاولة، وإنما ينبغي الرجوع إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، إن تحققت شروطه. أما إن لم تتحقق شروط المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، فلا يكون هناك مجال لإنهاء هذا العقد بسبب عجز المقاول. ولا يكون أمام رب العمل سوى طلب فسخ عقد المقاولة نتيجة إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته العقدية.

وهذا التقييد لحالة عجز المقاول عن تنفيذ العمل باشتراط وقوع العجز بعد بدء المقاول في تنفيذ العمل يعد منتقداً. إذ كان من باب أولى أن يشمل إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول، الحالة التي يعجز فيها المقاول عن تنفيذ العمل بعد إبرام العقد مباشرة وقبل البدء بتنفيذ العمل. وذلك بالنظر إلى أنه في هذه الحالة تسهل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد. إذ قد لا يرجع أيهما بشيء على الآخر، إلا إذا كان رب العمل قد استعجل شيئاً من الأجر، فيمكن له استرداده.

ثالثاً: أن لا تتوافر في المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل

بالنظر أن كلاً من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي قد أحال في شأن عجز المقاول إلى أحكام موت المقاول، فإنه يشترط في هذه القوانين لإنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في التعاقد أن لا تتوافر في المقاول[٢] الضمانات الكافية لحسن تنفيذ عقد المقاولة. ويبدو لنا أن المقصود بالضمانات هو كل ما يقدمه المقاول من أجل حسن تنفيذ العمل، كما لو عهد

(١) تنظر المادة (٦٦٤) من القانون المدني المصري، والمادة (٦٨٥) من القانون المدني الكويتي. كما تنطبق بشأن هذه الحالة، المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٧٢) من قانون المعاملات المدنية العماني، وذلك لعدم وجود نص فيهما يقابل المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) يختلف الشخص الذي يقدم الضمانات لحسن تنفيذ العمل في كل من حالة موت المقاول وحالة عجز المقاول. ففي حالة موت المقاول، فإن ورثة المقاول ملزمون بتقديم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ولكن في حالة عجز المقاول، فإن هذا الأخير ملزم بتقديم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، وذلك بالنظر إلى أن المقاول يكون على قيد الحياة.

تنفيذ العمل إلى المقاول من الباطن. وينبغي في هذه الحالة عدم وجود شرط مانع من ذلك في عقد المقاولة[١]. إذ أن المهم عند رب العمل هو حسن تنفيذ العمل المعهود إلى المقاول، فلا يفرق إن قام المقاول بنفسه بتنفيذ العمل أو عهد به إلى المقاول من الباطن، بالنظر إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في العقد. أضف إلى ذلك، أنه ليس هناك ما يمنع من أن يقوم المقاول بالتنازل عن المقاولة[٢] أيضاً ما لم يكن هناك شرط في العقد يمنع من ذلك.

---

(١) تنص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي على أنه ((١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه الركون إلى كفايته الشخصية. ٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني)). وتقابلها المادة (٦٦١) من القانون المدني المصري، والمادة (٧٩٨) من القانون المدني الأردني، والمادة (٦٨١) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٦٤٤) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٢) لا يوجد نص في شأن تنظيم التنازل عن المقاولة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني. لذلك ينبغي الرجوع في هذا الصدد إلى الأحكام العامة لحوالة الحق وحوالة الدين. وفي شأن حوالة الحق، تنص المادة (٣٦٣) من القانون المدني العراقي على أنه ((لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له. على أن نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التأريخ)). وتقابلها المادة (٣٠٥) من القانون المدني المصري. ولم ينظم كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني أحكام حوالة الحق. والجدير بالذكر أن الأصل بموجب النصوص المذكورة أعلاه، أنه يمكن لطرفي عقد المقاولة التنازل عنه ما لم يوجد شرط في العقد يمنع ذلك أو لم تكن شخصية المتعاقد المتنازل محل اعتبار في التعاقد. ويعتبر تنازل المقاول نافذاً في حق رب العمل إذا قبله أو أعلن له، ولا ينفذ في حق الغير إلا في تأريخ الإعلان الرسمي أو التأريخ الثابت لقبول رب العمل. ويكون من المفترض عموماً أن رب العمل يقبل التنازل ما دام لم يشترط في عقد المقاولة عدم جواز التنازل، فإذا عرض على رب العمل التنازل ينبغي عليه قبوله، ويعتبر التنازل سارياً في حقه من وقت إخطاره بالتنازل.=

=وتنظر في شأن حوالة الدين المادة (٣٤٠) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (٣١٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٩٩٦) من القانون المدني الأردني، والمادة (٧٧٥) من قانون المعاملات المدنية العماني. إذ أن حوالة الدين لا تنفذ في حق رب العمل إلا إذا أقرها، ويفترض أن رب العمل يقبل التنازل ما دام لم يشترط في عقد المقاولة عدم جواز التنازل، وبالتالي لا حاجة لإقرار رب العمل لحوالة الدين، ويكون التنازل سارياً من وقت صدوره.

ويرجع البعض السبب في عدم تنظيم المشرع لحالة التنازل عن المقاولة إلى أنه أقل وقوعاً في الحياة العملية من المقاولة من الباطن. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٥٨ ؛ محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص٢١٣.

يبدو لنا، في الحالة التي نحن بصددها، وهي عجز المقاول، أن تنازل المقاول عن العقد أكثر وقوعاً من المقاولة من الباطن، بالنظر إلى الآثار التي تترتب على كل حالة، إذ تنتهي مسؤولية المقاول بصورة عامة في حالة قيامه بالتنازل عن المقاولة. لذلك كان يستحسن تنظيم التنازل عن المقاولة بنصوص خاصة، كما هو الحال في القانون المدني الكويتي، وذلك بمراعاة خصوصية عقد المقاولة.

وهناك من يذهب إلى أن أحكام المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي تطبق على كل من المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة. ينظر في هذا الشأن: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٣٩٧. وكذلك يستند القضاء في العراق إلى المادة (٨٨٢) في حالة التنازل عن عقد المقاولة. إذ تذهب محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها إلى أنه (وجد أن المحكمة قضت بحكمها المميز برد دعوى المدعي المميز واستندت بحكمها على أحكام المادة ٨٨٢ من القانون المدني التي حظرت على المقاول الأول التنازل عن المقاولة إلا بعد موافقة رب العمل. ولم يقترن التنازل بهذه الموافقة. وأن المميز على هذا الأساس هو الذي يتحمل عبء المقاولة وغراماتها وحده، وهذا النظر من المحكمة غير صحيح، ذلك أن مفهوم المادة المشار إليها تحكم العلاقة بين المقاول الثاني والأول، عند وجود الموافقة، أما إذا لم توجد هذه الموافقة فلا يكون هذا المقاول مسؤولاً أمام رب العمل ..... لذا كان المقتضى على المحكمة أن تلاحظ نصوص المقاولة بين الطرفين وتجري تحقيق طلبات الدعوى في ضوئها ومن ثم تصدر حكمها على ضوء ما يتحصل لديها وحيث أنها قد أصدرت حكمها دون الالتفات لذلك فقرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى لمحكمتها .....). القرار رقم (٧٤٧/مدنية=

=ثالثة/ ١٩٧٢ بتأريخ ١٩٧٣/٣/١٤. منشور في (النشرة القضائية) الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٣، ص٩١.

ويبدو لنا أن نص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي صريح في كون حكمه مقتصراً على حالة قيام المقاول بالمقاولة من الباطن دون التنازل عن المقاولة، وذلك لأن المقاول يبقى طرفاً في المقاولة الأصلية عندما يكل العمل إلى المقاول من الباطن لإنجازه، ولا يخرج من نطاق العقد. وهذا ما تؤكد عليه الفقرة (٢) من نفس المادة، فلا تنتهي التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل، إنما يبقى ملتزماً قبله عن أعمال المقاول من الباطن.

ولكن في حالة التنازل عن المقاولة فإنه لا يبقى أي التزام على عاتق المقاول قبل رب العمل في حالة تنازله عن المقاولة لشخص آخر، بل تنتهي العلاقة بين المقاول ورب العمل، ويحل المتنازل له محل المقاول المتنازل في الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد، بل أنه لا يوجد نص في حالة التنازل عن المقاولة يقرر ضمان المتنازل للمتنازل له في تنفيذ التزاماته، بخلاف ما عليه الحال في حالة التنازل عن عقد الإيجار. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٠٨. إذ يبقى المتنازل عن عقد الإيجار ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته بموجب نص المادة (٧٧٧) القانون المدني العراقي.

وفي المقابل، نظم القانون المدني الكويتي أحكام التنازل عن المقاولة في المادة (٦٨٠) والتي تنص على أنه ((١- لا يجوز لأي من المتعاقدين التنازل عن المقاولة إلا بموافقة الآخر، وذلك ما لم يوجد في العقد شرط يقضي بخلافه. ٢- فإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته. ٣- ولا يسري التنازل في مواجهة الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمي، أو كانت موافقته على التنازل ثابتة التأريخ)). ويتضح من نص تلك المادة بأنه من حيث المبدأ لا يجوز لطرفي عقد المقاولة التنازل عن المقاولة لشخص آخر، حتى لو لم يوجد في العقد شرط مانع من ذلك، إلا بموافقة المتعاقد الآخر. وإذا تنازل المقاول عن عقد المقاولة لشخص آخر، يحل المتنازل له محل المقاول في جميع الحقوق والالتزامات المتولدة عن عقد المقاولة.

وتجدر الإشارة في شأن العقود الإدارية إلى أن المادة (الثالثة) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق قد نظمت حالة التنازل عن المقاولة، ومنعت المقاول من التنازل عن المقاولة دون أخذ الموافقة التحريرية المسبقة من رب العمل، سواء كان=

وينبغي في هذا الفرض أن تتحقق في المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل. وبغض النظر عن ماهية الضمانات المقدمة من قبل المقاول فإن المحكمة هي التي تقرر ما إذا كانت كافية أم لا، وذلك في معرض الرد على طلب رب العمل والحكم بإنهاء عقد المقاولة أو بقائه، في ضوء كفاية الضمانات المقدمة لحسن تنفيذ العمل أو عدم كفايتها.

فضلاً عن ذلك، فإن الضمانات يمكن أن تشمل أيضاً التأمينات العينية أو الشخصية التي يقدمها المقاول لحسن تنفيذ العمل. إذ يمكن للمقاول تقديم رهن ضماناً لحسن تنفيذ التزامه، سواء كان رهناً تأمينياً[١] أو رهناً حيازياً[٢]. وكذلك يمكنه تقديم كفالة شخصية[٣] أو عينية لحسن تنفيذ العمل. ومرد ذلك أن لفظ الضمانات الذي جاءت به المادة (٨٨٨)

=التنازل كلياً أو جزئياً أو متعلقاً بأية منفعة أو التزام أو مصلحة له فيها أو بموجبها باستثناء ما يترتب من التزام لصالح المصارف التي يتعامل معها المقاول بأية مبالغ مستحقة أو ستصبح مستحقه بموجب المقاولة. وبذلك يمكن للمقاول التنازل عن المقاولة كلياً إذا حصل على الموافقة التحريرية المسبقة من رب العمل. وتقابلها المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨. للمزيد في هذا الشأن، ينظر: سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٠، ص ص٤٠-٤١ ؛ د. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص١٦١ وما بعدها.

(١) تنظر المادة (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري، والمادة (١٣٢٢) من القانون المدني الأردني، والمادة (٩٧١) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٠١٠) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٢) تنظر المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري، والمادة (١٣٧٢) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٠٢٧) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٠٥٧) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٣) تنظر المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري، والمادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني، والمادة (٧٤٥) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٧٣٦) من قانون المعاملات المدنية العماني.

من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة إنما ورد مطلقاً عن أي تقييد بنوع معين من الضمانات.

ويبدو لنا مما سبق ذكره، أن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة في حالة عدم توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في المقاول يتمثل عموماً في الحالة التي لا يمكن فيها للمقاول إبرام عقد المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة لوجود شرط في عقد المقاولة يمنع من ذلك، أو حالة عدم تقديمه ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل رغم عدم وجود شرط مانع من المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة.

والجدير بالذكر أن الشرط المانع(١)، سواء كان صريحاً أو ضمنياً، لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين من فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل، ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن، بل يكونوا مستخدمين عند المقاول بعقد العمل وليس بعقد المقاولة، ويعملون تحت مراقبته وإشرافه(٢).

ويجدر بالذكر، أن القضاء في العراق قد خلط في الكثير من أحكامه بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، ويشير إليهما كما لو لم يكن هناك أي فرق بينهما، على الرغم من وجود فروق كثيرة بينهما(٣). فتذهب محكمة التمييز العراقية في قرار لها إلى أنه (حيث

---

(١) ويتوجب في الشرط المانع أن يكون قاطعاً في دلالته، لأنه يسلب من المقاول حقاً يخوله عقد المقاولة. ولذلك ينبغي عدم التوسع في تفسيره، وعند وجود الشك، يجب القول بعدم وجوده. ولكن لا يلزم أن يكون هذا الشرط صريحاً في العقد، بل يكفي أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال، كما لو كان عقد المقاولة معقوداً مع مراعاة شخصية المقاول. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٠٩-٢١١ ؛ د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

(٢) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٣) يتميز المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة في أمور كثيرة، منها ما يأتي: **أولاً:** يتضمن التنازل عن المقاولة عمليتين قانونيتين، حوالة الحق بالنسبة إلى حقوق المقاول، وحوالة الدين بالنسبة إلى التزاماته. وبذلك يحل المتنازل له محل المقاول في ما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد المقاولة. بينما المقاولة من الباطن تتمثل في قيام المقاول الأصلي بتوكيل تنفيذ العمل كله أو في جزء منه إلى المقاول من الباطن، ويتوجب في كليهما أن لا يوجد شرط في العقد يمنع ذلك وأن لا تفترض=

أن الفقرة –١– من المادة –٨٨٢– من القانون المدني أجازت للمقاول الأصلي أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، لذلك رأت محكمة التمييز العراقية أنه كان على محكمة الاستئناف التحقق مما إذا كانت المقاولة تتضمن شرط عدم التنازل أم لا، فإن كان مثل هذا الشرط موجوداً، فليس للمقاول الأصلي أن يتنازل عن المقاولة إلى مقاول آخر إلا بموافقة رب العمل، وإذا خلت المقاولة من هذا الشرط، فيجوز التنازل دون أخذ موافقة رب العمل)[1]. **وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أنه (يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل بجملته أو بجزء منه إلى مقاول آخر، ويكون للمقاول الثاني حق مطالبة رب العمل مباشرة بما له في ذمة المقاول الأول بشرط أن**

=طبيعة العمل الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول. **ثانياً:** يترتب على التنازل عن المقاولة، على عكس المقاولة من الباطن، أن يصبح المقاول المتنازل له مديناً بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل، ويصبح الدائن بجميع حقوق المقاول، بحيث يختفي المقاول المتنازل، ولا يبقى له شأن في العقد الذي انتقل بجميع ما يترتب عليه من آثار إلى المقاول المتنازل له. فضلاً عن ذلك، أن المقاول المتنازل لا يكون مسؤولاً عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له. للمزيد من التفصيل حول التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٠٨ ؛ د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٢٩٣. (الهامش رقم ٢).

إذ لا يوجد في التنازل عن المقاولة سوى عقد مقاولة وحيد بين المقاول ورب العمل، ويتنازل المقاول عن العقد لشخص آخر ويخرج من العقد. ولكن في المقاولة من الباطن يوجد عقدان، عقد المقاولة الأول بين المقاول الأصلي ورب العمل، وعقد المقاولة الثاني بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني. ولا يتوجب أن تكون شروط المقاولة من الباطن هي نفسها شروط المقاولة الأصلية.

(١) القرار رقم (٨٤٠/ مدنية أولى/١٩٧٣) بتأريخ ١٩٧٣/٧/٢٢. مشار إليه عند: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٣٩٨. (الهامش رقم ١).

لا يتجاوز القدر الذي يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي، ما لم يوجد شرط في عقد المقاولة يمنع المقاول من التنازل لغيره)[١].

وفي المقابل، توجد قرارات أخرى لنفس المحكمة تذكر المقاولة من الباطن دون الإشارة إلى التنازل عن المقاولة، فجاء في قرار لها أنه (للمقاول الأصلي أن يكل العمل كله أو جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه نص في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه الركون إلى كفايته الشخصية .....)[٢].

ولعل السبب من وراء موقف القضاء العراقي في التباس الأمر عليه بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة هو عدم وجود نص صريح ينظم التنازل عن المقاولة في القانون المدني العراقي، مما أدى بالقضاء وبعض الفقه، كما سبق بيانه، إلى تطبيق أحكام المقاولة من الباطن على التنازل عن المقاولة. ولكن لا يمكن التحجج بهذا السبب، إذ يمكن للقضاء الرجوع إلى الأحكام العامة في الحوالة والتي تطبق على التنازل عن المقاولة.

بناءً على ما سبق، يبدو لنا أنه كان من الأولى أن يسلك كل من المشرع العراقي والمصري والأردني والعماني مسلك المشرع الكويتي في تنظيم موضوع التنازل عن عقد المقاولة بنص خاص، درءً للإشكالات والتفسيرات المتباينة بصدده.

وفي هذا السياق نقترح أن يأتي النص على النحو الآتي:

((١- يجوز لكل من المقاول ورب العمل التنازل عن المقاولة، ما لم يوجد شرط في العقد يقضي بخلافه أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد. وإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته. ٢- ولا يكون التنازل نافذاً في حق الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر)).

وفي المقابل، لا يشترط كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني لإمكان إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول، إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في

---

(١) القرار رقم (٣٨٥/ مدنية أولى/١٩٧٤) بتأريخ ١٩٧٥/٢/١٩. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص٩٢.

(٢) القرار رقم (٤٣٤/ م١/١٩٧٦) بتأريخ ١٩٧٦/١٠/٢٧. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص٧٧.

التعاقد، أن لا تتوافر في المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. إذ أنه يمكن إنهاء عقد المقاولة سواء توافرت في المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل أم لم تتوافر.

ويبدو لنا، أن موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي أدق من هذه الجهة من موقف كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني، إذ لم تجعل هذه القوانين المقاول تحت رحمة رب العمل في الحالات التي تتوافر فيها الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فشخصيته ليست محل اعتبار في التعاقد، وبالتالي لا يهم رب العمل إن قام المقاول بتنفيذ العمل بنفسه أو من خلال الاستعانة بأشخاص آخرين طالما كان ذلك متاحاً له، أو كانت التأمينات العينية أو الكفالة كافية لضمان حسن تنفيذ العمل. وهذا بخلاف موقف القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني، واللذين وضعا المقاول تحت رحمة رب العمل، حتى وإن توافرت فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فيجيزان لرب العمل إنهاء عقد المقاولة.

رابعاً: التمسك باعتبار عجز المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

يلاحظ بأن الصياغة الواردة للنصوص ذات الصلة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي تعطي الحق لرب العمل في إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول في حالة عدم توافر الضمانات الكافية فيه لحسن تنفيذ العمل. ومفاد ذلك أن المقاول حتى وإن لم تتوافر فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل فإن العقد لا ينقضي من تلقاء ذاته، إن لم يطلب رب العمل إنهاءه، وإنما يتوقف ذلك على تقديم طلب من قبل رب العمل لإنهاء العقد.

ويثور التساؤل في هذا الشأن عن ما إذا كان للمقاول تقديم الطلب لإنهاء عقد المقاولة في حالة عدم توافر الضمانات الكافية فيه لحسن تنفيذ العمل، وذلك إذا لم يطلب رب العمل إنهاء العقد.

من الملاحظ أن كلاً من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي، يخلو من نصوص تجيز للمقاول تقديم الطلب لإنهاء عقد المقاولة في حالة عدم توافر الضمانات الكافية فيه لحسن تنفيذ العمل. لذلك لا يمكن القول بأن للمقاول طلب إنهاء العقد. وكذلك فإنه قد لا يمكنه طلب إنهاء العقد بالاستناد إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة المنظم في المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين الأخرى، بالنظر إلى كونه يشترط حدوث انهيار تام

للتوازن الاقتصادي بين التزامات طرفي العقد بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وانعدام الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد(١)، أو أن يحول الأمر دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه(٢)، وهذا ما قد لا يتوافر في حالة عجز المقاول. ثم أنه حتى لو توافرت في هذه الحالة شروط المبدأ العام للحادث الطارىء، فإن المعول عليه في إنهاء العقد هو تطبيق النصوص الخاصة بالمبدأ العام في الحادث الطارىء في عقد المقاولة، وليس التطبيق الخاص بحالة عجز المقاول. ولكن يمكن للمقاول الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة الواردة في الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) والنصوص المقابلة لها في القوانين الأخرى محل الدراسة(٣)، وذلك إن توافرت شروطها. ومع ذلك يقتصر حقه في هذه الحالة على طلب إعادة التوازن المالي للعقد بالأسلوب الوارد في النصوص المنظمة لذلك، ودون أن يكون له طلب إنهاء العقد.

ومن الملاحظ بأن القانون المدني الكويتي لم يقصر في المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة حق التمسك به بطرف معين. على عكس التطبيقات التشريعية التي جاء بها، والتي تقصر حق التمسك بها برب العمل فقط، دون المقاول. فضلاً عن ذلك، لم يجز هذا القانون في المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة إنهاء العقد، إلا أنه في التطبيقات التشريعية التي جاء بها أجاز إنهاء العقد.

وفي المقابل، فإنه في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني ليست هناك نصوص صريحة على انتهاء عقد المقاولة في حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ

---

(١) تنظر المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي. وتقابلها الفقرة (٤) من المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري، والتي تشترط، فضلاً عن ذلك، أن تكون الحوادث استثنائية وعامة. والجدير بالذكر أنه استناداً إلى المادتين (١٩٨) و (٦٧٩) من القانون المدني الكويتي، لا يمكن طلب إنهاء عقد المقاولة، حتى وإن تحققت شروط المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة.

(٢) تنظر المادة (٨٠١) من القانون المدني الأردني، والمادة (٦٤٧) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٣) تنظر الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٩٨) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٥٩) من قانون المعاملات المدنية العماني.

العمل إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد. إلا أنهما قد نصا على مستحقات المقاول بما يدل أن عقد المقاولة ينتهي، ولكن من دون بيان كيفية انتهاء العقد. وعلى الرغم من أنه لا يبدو من النص وجوب تقديم طلب لإنهاء عقد المقاولة، إلا أنه يفترض وجوب تقديم طلب، وذلك بالنظر إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في التعاقد، وبالتالي لا يتصور انتهاء العقد من تلقاء ذاته وبحكم القانون، طالما أن تنفيذ مضمون العقد لم يصبح مستحيلاً في ذاته. إذ لا تدخل هذه الحالة ضمن انفساخ العقد، ولذلك يفترض أن إنهاء العقد يكون بناءً على الطلب. وفضلاً عن ذلك، لم يقيد هذان القانونان تقديم الطلب لإنهاء عقد المقاولة بطرف معين. لذلك فإنه يمكن للمقاول أو رب العمل التمسك بإنهاء العقد. وبهذا يتفق موقف هذين القانونين في حالة عجز المقاول مع موقفهما في تنظيم المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة.

وأخيراً، تنبغي الإشارة إلى أن النصوص المنظمة لحالة إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل، في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، لم تفرض على رب العمل أو المقاول إذا طلب إنهاء العقد إعذار الطرف الأخر. ومرد ذلك عدم وجود فائدة مرجوة من الإعذار، إذ لا تتوافر الضمانات الكافية في المقاول لحسن تنفيذ العمل، أو قد تتوفر في المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، كما هو الحال في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني، إلا أن رب العمل، على الرغم من ذلك، يطلب إنهاء العقد، لذلك ليست هناك فائدة من الإعذار بوجوب تنفيذ المقاولة.

وكذلك لم تلزم هذه النصوص من يتمسك بإنهاء العقد بوجوب أن يقدم طلبه خلال أجل معين، إن أراد إنهاء عقد المقاولة بسبب تحقق عجز المقاول. لذلك يمكنه تقديم طلب إنهاء العقد مباشرة بعد عجز المقاول أو بعد مرور فترة من الزمن على ذلك. وإن مجرد تأخره في تقديم الطلب لا يمكن أن يحمل على أنه تنازل عن حقه في طلب الإنهاء إن لم يقترن ذلك بما يدعم هذا التوجه، إلا إذا كان قد تم الاستمرار في تنفيذ المقاولة مع علم رب العمل بذلك أو إقراره إياه. إذ لا يمكن حمل موقف رب العمل في هذا الفرض إلا على نزوله عن اللجوء إلى طلب إنهاء العقد.

ونخلص مما سبق، أن حالة إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل وإن عدت من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، إلا أنه يوجد اختلاف بينهما فيما يتعلق بالطرف الذي له حق التمسك بالحادث الطارىء. ففي المبدأ

العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، يقتصر التمسك بالحادث الطارىء في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري على المقاول فقط، في حين أنه في حالة عجز المقاول يجيز هذان القانونان لرب العمل إنهاء العقد، دون المقاول. وفضلاً عن ذلك، يلاحظ أن القوانين محل الدراسة وإن اشترطت في المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة وجوب أن يؤدي الحادث الطارىء إلى الانهيار التام للتوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول بحيث ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد[١] أو الحيلولة دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه[٢]، إلا أنه في حالة إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول، والتي تعتبر من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، لم تشترط هذه القوانين تحقق ذلك.

خامساً: أن يكون العجز لسبب لا دخل لإرادة المقاول فيه

يشترط في عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل لكي يعتبر حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، أن لا يكون العجز ناشئاً بسبب تعمد المقاول إصابة نفسه أو بسبب مسلك خاطىء بصورة جسيمة. إذ لا يسوغ أن يكون العجز قد حل بالمقاول وهو تحت التأثير الشديد للخمر أو المخدرات أو أثناء اعتدائه على الغير[٣]. فلو كان عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل قد تحقق بسبب المقاول نفسه، فإن ذلك يندرج في سياق إخلال المقاول بالتزاماته العقدية، ولكان من الجائز للطرف المقابل طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى. وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين.

(١) تنظر المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي. وتقابلها الفقرة (٤) من المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري.

(٢) تنظر المادة (٨٠١) من القانون المدني الأردني، والمادة (٦٤٧) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(٣) فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص٢٦٧ ؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٩٢ ؛ د. عدنان إبراهيم السرحان، مصدر سابق، ص٩٦.

المطلب الثالث

الأثر المترتب على اعتبار عجز المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

هناك من يرى[١] أن عجز المقاول يكون سبباً لانفساخ عقد المقاولة من تلقاء ذاته، إذا لم تكن للمقاول يد في إحداثه. وفي المقابل، هناك من يرى[٢] أن عقد المقاولة الذي تكون فيه شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد ينقضي بحكم القانون، دون بيان كيفية انقضاء عقد المقاولة الذي لا تكون شخصية المقاول فيه محل اعتبار. ولكن يبدو لنا وجوب التمييز بين الحالة التي تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد والحالة التي لا تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد.

فتترتب على عجز المقاول، إن كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، استحالة تنفيذ الالتزام، وبالتالي ينفسخ عقد المقاولة من تلقاء ذاته وبحكم القانون، دون حاجة إلى تقديم طلب الفسخ من قبل رب العمل أو المقاول. وينقضي تبعاً لذلك التزام المقاول، وكذلك التزام رب العمل، ولا مجال للتعويض، إذ لا دخل لإرادة أي من طرفي العقد في الموضوع.

ويترتب على انفساخ عقد المقاولة بحكم القانون، سقوط الالتزامات المترتبة عليه، وبالتالي لا يمكن لرب العمل إجبار المقاول على تنفيذ العمل، وكذلك لا يحق للمقاول تنفيذ المقاولة أو الاستمرار فيها، حتى وإن كان قد قطع شوطاً في التنفيذ، أو إذا كانت تتوافر فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ولكن إذا أراد المقاول بعد انفساخ عقد المقاولة الاستمرار في تنفيذ العمل، بعد زوال مسببات عجزه، فإنه يلزم إبرام عقد مقاولة جديد بينه وبين رب العمل. وكذلك الحال إذا أراد رب العمل بعد انفساخ عقد المقاولة الاستمرار في تنفيذ العمل مع المقاول بعد زوال مسببات عجز هذا الأخير، فإن ذلك لا يتم إلا بإبرام عقد مقاولة جديد بينه وبين المقاول، وذلك بالنظر إلى انقضاء عقد المقاولة الذي كان قد أبرمه مع المقاول.

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٩٢ ؛ د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٣٢١.

(٢) د. نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة "عقود البناء ومفاعيلها–السلامة العامة في المصاعد والمباني"، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٦١.

وفي المقابل، إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد، فإن العقد لا ينتهي من تلقاء نفسه بسبب عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل. وكذلك لا يمكن لرب العمل إنهاؤه، إلا في حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، وذلك بموجب المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي(١)، وكذلك في حالة تحقق الشروط التي ذكرناها سابقاً بخصوص عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل باعتباره حادثاً طارئاً.

وبالنظر إلى أن إنهاء عقد المقاولة عند تحقق شروط حالة عجز المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً لا يعد فسخاً للعقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، فإن سلطة القضاء، عند طلب إنهاء العقد، تنحصر في التثبت من تحقق الشروط الواردة في القانون، ومن ثم الحكم بإنهاء العقد وإعمال آثار الحادث الطارىء، ولا يكون له عدم الحكم بإنهاء العقد عند تحقق الشروط.

وإذا انقضى عقد المقاولة بعجز المقاول، تترتب نفس الآثار التي تترتب على حالة موت المقاول(٢). وسواء أكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد أم لم تكن. فحين يعجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل، وينقضي العقد، تترتب على ذلك آثار معينة. وينبغي في هذا الصدد أن نفرق بين ما إذا كان المقاول قد أبرم عقد المقاولة، ولكنه لم يبدأ في تنفيذ العمل، وما إذا كان المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل.

ففيما يتعلق بحالة عجز المقاول قبل البدء في تنفيذ العمل، فإن القوانين محل الدراسة لم تنظم هذا الفرض. لذلك لا بد من الرجوع إلى الأحكام العامة في هذا الشأن، وطالما أن المؤهلات الشخصية للمقاول ليست محل اعتبار في التعاقد، فإن العقد لا ينقضي بعجز المقاول، إذ لا ينفسخ العقد من تلقاء ذاته وبحكم القانون، فإن عجز المقاول عن البدء في

---

(١) وتقابلها المادة (٦٦٣) من القانون المدني المصري، والمادة (٦٨٨) من القانون المدني الكويتي. ولم ينظم كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة. ولذلك فإن هذان القانونان الأخيران لا يجيزان هذا النمط من إنهاء عقد المقاولة.

(٢) في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي. في حين أن القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني قد جاءا بتطبيقات تشريعية متباينة للحادث الطارىء في عقد المقاولة. إذ تختلف الشروط والأثر المترتب على كل من حالة موت المقاول وحالة عجز المقاول.

تنفيذ المقاولة، في هذا الفرض، لا يشكل في ذاته الاستحالة في تنفيذ مضمون العقد، وحيث أنه لم يرد نص خاص بصدد هذه الحالة يتيح لرب العمل أن يطلب إنهاء العقد، فإن المقاول إن لم ينفذ مضمون العقد، كان لرب العمل أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى، بالنظر إلى عدم تنفيذ المقاول لالتزاماته بموجب العقد، وذلك بالاستناد إلى الأحكام العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين. إذ يتحلل كل من المقاول ورب العمل من العقد، دون أن يلتزم أي منهما تجاه الآخر بأي التزام، ويعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وإذا كان المقاول قد حصل على جزء من الأجر، فيمكن لرب العمل أن يسترده منه، وذلك بالاستناد إلى الكسب دون سبب.

ولكن إذا عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل بعد أن بدأ في تنفيذ المقاولة، فإن موقف القوانين الخاضعة للمقارنة في هذا الشأن متباين. وفي هذا الصدد، جاء في المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي أنه ((١- إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة في جملتها، إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى. ٢- ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً. ٣- وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته))[1].

ويلاحظ مما سبق ذكره، أن موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني متماثل في ترتيب الأثر

(١) وتقابلها المادة (٦٦٧) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه ((١- إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. ٢- ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً. ٣- وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه)). وتقابلها أيضاً المادة (٨٠٢) من القانون المدني الأردني، والمادة (٦٤٨) من قانون المعاملات المدنية العماني.

على انتهاء عقد المقاولة بعجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل الذي كان قد بدأ في تنفيذه. ويتمثل هذا الأثر في إلزام رب العمل بتعويض المقاول بالأقل من قيمة ما تم من الأعمال وما أنفقه المقاول لإنجاز ما لم يتم، وقيمة النفع العائد على رب العمل من هذه الأعمال والنفقات.

وبناءً على ما سبق، إذا كانت الأعمال والنفقات التي قام بها المقاول لا فائدة منها لرب العمل، كما لو لم يكن باستطاعة أحد إتمام هذه الأعمال بعد عجز المقاول، فإن رب العمل لا يلتزم بدفع قيمتها للمقاول. وإذا كان النفع الذي يعود على رب العمل من هذه النفقات والأعمال أقل من قيمتها، فإن رب العمل لا يلتزم بأن يدفع للمقاول إلا بقدر النفع العائد عليه من هذه الأعمال والنفقات. كما لو كان من الضروري إعادة تنفيذ جزء مما أنجزه المقاول قبل عجزه. ولكن إذا أصبح عمل المقاول غير مفيد بسبب رب العمل، كما لو غير رسوم أو خرائط العمل محل المقاولة، فإن رب العمل يلزم بأداء قيمة تلك الأعمال والنفقات للمقاول بقدر ما كان يعود عليه من نفع من هذه الأعمال والنفقات، وبغض النظر عن صيرورتها غير مفيدة بسبب رب العمل. وقد اعتبر المشرع العراقي أن الأعمال والنفقات تكون نافعة في جملتها إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى. في حين أن كلاً من المشرع المصري والمشرع الأردني والمشرع العماني لم يقم مثل تلك القرينة.

وفي هذا الشأن، يثور التساؤل حول أساس رجوع المقاول على رب العمل بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات.

وهنا يمكن القول أن رجوع المقاول على رب العمل بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بعجز المقاول عند تحقق شروط هذه الحالة، فلا يصلح العقد، الذي لم يبق له وجود، أن يكون أساساً لرجوع المقاول على رب العمل. وكذلك لا يمكن للمقاول الرجوع بذلك على رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية، طالما ليس بالإمكان نسبة أي تقصير لجهة رب العمل. وإنما يكون أساس الرجوع هو الكسب دون سبب. ولعل هذا الاتجاه يأتي منسجماً مع ما ذهب إليه كل من المشرع العراقي والمشرع المصري في المبدأ العام للكسب دون سبب، وذلك بإلزام رب العمل بتعويض المقاول بالأقل من قيمة الأعمال المنجزة والنفقات التي صرفها المقاول لإنجاز

الأعمال التي لم تتم، وقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات. أما فيما يتعلق بموقف كل من القانون المدني الأردني في المادة (٨٠٢) وقانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٦٤٨)، فإنه لا يقدح في اعتبار أساس التعويض في هذه الحالة هو الكسب دون سبب، إذ أن هاتين المادتين قد جاءتا بتعويض مختلف عما هو مقرر في المبدأ العام للكسب بلا سبب في هذين القانونين[1]، إذ أن كلاً من المادة (٨٠٢) من القانون المدني الأردني والمادة (٦٤٨) من قانون المعاملات المدنية العماني تعد نصاً خاصاً بالنسبة إلى الفقرة (١) من المادة (٢٩٤) من القانون المدني الأردني والفقرة (١) من المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية العماني، على التوالي، اللتين تعدان نصاً عاماً، والنص خاص يقيد النص العام ويقدم عليه.

على ضوء ما سبق وأن أبديناه من ملاحظات في شأن تنظيم المشرع العراقي لحالة عجز المقاول نقترح تنظيم هذه الحالة في مادة خاصة. ونقترح أن يكون نصها كالآتي:

((إذا أصبح المقاول عاجزاً عن تنفيذ عقد المقاولة من مبدأ الأمر أو الاستمرار في تنفيذه لسبب لا يد له فيه، جاز لرب العمل أن يطلب إنهاء العقد إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار ولم تتوافر فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ويستحق المقاول قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في تنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر ما عاد على رب العمل من نفع من هذه الأعمال والنفقات)).

وفي المقابل، يختلف موقف القانون المدني الكويتي في شأن مقدار رجوع المقاول على رب العمل بالتعويض عن موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني. إذ تنص المادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي على أنه ((١- إذا انتهت المقاولة بموت المقاول استحق ورثته من المقابل بنسبة الأعمال التي تم تنفيذها، وذلك دون إخلال بحقهم في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت المقاول من مواد، إذا كانت صالحة لاستعمالها في إتمام العمل. ٢- ولرب

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (٢٩٤) من القانون المدني الأردني على أنه ((من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير ما لم يقض القانون بغير ذلك)). وتقابلها الفقرة (١) من المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجب عليه رده إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً)).

العمل أن يطالب بتسليم المواد الأخرى التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها مقابلاً عادلاً. ٣- وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل لإرادته فيه)). ويستشف من موقف القانون المدني الكويتي أن رب العمل يلزم بدفع قيمة الأعمال المنجزة للمقاول، دون النفقات التي صرفها في الأعمال التي لم تتم، وبغض النظر عما إذا كانت تلك الأعمال نافعة لرب العمل أم لا. وفضلاً عن ذلك، يلزم رب العمل بدفع قيمة المواد التي تخلفت في موقع العمل عند عجز المقاول، ولكن يشترط في ذلك أن تكون المواد صالحة لاستخدامها في إنجاز العمل.

ويقصد بالمواد التي تخلفت في موقع العمل عند عجز المقاول والتي يلتزم رب العمل بأداء قيمتها للمقاول بشرط أن تكون صالحة لاستخدامها في اتمام العمل، تلك المواد التي قام المقاول بتجهيزها لإنجاز العمل[1] إلى جانب التزامه بالعمل. أما إذا كانت المواد قد قدمها رب العمل، فلا يمكن للمقاول المطالبة بقيمتها وإن كانت صالحة لاستعمالها في إتمام العمل، وذلك على اعتبار أنها تعود أساساً لرب العمل.

ومما لا شك فيه، أن أساس التعويض المقرر للمقاول في المادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي، على غرار القوانين محل الدراسة، هو الكسب دون سبب، وليس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. ولا يقدح في ذلك أن المادة قد جاءت بتعويض مختلف عما هو مقرر في المادة (٢٦٢) من القانون المدني الكويتي في سياق الإثراء دون سبب على حساب الغير في مبدئه العام، فلا يثور إشكال في هذا الشأن، إذ يصدق بشأن ذلك ما ذكرناه أعلاه في خصوص كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني.

والجدير بالذكر، أن المقاول العاجز عن إتمام تنفيذ العمل إذا كان هو من قدم مادة العمل، فإن هذه المادة تظل مملوكة له طوال مدة العمل. والأصل أن المقاول لا يلزم بتسليم هذه المواد إلى رب العمل قبل الانتهاء من صنعها. ولكن المشرع العراقي قد خرج على هذا الأصل بالنسبة لحالة عجز المقاول، إذ أجاز لرب العمل مطالبة المقاول بالمواد التي تم إعدادها والرسوم والخرائط التي تم البدء في تنفيذها، على أن يدفع له في مقابلها تعويضاً عادلاً. والقضاء هو الذي يحدد مقدار هذا التعويض العادل، إن اختلف بشأنه المقاول ورب العمل. وفي هذا الصدد، تنص الفقرة (٢) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني

(١) تنظر الفقرة (٢) من المادة (٦٦٢) من القانون المدني الكويتي.

العراقي على أنه ((ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً))[١].

أما إذا كان رب العمل هو من قدم مواد العمل، وكان المقاول قد بدأ فعلاً في العمل بتلك المواد، فإن هذه المواد تظل مملوكة لرب العمل، فإن تم إنهاء المقاولة قبل إتمام تنفيذ العمل، كان لرب العمل استرداد هذه المواد.

وأخيراً، لا بد أن نشير إلى أننا لم نوفق في العثور على أي قرار قضائي منشور أو غير منشور في شأن اعتبار عجز المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة وإنهاء العقد على أساس ذلك.

المبحث الثاني

إفلاس رب العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

إن القوانين محل الدراسة، عدا القانون المدني العراقي، لم تورد نصوصاً في جعل إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، بحيث يجيز للمقاول أو وكيل التفليسة طلب إنهاء العقد بسببه، فيلاحظ خلو كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي وقانون المعاملات المدنية العماني من نصوص في هذا الصدد. وبذلك فإنه يتوجب في ظل هذه القوانين الأخيرة الرجوع بصدد تلك الحالة إلى المبدأ العام في انقضاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء وإعمال أثره، وذلك إذا كانت شروطه تنطبق عليها. أما إن لم تتوافر شروط المبدأ العام، فبالإمكان إنهاء عقد المقاولة عن طريق فسخ العقد نتيجة إخلال رب العمل، وذلك إذا كان قد تسبب بنفسه في إفلاسه.

وفي المقابل، عد القانون المدني العراقي بنص خاص حالة إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة يجيز طلب المقاول أو وكيل التفليسة إنهاء عقد المقاولة بتحقق

(١) وتقابلها الفقرة (٢) من المادة (٦٦٧) من القانون المدني المصري، والفقرة (٢) من المادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي. وفي المقابل، يخلو كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني من نص مقابل لذلك.

شروط معينة[١]. وعلى الرغم من أن هناك من يرى[٢] أنه يمكن للمقاول طلب فسخ العقد حتى لو لم تكن المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي موجودة، وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة في الإخلال بالعقود المنظمة في المادة (١٧٧) من نفس القانون، إلا أنه يبدو لنا أنه يشترط في إعمال المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي أن يكون رب العمل قد تسبب بنفسه في إفلاسه، ولم يكن بالإمكان الاستمرار في تنفيذ التزامات رب العمل بموجب عقد المقاولة بسبب هذا الإفلاس. ولا يشمل هذا الأمر إفلاس رب العمل إذا كان بسبب خارج عن إرادته. فضلاً عن أن المشرع العراقي لم يجز، في حالة إنهاء العقد بسبب إفلاس رب العمل، للمقاول طلب التعويض، وذلك بخلاف ما جاء في المادة (١٧٧) من القانون المدني والتي أجازت لطالب الفسخ طلب التعويض إن كان له مقتضى.

ويثور التساؤل عن ما إذا كان يمكن اعتبار إفلاس المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة يمكن من خلاله إنهاء العقد.

وهناك من يرى[٣] أن إفلاس المقاول لا يكون سبباً لإنهاء عقد المقاولة، بل يبقى العقد قائماً على الرغم من إفلاسه. إذ يتولى وكيل التفليسة الاستمرار في تنفيذ العقد.

ويبدو لنا، أن المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي يتضح منها أن الإفلاس الذي يمكن إنهاء عقد المقاولة بسببه باعتباره حادثاً طارئاً إنما هو إفلاس رب العمل وليس إفلاس المقاول. وبالتالي فلا يمكن اعتبار إفلاس المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة. ولكن يمكن إنهاء عقد المقاولة بالاستناد إلى إفلاس المقاول إذا أدى ذلك إلى العجز المالي للمقاول عن إتمام تنفيذ العمل بعد البدء في تنفيذه. ولكن في هذه الحالة لا ينقضي عقد المقاولة باعتبار إفلاس المقاول حادثاً طارئاً، وإنما ينقضي على أساس اعتبار عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العقد بعد البدء في تنفيذه حادثاً طارئاً، وبالشروط التي سبق وأن ذكرناها في موضع سابق من هذه الدراسة.

---

(١) وتنص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا أشهر إفلاس رب العمل، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأي منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ)).

(٢) د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٤٣٩. (الهامش رقم ١).

(٣) د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٣٢٣.

وإذا كان إفلاس رب العمل يعد حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، فإن الحاجة تمس في هذا المبحث إلى بيان كل من مفهوم إفلاس رب العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة وشروط تحققه والأثر المترتب عليه، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نبحث في أولها مفهوم إفلاس رب العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة. وفي المطلب الثاني نبين شروط اعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، بينما نتطرق في المطلب الثالث للأثر المترتب على اعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة.

المطلب الأول

مفهوم إفلاس رب العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

بيّنا فيما سبق أن القوانين محل الدراسة، عدا القانون المدني العراقي، لم تورد نصوصاً خاصة في اعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة. وينبغي في شأن هذه القوانين الرجوع إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة إذا تحققت الشروط الواردة في كل منها. في حين أن القانون المدني العراقي قد نظم حالة إفلاس رب العمل باعتبارها حادثاً طارئاً في عقد المقاولة بنص خاص. لذلك فإننا في هذا المطلب نبين مفهوم إفلاس رب العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني العراقي، دون باقي القوانين محل الدراسة.

وعُرف الإفلاس بأنه طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية[١]. كما عرف بأنه (نظام يطبق على التاجر، ويرمي إلى تنظيم التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المدين، الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها)[٢]. وقد بينت المادة (٥٦٦) من قانون التجارة العراقي الملغي[٣] الشروط الواجب توافرها

(١) د. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص٧.

(٢) إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الرابع، الإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت– باريس، ١٩٨٦، ص١٤.

(٣) تنظر أحكام الإفلاس في قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعدلة بموجب قرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير=

للحكم بالإفلاس على التاجر، إذ تنص على أنه ((١- كل تاجر توقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس. ويشهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك. ٢- الحكم الصادر بإشهار الإفلاس ينشىء حالة الإفلاس، وبدون هذا الحكم لا يترتب على الوقوف عن الدفع أي أثر ما لم ينص القانون على غير ذلك)). وبناءً على ذلك، يشترط أن يكون الشخص تاجراً لكي تطبق عليه أحكام الإفلاس، وأن يتوقف عن دفع ديونه التجارية.

وفي هذا المقام، يثور بحق التساؤل عن ما إذا كان القصد من استخدام عبارة (إفلاس رب العمل) الواردة في المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي هو أن يكون رب العمل تاجراً أم أنه يسوغ في هذا الصدد أن لا يكون كذلك.

فبالنظر إلى أن المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((إذا أشهر إفلاس رب العمل، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأي منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ))، فإن ظاهر النص يستشف منه أن رب العمل لكي يعتبر مفلساً لا بد أن يكون تاجراً، وذلك على اعتبار أن الإفلاس نظام خاص بالتجار، وبالتالي فهو يتطلب قبل كل شيء أن تثبت صفة التاجر وأن يتوقف عن دفع ديونه

=الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين والمنشور في الوقائع العراقية في العدد (٣٩٨٣) بتأريخ (٢٠٠٤/٦/١).

والجدير بالذكر أن قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ على الرغم من إلغائه، إلا أن الباب الخامس منه الذي يتضمن أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه لا تزال نافذة، إذ تنص الفقرة (أولاً) من المادة (٣٣١) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على أنه ((يلغى قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته باستثناء الباب الخامس منه المتضمن أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه (المواد ٥٦٦-٧٩١)، لحين تنظيم أحكام الإعسار بقانون)). وللمزيد من التفصيل حول شروط الإفلاس، ينظر: أحمد محمود خليل، أحكام الإفلاس التجاري والإعسار المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٥٥ وما بعدها ؛ د. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٠٣ وما بعدها ؛ إلياس ناصيف، مصدر سابق، ص١٢١ وما بعدها.

التجارية. وفي هذا الصدد تنص الفقرة (أولاً) من المادة (٧) من قانون التجارة العراقي[١] على أنه ((يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون)).

وهناك من يرى[٢] أن حكم نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي يسري كذلك على رب العمل الذي لا يكون تاجراً. ومرد ذلك أن القانون المدني لا يعني بالدرجة الأولى بإيراد الأحكام عن التجار بل عن الأشخاص المدنية. وأن كلمة (المفلس) استعملت في القانون المدني للدلالة على المدين العادي. وفي المقابل هناك من يرى[٣] أن لفظ الإفلاس الوارد في هذه المادة يخص التجار وينصرف إلى رب العمل التاجر فقط.

ويبدو لنا في هذا الشأن أن عبارة (إفلاس رب العمل) الواردة في المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي تنطبق على كل من رب العمل التاجر وغير التاجر، وذلك لأن القانون المدني قد نظم أحكام الحجز على المدين المفلس في المواد (٢٧٠–٢٧٩) من دون أن يقصر مفهوم المدين المفلس على التاجر. يضاف إلى ذلك أن المشرع العراقي أراد من خلال قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ استبعاد أحكام الإفلاس التجاري وتوحيد الأحكام الخاصة بمتابعة المدين المعسر، سواء كان تاجراً أو غير تاجر، وصوغها في قواعد تهدف إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في إطار المصلحة العامة[٤]، وذلك على الرغم من أن هذا الأمر لم يتحقق على أرض الواقع. فضلاً عن ذلك، فإن رب العمل في أغلب

(١) قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٢٩٨٧) بتأريخ (١٩٨٤/٤/٢).

(٢) عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة بغداد، ١٩٧٩، ص١٢٧ وما بعدها. مشار إليه عند: د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٨٤.

(٣) د. جعفر الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت–لبنان، ٢٠١٣، ص ص١١٥–١١٦ ؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٨٤.

(٤) ينظر: البند (٢) من الفصل الأول من القسم الثاني من ورقة عمل إصلاح النظام القانوني في العراق والملحقة بقانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ المنشور في الوقائع العراقية في العدد (٢٥٧٦) بتأريخ (١٩٧٧/٣/١٤).

الأحيان يكون غير تاجر، وذلك بعكس المقاول الذي قد يقوم بأعمال المقاولة[١] على وجه الاحتراف. وبالتالي قد لا تتوافر الشروط المطلوبة في رب العمل لكي يكون تاجراً. والقول باقتصار تطبيق نص تلك المادة على رب العمل التاجر قد يؤدي إلى حرمان المقاول من حقه في التمسك بإفلاس رب العمل المعسر لإنهاء عقد المقاولة. ومع ذلك، إذا أبرم المقاول التاجر عقد المقاولة من الباطن فإنه يكون رب عمل تاجر في عقد المقاولة الثاني.

المطلب الثاني

شروط اعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

يشترط لاعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة في القانون المدني العراقي توافر شروط معينة، نذكرها فيما يأتي:

أولاً: أن لا تكون شخصية رب العمل محل اعتبار في التعاقد

يشترط لاعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة أن لا تكون شخصية رب العمل محل اعتبار في التعاقد. وعلى الرغم من أنه في الأصل لا تكون شخصية رب العمل محل اعتبار في التعاقد في العادة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق طرفا عقد المقاولة على جعلها محل اعتبار في التعاقد. فيكون من المطلوب في هذه الحالة تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بنفسه، فإذا لم يستطع تنفيذها بنفسه بسبب إفلاسه فإنه يترتب على ذلك انفساخ العقد من تلقاء ذاته وبحكم القانون بسبب استحالة التنفيذ[٢]. وتنقضي بذلك التزامات طرفي العقد دون أن يكون لأحدهما الحق في الرجوع بالتعويض على الآخر، ما لم يكن رب العمل قد تسبب في إفلاسه بنفسه. ولا تندرج هذه الحالة في سياق الحادث الطارىء في عقد المقاولة.

---

(١) ذكرت المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الأعمال التجارية، ومن ضمنها أعمال المقاولات إذا تمت ممارستها بقصد الربح.

(٢) تنظر المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٦٤) من القانون المدني المصري، والمادة (٦٨٥) من القانون المدني الكويتي. كما تنطبق بشأن هذه الحالة، المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٧٢) من قانون المعاملات المدنية العماني، وذلك لعدم وجود نص فيهما يقابل المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: صدور الحكم بإفلاس رب العمل

يشترط لاعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة صدور الحكم بالإفلاس من المحاكم ذات الاختصاص بذلك[١]. فمجرد توقف رب العمل عن دفع ديونه لا يترتب عليه الإفلاس، وإنما لا بد من صدور الحكم بإشهار إفلاس رب العمل. إذ يكون الحكم منشئاً لحالة الإفلاس[٢]. ويؤدي إلى غل يد المدين (رب العمل) المفلس في إدارة أمواله والتصرف فيها. ويعتبر الحكم الصادر بالإفلاس حجة مطلقة وليست نسبية من حيث الأشخاص والأموال، فهو حجة مطلقة على كل الأشخاص وليس فقط الدائنين. ومن حيث الأموال، يشمل الإفلاس جميع أموال المفلس، ولا ينحصر أثره على موضوع النزاع[٣].

ويثور التساؤل حول مصير عقد المقاولة الذي يبرمه رب العمل مع المقاول خلال فترة الريبة، وما إذا كان يخضع لعدم النفاذ الوجوبي أو الجوازي أم لا.

---

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (٥٧٣) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعدلة بقرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين على أنه ((١- تختص محكمة البداءة التي يقع ضمن دائرتها مركز أعمال المدين الرئيسي بإشهار الإفلاس. وفي الأحوال التي يكون فيها المدين شركة ذات مسؤولية محدودة، شركة مساهمة أو فرع شركة أجنبية، يتم نظر الدعوى من قبل قاضي البداءة المحدد للنظر في دعاوى الإفلاس وفق أحكام التشريعات ذات العلاقة)).

(٢) تنظر الفقرة (٢) من المادة (٥٦٦) من أحكام الإفلاس في قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي، والتي سبق ذكرها.

(٣) للمزيد من التفصيل في شأن أثر الإفلاس على المدين، ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، الإفلاس، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص١٤٥ وما بعدها؛ ريبةر حسين يوسف، التنظيم القانوني لإنقاذ التاجر من الإفلاس، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة دهوك، ٢٠١٩، ص ص١٣-١٤ ؛ د. عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص٩٦ وما بعدها.

ينبغي في هذا الشأن التمييز بين رب العمل التاجر وغير التاجر. إذ تخضع تصرفات رب العمل التاجر السابقة على صدور الحكم بإشهار الإفلاس في الفترة المسماة بفترة الريبة[١] لعدم النفاذ الوجوبي أو الجوازي. في حين أنه في الفترة السابقة على صدور الحكم بالإعسار لا وجود لذلك الأثر على تلك التصرفات[٢]. فضلاً عن أن نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي صريح في أن حق المطالبة بإنهاء عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل يكون دائماً بعد صدور حكم إشهار الإفلاس. وبالتالي لا يبطل عقد المقاولة الذي أبرمه رب العمل في فترة الريبة باعتبار أنها فترة تسبق صدور الحكم بالإفلاس، إلا إذا توافرت شروط المادة (٦١٤) من قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعدلة بقرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين، إذا كان رب العمل قد أبرم عقد المقاولة خلال (٩٠) يوماً قبل تأريخ التوقف عن

---

(١) ترة الريبة هي الفترة التي تضطرب فيها أعمال المدين وتسبق شهر إفلاسه. ينظر: د. حسين النوري، نظام الإفلاس، مكتبة عين شمس، دار الجيل للطباعة، القاهرة، بدون سنة النشر، ص١١٧. وهي الفترة المحصورة بين تأريخ التوقف عن دفع الدين وبين الحكم بشهر الإفلاس. ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم (٣٢٥/ هيئة عامة أولى/٧٦) بتأريخ ١٩٧٧/٣/١٩. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، ١٩٧٧، ص ص٨٩-٩٠.

(٢) حددت المادة (٦١٣) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ التصرفات الخاضعة لعدم النفاذ الوجوبي على سبيل الحصر، وتتمثل في التبرعات والوفاء بالديون غير الحالة والوفاء بغير الشيء المتفق عليه والتأمينات الضامنة لدين سابق. وللمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، ينظر: د. محمد سيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٥، ص٩٥ ؛ د. حسين النوري، مصدر سابق، ص١٢١ ؛ د. عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص٢١٣-٢١٤.

في حين أن المادة (٦١٤) من ذات القانون بعد التعديل قد ألغت حالات عدم النفاذ الجوازي، وأحلت محلها حكماً جديداً متضمناً إلزام القاضي بالحكم بعدم نفاذ التصرفات التي أجريت من قبل المدين خلال (٩٠) يوماً قبل تأريخ التوقف عن الدفع، ولكن بشرط أن يكون من تعامل مع المفلس سيء النية وأن يكون التصرف ضاراً بحقوق الدائنين.

الدفع، وأن يكون المقاول المتعاقد مع رب العمل سيء النية، أي يعلم وقت التعاقد بالوضع المالي لرب العمل المفلس، ولكنه مع ذلك قد رضي بإبرام العقد، وكذلك أن يضر عقد المقاولة المبرم بدائني رب العمل.

وإذا أبرم رب العمل الصلح الواقي[١] من الإفلاس فلا يمكن للمقاول طلب إنهاء عقد المقاولة بسبب عدم صدور حكم بالإفلاس.

ويثور التساؤل عن ما إذا كان يمكن للمقاول طلب إنهاء عقد المقاولة إذا أبرم رب العمل الصلح القضائي[٢] مع جماعة الدائنين.

ينبغي في هذه الحالة التفرقة بين ما إذا كان المقاول قد طلب إنهاء عقد المقاولة قبل إبرام الصلح مع جماعة الدائنين أو بعده. فإذا سبق للمقاول أن قدم طلب إنهاء العقد قبل إبرام رب العمل الصلح، فإن الصلح لا يؤثر على حق المقاول في إنهاء العقد، بل يثبت عندئذٍ حقه في إنهاء العقد. أما إذا لم يقدم المقاول طلبه لإنهاء عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل إلا بعد إبرام رب العمل الصلح مع جماعة الدائنين فإنه لا يبقى للمقاول حق في طلب إنهاء عقد المقاولة لكون الإفلاس قد انتهى، إذ تنص الفقرة (١) من المادة (٦٩١) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعدلة بقرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة

---

(١) ليس من الضروري لتقديم طلب الصلح الواقي أن يكون التاجر متوقفاً عن الدفع، بل يحق له ذلك قبل توقفه عن الإيفاء، فيكفي أن يكون التاجر قد اضطربت أعماله بشكل مستمر وتزعزع مركزه المالي، وذلك لكي يتوقى خطر الإفلاس. وللمزيد من التفصيل حول شروط الصلح الواقي من الإفلاس، ينظر: إلياس ناصيف، مصدر سابق، ص٢٥ وما بعدها ؛ أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص٢٠٤ وما بعدها ؛ د. عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص٣٧١ وما بعدها.

(٢) الصلح القضائي أو الصلح البسيط عقد يتم بين المفلس من جهة، وجماعة الدائنين، بأغلبية هؤلاء، من جهة أخرى، ضمن شروط معينة، وتصادق عليه المحكمة، وبموجبه يعود المدين المفلس إلى رأس أعماله، فيستعيد إدارة أمواله والتصرف بها، لقاء تعهده بأن يسدد في تواريخ محددة جميع ديونه أو قسماً منها. ويؤدي الصلح إلى إبراء المفلس من جزء من ديونه أو منحه آجالاً للإيفاء أو الأثنين معاً. ينظر: إلياس ناصيف، مصدر سابق، ص٥١٣ وما بعدها ؛ أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص١٧١ وما بعدها ؛ د. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، مصدر سابق، ص٢٠٧.

رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين على أنه ((تزول جميع الآثار المترتبة على الحكم بالإفلاس عند إصدار قاضي التفليسة قراره بالموافقة على الصلح، وذلك باستثناء الآثار المنصوص عليها في المادة ٦٠٢)). وتنص الفقرة (٢) من المادة (٦٠٢) من نفس القانون على أنه ((يجوز أن يكون إشهار الإفلاس أساساً لتبرير إنهاء أي معاملات أو ترتيبات يكون فيها التعامل مع المفلس قد تم على أساس جدارته ونزاهته)).

ثالثاً: التمسك باعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

من الملاحظ أن نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي يعطي حق التمسك باعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة لكل من المقاول ووكيل التفليسة. وهذا الأخير تعينه المحكمة في حكم الإفلاس باعتباره وكيلاً للدفع لإدارة الإفلاس[١].

وتنبغي الإشارة إلى أن نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي الذي ينظم حالة إنهاء عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل، لم يفرض على وكيل التفليسة أو المقاول إذا طلب إنهاء العقد إعذار الطرف الأخر. ومرد ذلك عدم وجود فائدة مرجوة من الإعذار، بالنظر إلى أن رب العمل قد أفلس ولا يمكنه تنفيذ التزاماته.

وكذلك لم يلزم النص المذكور أعلاه من يتمسك بإنهاء العقد بسبب إفلاس رب العمل بوجوب أن يقدم طلبه خلال أجل معين. لذلك فإن بإمكانه تقديم طلب إنهاء العقد مباشرة بعد صدور حكم إشهار الإفلاس أو بعد مرور فترة من الزمن على ذلك[٢]. وإن مجرد تأخره في تقديم الطلب لا يمكن أن يحمل على أنه تنازل عن حقه في طلب الإنهاء، إن لم يقترن ذلك بما يدعم هذا التوجه. ولكن يشترط أن يقدم طلبه قبل إتمام تنفيذ العمل، إذ لا محل لإنهاء عقد المقاولة إن تم تنفيذ العمل. كما قد يفسر استمرار المقاول في تنفيذ العمل بعد علمه بإشهار إفلاس رب العمل بتنازله عن حقه في إنهاء العقد بسبب إفلاس رب العمل.

---

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (٥٨٦) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعدلة بقرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين على أنه ((تعين المحكمة في إشهار الإفلاس، وكيلاً للدفع لإدارة الإفلاس، ويدعى بأمين التفليسة)).

(٢) وهناك من يرى بأنه يجب التمسك بإنهاء عقد المقاولة في هذه الحالة خلال فترة معقولة. ينظر: د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص١١٦.

ويثور التساؤل عن ما إذا كان يمكن للمقاول طلب إنهاء عقد المقاولة إذا أظهر وكيل التفليسة استعداده للاستمرار في تنفيذ عقد المقاولة، أو إذا قدم الضمانات الكافية للمقاول لحسن تنفيذ العمل.

يستشف من نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي أنه لا يشترط توافر شروط معينة، سوى إفلاس رب العمل، لكي يمكن للمقاول طلب إنهاء عقد المقاولة، حتى وإن أراد وكيل التفليسة الاستمرار في تنفيذ العقد، أو قدم وكيل التفليسة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإن ذلك لا يسلب حق المقاول في إنهاء العقد، إذ جاء نص تلك المادة بصورة مطلقة عن تقييده بإرادة وكيل التفليسة أو بتقديمه الضمانات الكافية من عدمه[1]. فضلاً عن ذلك، فإن المقاول حتى لو أراد الاستمرار في تنفيذ العمل، بعد إفلاس رب العمل، وذلك في الأحوال التي يكون فيها حقه مضموناً برهن، كما لو كان للمقاول حق رهن على الأرض التي يقيم عليها البناء، أو مضموناً بحق امتياز، فلا يمكنه ذلك إذا أراد وكيل التفليسة إنهاء العقد.

وتنبغي الإشارة إلى أن إفلاس رب العمل باعتباره تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة يختلف عن التطبيقين التشريعيين الآخرين اللذين جاء بهما القانون المدني العراقي، أي موت المقاول وعجزه. ففي التطبيقين التشريعيين الأخيرين يشترط لإنهاء عقد

(١) وهناك من يرى أنه من الواجب أن لا يجاب المقاول إلى طلب إنهاء عقد المقاولة إذا أظهر وكيل التفليسة استعداده لتنفيذ المقاولة باسم جماعة الدائنين، فيستمر عقد المقاولة مع وكيل التفليسة، ولا يجوز الحكم بإنهاء العقد إلا إذا رفض وكيل التفليسة تنفيذ المقاولة، وعلى المقاول عندئذٍ إعذاره ومطالبته بالتنفيذ، وإذا امتنع عنه كان للمقاول أن يطلب إنهاء العقد. وكذلك الحال إذا قدم وكيل التفليسة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، إذ تنتفي الحكمة من إنهاء المقاولة، ويجب عندئذ الرجوع إلى الأصل، وهو مراعاة القواعد الملزمة للعقد. ينظر: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ص٤٣٩-٤٤١. ويبدو لنا أن هذا الرأي، على الرغم من وجاهته من الناحية المنطقية، إلا أنه لا يسنده نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي. ولو كان المشرع يقصد ذلك لكان قد نص عليه، وذلك على غرار مواضع أخرى قرن فيه المشرع حق التمسك بإنهاء عقد المقاولة، على سبيل المثال، بعدم تقديم ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل. كما هو الحال في نص الفقرة (١) من المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي.

المقاولة عدم تقديم الضمانات الكافية من قبل ورثة المقاول في حالة موت المقاول أو من قبل المقاول نفسه في حالة عجزه. أما في حالة إفلاس رب العمل فإنه لا يمكنه تقديم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، إذ تغل يده في إدارة أمواله والتصرف فيها[1]. وحتى لو قدم وكيل التفليسة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل فإن ذلك لا يسلب حق المقاول في طلب إنهاء العقد، كما بيّنا ذلك في موضع سابق.

المطلب الثالث

الأثر المترتب على اعتبار إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

يترتب على تحقق إفلاس رب العمل انقضاء عقد المقاولة، بناءً على طلب المقاول أو وكيل التفليسة، سواء كان ذلك بعد إبرام عقد المقاولة وقبل البدء في تنفيذ العمل أو بعد البدء في تنفيذ العمل وقبل إتمامه، إذا توافرت الشروط التي سبق ذكرها.

(١) وتنص المادة (٦٠٣) من القانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي على أنه ((١- يمنع المفلس بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس من إدارة أمواله والتصرف فيها. وتعتبر التصرفات التي يجريها في يوم صدور حكم الإفلاس حاصلة بعد صدوره. ٢- إذا كان التصرف مما لا ينعقد ولا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل أو غيره من الإجراءات فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا تمّ الإجراء قبل صدور حكم الإفلاس. ٣- ولا يحول منع المفلس من إدارة أمواله والتصرف فيها دون قيامه بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه)). كما تنص المادة (٦٠٧) من نفس القانون على أنه ((١- يشمل منع المفلس من الإدارة والتصرف جميع الأموال التي تكون ملكاً للمفلس في يوم صدور حكم إشهار الإفلاس والأموال التي تؤول إليه ملكيتها وهو في حالة الإفلاس. ٢- ومع ذلك لا يشمل المنع من الإدارة والتصرف ما يأتي: أ- الأموال التي لا يجوز الحجز عليها قانوناً والإعانة التي تتقرر له. ب- الأموال المملوكة لغير المفلس. ج- الحقوق المتعلقة بشخص المفلس أو بأحواله الشخصية. د- التعويضات التي تستحق للمستفيد في عقد تأمين صحيح أبرمه المفلس قبل صدور حكم إشهار الإفلاس. ومع ذلك يلتزم المستفيد بأن يرد إلى التفليسة أقساط التأمين التي دفعها المفلس ابتداءً من التأريخ الذي عينته المحكمة للوقوف عن الدفع، ما لم ينص القانون على غير ذلك)).

وإذا انقضى عقد المقاولة بإفلاس رب العمل تترتب على ذلك آثار معينة. ولكن يختلف الأثر حسب ما إذا كان المقاول قد بدء في تنفيذ العمل ولم يتمه، أو لم يكن قد بدأ في تنفيذه.

ففي حالة إفلاس رب العمل قبل البدء في تنفيذ العمل، يتحلل كل من المقاول ووكيل التفليسة من العقد دون أن يلتزم أي منهما تجاه الآخر بأي التزام. ويعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، إلا إذا كان المقاول قد حصل على جزء من الأجر، إذ يمكن لوكيل التفليسة استرداده. ولعل التساؤل يثور في هذا الصدد عن حكم ما إذا كان رب العمل قد تسبب بخطئه في إفلاسه، وهو ما يعرف بالإفلاس بالتقصير (الإفلاس التقصيري)[١] أو الإفلاس بالتدليس (الإفلاس التدليسي)[١].

---

(١) الإفلاس التقصيري جريمة جنائية، إلا أنه لا ينطوي على الغش وقصد الإضرار بحقوق الدائنين، بل ينطوي على تقصير وإهمال في إدارة المشروع التجاري، أو على تصرفات تنم عن طيش ورعونة دون احتراز للنتائج الخطيرة التي قد تترتب عليها بالنسبة للمشروع وما قد ينتج عنها من ضرر للدائنين. ينظر: وردة دلال، جرائم المفلس في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٤٣. مشار إليه عند: هشام بوالصلصال، جريمة الإفلاس التجاري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤، ص٧. متاحة على العنوان الإلكتروني الآتي:
<http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/bitstream.pdf>
(Last visited 09.07.2019).

حسام صالحي، جريمة الإفلاس، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥، ص٣٢. متاحة على العنوان الإلكتروني الآتي:
<http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/5118.pdf>
(Last visited 05.07.2019).

وقد أحال قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي في شأن جرائم الإفلاس إلى قانون العقوبات العراقي، فتنص المادة (٧٨٧) منه على أنه ((تسري في شأن الجرائم المتعلقة بالإفلاس والصلح الواقي منه الأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات)). وتنص المادة (٤٦٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والمنشور في الوقائع العراقية في العدد (١٧٧٨) بتأريخ (١٩٦٩/١٢/١٥)=

=على أنه ((يعد مفلساً بالتقصير ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين كل تاجر حكم نهائياً بإشهار إفلاسه يكون قد تسبب بتقصيره الجسيم في خسارة دائنيه. ويكون التاجر المفلس في حالة تقصير جسيم في إحدى الحالات التالية: أولاً- إذا كانت مصاريفه الشخصية أو المنزلية باهظة بالنسبة لموارده. ثانياً- إذا أنفق مبالغ جسيمة في القمار أو أعمال النصيب أو في المضاربات الوهمية. ثالثاً- إذا اشترى بضاعة لبيعها بأقل من سعرها أو إذا اقترض مبالغ أو أصدر أوراقاً مالية أو استعمل طرقاً أخرى مما تسبب له في خسارة كبيرة ليحصل على المال حتى يؤخر إشهار إفلاسه. رابعاً- إذا أقدم بعد التوقف عن الدفع على إيفاء أحد دائنيه دينه إضراراً بباقي الدائنين أو بقصد الحصول على قبوله الصلح. خامساً- إذا حصل على الصلح مع دائنيه بطريق التدليس)). كما تنص المادة (٤٧٠) من نفس القانون على أنه ((يعد مفلساً بالتقصير ويعاقب بالحبس ..... كل تاجر حكم نهائياً بإشهار إفلاسه إذا توافرت إحدى الحالات التالية: أولاً- عدم مسكه الدفاتر التجارية التي توجب عليه القوانين التجارية مسكها أو كانت دفاتره غير كاملة أو غير منتظمة بحيث لا يعرف منها حقيقة ما له وما عليه. ثانياً- عدم تقديمه إقراراً بتوقفه عن الدفع في الميعاد المحدد قانوناً. ثالثاً- عدم صحة البيانات التي يلزمه القانون بتقديمها بعد توقفه عن الدفع. رابعاً- إذا فشل بتقديم طلب أمين التفليسة أو القاضي المسؤول عن الإجراءات أو للغير في الحالات التي تتطلب هكذا بدون سبب معقول أو إذا فشل في تقديم بيانات للآخرين أو كون هذه البيانات غير صحيحة. خامساً- عقده لمصلحة الغير بدون عوض تعهداً جسيماً لا تسمح به حالته المالية عندما تعهد به. سادساً- إذا لم يقم بعد إشهار إفلاسه بالإفصاح عن ذلك للغير، وذلك في الحالات التي يتطلبها القانون)). للمزيد من التفصيل حول الإفلاس التقصيري، ينظر: د. إسراء محمد علي سالم و عهود طه ياسين، جرائم المفلس، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة (المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الثالث، المجلد الثامن، ٢٠١٦، ص١٢٩ وما بعدها ؛ إلياس ناصيف، مصدر سابق، ص٦٤٠ وما بعدها ؛ أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص ص٢٢٣-٢٢٤.

(١) الإفلاس التدليسي هو الذي ينتج عن غش واحتيال التاجر، ويشترط فيه سوء النية من قبل التاجر المفلس. ويقوم على الركنين المادي والمعنوي. ينظر: حسام صالحي، مصدر سابق، ص٨. وتنص المادة (٤٦٨) من قانون العقوبات العراقي على أنه=

ويبدو لنا أنه في حالة الإفلاس التقصيري أو الإفلاس التدليسي يفترض أن يكون بإمكان المقاول طلب التعويض عن إنهاء عقد المقاولة، وذلك بالنظر إلى أن رب العمل قد تم إشهار إفلاسه، وبالتالي يتم إنهاء العقد نتيجة تقصيره أو تدليسه المؤدي إلى إشهار إفلاسه. وسنعود لتفصيل ذلك في موضع لاحق.

أما إذا تم إشهار إفلاس رب العمل بعد بدء المقاول في تنفيذ العمل فإن نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي قد جاء خالياً من كيفية رجوع المقاول على وكيل التفليسة بقيمة ما أنجزه من الأعمال وما أنفقه من النفقات لتنفيذ الأعمال التي لم يتم إنجازها. لذلك ينبغي الرجوع في هذا الشأن إلى القواعد العامة. ورجوع المقاول على وكيل التفليسة لا يكون على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بإفلاس رب العمل عند تحقق شروطه. وكذلك لا يمكن له الرجوع على أساس المسؤولية التقصيرية، في غير حالتي الإفلاس التقصيري والإفلاس التدليسي لرب العمل. وإنما يكون الرجوع على أساس الكسب دون سبب. وفي هذا الصدد تنص المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي على أنه ((كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد)). وبذلك يلتزم وكيل التفليسة

=((يعد مفلساً بالتدليس كل تاجر حكم نهائياً بإشهار إفلاسه في إحدى الحالات التالية: أولاً- إذا أخفى دفاتره أو بعضاً منها أو أتلفها أو غير فيها أو بدلها. ثانياً- إذا اختلس أو أخفى جزءاً من ماله إضراراً بدائنيه. ثالثاً- إذا اعترف بدين صوري أو جعل نفسه مديناً بمبلغ ليس في ذمته حقيقة سواء أكان ذلك في دفاتره أو ميزانيته أو غيرها من الأوراق أو بإقراره بذلك شفوياً. رابعاً- إذا امتنع بسوء قصد عن تقديم ورقة أو إيضاح طلبته منه جهة مختصة مع علمه بما يترتب على ذلك الامتناع. ويعاقب المفلس بالتدليس بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس مدة لا تقل عن سنتين)). للمزيد من التفصيل حول مفهوم الإفلاس التدليسي وأركانه، ينظر: د. إسراء محمد علي سالم و عهود طه ياسين، مصدر سابق، ص١٠٨ وما بعدها ؛ إلياس ناصيف، مصدر سابق، ص٦٢٩ وما بعدها ؛ أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص٢٢١ وما بعدها ؛ د. سعد بن محمد شايع القحطاني، الإفلاس الجنائي للشركات في النظام السعودي، بحث مقارن، ص٥٣ وما بعدها. متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
<Http://mksq.journals.ekb.eg> (Last visited: 02.07.2019).

بتعويض المقاول بالأقل من قيمة الأعمال المنجزة والنفقات التي صرفها المقاول لإنجاز الأعمال التي لم تتم، وقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات. أما إن كان إشهار إفلاس رب العمل قد حدث نتيجة تقصيره أو تدليسه فإن أساس الرجوع بالتعويض يكون المسؤولية التقصيرية، وبالتالي يتغير تبعاً لذلك نطاق التعويض، فيشمل الضرر المباشر، متوقعاً كان أو غير متوقع.

ومن الملاحظ أن المقاول له حق الامتياز في رجوعه بقيمة ما أنجزه من الأعمال وما أنفقه من النفقات في سبيل تنفيذ ما لم يتم من العمل. إذ تنص المادة (١٣٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه ((١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها، لها حق امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ٢- ويجب تحرير سند رسمي بالأعمال التي تمت والمبالغ المستحقة في مقابلها وتسجيل الامتياز في دائرة التسجيل العقاري بناءً على هذا السند. وتكون مرتبة هذا الامتياز من وقت التسجيل. ٣- وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الأعمال إذا شملها الرهن سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً)).

ومع ذلك فإنه في عقد المقاولة من الباطن، إذا أفلس المقاول الأصلي باعتباره رب العمل في عقد المقاولة الثاني، فإن المقاول من الباطن ليس له حق الامتياز على المنشآت التي يقيمها، لأن ترتيب حق الامتياز مقصور لمصلحة المقاولين الذين يتعاقدون مع صاحب الأرض[١].

والجدير بالذكر، أن المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي قد أشارت إلى أنه إذا انقضى عقد المقاولة بإفلاس رب العمل، سواء كان بطلب من المقاول أو وكيل التفليسة، فإنه لا يمكن لأي منهما الرجوع على الآخر بالتعويض عن هذا الإنهاء. وعلى الرغم من أن هذا النص قد سمى الإنهاء بالفسخ، إلا أن الأمر يندرج في سياق إنهاء العقد وليس الفسخ، إذ أن الفسخ يكون دوماً عند الإخلال بالتزامات العقدية، وقد لا يتوافر الإخلال من جانب رب العمل. كما أنه لا سلطة للقضاء في الحكم بإنهاء العقد من عدمه عند تحقق شروط إنهاء

(١) د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص٤٤٣.

عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل، بل ينحصر دوره في التثبت من تحقق شروط الحالة قبل الحكم بإنهاء العقد.

وفي هذا السياق يذهب رأي إلى أن من حق المقاول استعمال حقه في إنهاء العقد بصورة مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، وذلك على اعتبار أن استعمال هذا الحق يتوقف على واقعة معينة ألا وهي إشهار إفلاس رب العمل، وأن استعمال عبارة (أن يفسخ العقد) في النص استعمال غير دقيق[١]. ولكن كما ذكرنا أعلاه فإنه عند رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة، تنحصر سلطة القضاء في التثبت من تحقق شروط الحكم بإنهاء العقد.

ويبدو لنا في هذا الصدد أن ما جاء في النص المذكور أعلاه من عدم إمكان الرجوع على المقاول بالتعويض إنما هو أمر مفهوم، إذ لا ينسب إليه أي إخلال بالعقد. ولكن ما لا يمكن تبريره هو ما جاء في النص من عدم إمكان الرجوع على وكيل التفليسة بالتعويض عن إنهاء عقد المقاولة، وتحديداً في الفرض الذي يكون فيه إفلاس رب العمل تقصيرياً أو تدليسياً، إذ يكون رب العمل في هذه الحالة هو المتسبب في إفلاسه، ومن ثم إنهاء العقد، ولا يستقيم ذلك مع منع النص المذكور أعلاه رجوع المقاول بالتعويض عن ذلك الإنهاء، ولا ينطبق ما ذكرناه على الحالة التي يكون فيها إفلاس رب العمل بسبب خارج عن إرادته، أي أن الإفلاس لا يكون تقصيرياً أو تدليسياً. وبناءً على ذلك نقترح تعديل نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي ليكون على النحو الآتي:

((إذا أشهر إفلاس رب العمل، جاز للمقاول أو أمين التفليسة أن ينهي العقد دون أن يكون لأمين التفليسة حق المطالبة بتعويض عن هذا الإنهاء)).

وفي المقابل، نص كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني صراحةً على حق رجوع الطرف المتضرر من إنهاء عقد المقاولة على الآخر في الحدود التي يقرها العرف[٢]. وعلى الرغم من أن هذين القانونين لم ينصا صراحة على حالة إفلاس رب

(١) عبد الجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص١٢٧. مشار إليه عند: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية "البيع– الإيجار– المقاولة"، الطبعة الرابعة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٤٤٨.

(٢) تنظر المادتان (٨٠١) و (٨٠٣) من القانون المدني الأردني، والمادتان (٦٤٧) و (٦٥٠) من قانون المعاملات المدنية العماني.

العمل ضمن التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، إلا أن حالة إفلاس رب العمل من الممكن أن تدخل ضمن عموم النص المنظم للمبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة في هذين القانونين. ولا ينطبق هذا الأمر على موقف القانون المدني المصري.

ولم تبين المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي حكم المواد التي يقدمها المقاول للعمل بعد إنهاء عقد المقاولة، وما إذا كان المقاول يلتزم بتسليم هذه المواد إلى وكيل التفليسة أو أنه يحتفظ بها، وما إذا كان يمكن لوكيل التفليسة إلزام المقاول بتسليم هذه المواد مقابل تعويض أم لا. وفي هذا الصدد هناك من يرى[1] أنه إذا كانت المواد الجاهزة للاستعمال أموالاً مثلية وكان المقاول قد تسلم عنها مبالغ تحت الحساب، فيكون للمقاول أخذ ذلك الجزء الذي لم يدفع عنه. أما إذا كانت المواد أموالاً قيمية، وكان المقاول قد تسلم عنها مبالغ تحت الحساب تعادل قيمتها، فإنه لا يحق له الاحتفاظ بها. أما إذا كانت المبالغ أقل من قيمتها، فإنه لا يلتزم بتسليمها لرب العمل.

ويبدو لنا، في غياب نص في هذا الشأن، عدم جواز مطالبة وكيل التفليسة المقاول بتسليمه هذه المواد حتى لو كان مستعداً لدفع تعويض عادل للمقاول، إلا إذا رضي المقاول بذلك. وكذلك ليس هناك ما يمنع، في ضوء عدم وجود نص في هذا الصدد، أن يتفق المقاول مع وكيل التفليسة على تسليم هذا الأخير المواد والخرائط والرسوم، سواء في مقابل تعويض أو بدونه.

وأخيراً، لا بد أن نشير إلى أننا لم نوفق في العثور على أي قرار قضائي منشور أو غير منشور في شأن اعتبار إفلاس رب العمل باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة وإنهاء العقد على أساس ذلك.

الخاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى عدة استنتاجات، كما وقدمنا بعض التوصيات، وفيما يأتي نورد أهمها:

(١) عبد الجبار ناجي، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ص٢٢٥-٢٢٦. مشار إليه عند: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ص٤٤٢-٤٤٣.

أولاً: الاستنتاجات:

١. أن المقصود بعجز المقاول هو كل ما يؤدي إلى عدم تمكن المقاول من تنفيذ عقد المقاولة لسبب لا يد له فيه. وبذلك يندرج، من حيث المبدأ، تحت مفهوم عجز المقاول كل من العجز الجسدي للمقاول وعجزه المالي. فيمكن في هذا الصدد أن يكون العجز جسدياً، كما لو أصيب المقاول بمرض أو بحادث جسيم أقعده عن تنفيذ التزامه أو أصيب بعاهة حالت دون تنفيذه المقاولة. وقد يكون عجز المقاول عجزاً مالياً، كما لو تم توقيع الحجز على أموال المقاول بما يعجزه عن تنفيذ التزامه. ولكن يشترط أن لا يكون هذا الحجز بسبب المقاول نفسه، إذ لو كان إيقاع الحجز على أموال المقاول قد تم بسبب المقاول بشكل أو بآخر، فإن ذلك العجز عن إتمام تنفيذ المقاولة لا يشكل حادثاً طارئاً، وإنما يعد ذلك إخلالاً من جانب المقاول في تنفيذ التزاماته بموجب العقد، ويكون لرب العمل في هذه الحالة طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى، وذلك استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين محل الدراسة. كما قد يحدث العجز المالي نتيجة إفلاس المقاول أو إعساره. إذ أن عدم الكفاية المالية للمقاول نتيجة إفلاسه قد يؤدي إلى عجزه عن تنفيذ عقد المقاولة. ولكن يشترط في هذا المقام لكي يعد ذلك حادثاً طارئاً أن لا يكون الإفلاس بسبب المقاول نفسه. ومثال ذلك أن يكون إفلاس المقاول نتيجة الحروب أو فرض الحصار الاقتصادي على الدولة.

٢. قد يكون عجز المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة بسبب رب العمل، إذا لم ينفذ الأخير التزاماته العقدية. وهذه الحالة لا تطبق بشأنها أحكام العجز باعتبارها حادثاً طارئاً، وإنما تندرج ضمن إخلال رب العمل بالتزاماته العقدية، وتطبق بشأنها أحكام المسؤولية العقدية، والتي تعطي الحق للمقاول في طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض، إن كان له مقتضى.

٣. إن المقصود بالضمانات في حالة عجز المقاول هو كل ما يقدمه المقاول من أجل حسن تنفيذ العمل كما لو عهد تنفيذ العمل إلى المقاول من الباطن، وينبغي في هذه الحالة عدم وجود شرط مانع من ذلك في عقد المقاولة. إذ أن المهم عند رب العمل هو حسن تنفيذ العمل المعهود إلى المقاول، فلا يفرق إن قام المقاول بنفسه بتنفيذ العمل أو عهد به إلى المقاول من الباطن، بالنظر إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في العقد. كما

أنه ليس هناك ما يمنع من أن يقوم المقاول بالتنازل عن المقاولة أيضاً ما لم يكن هناك شرط في العقد يمنع من ذلك. وينبغي في هذا الفرض أن تتحقق في المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل. وبغض النظر عن ماهية الضمانات المقدمة من قبل المقاول فإن المحكمة هي التي تقرر ما إذا كانت كافية أم لا، وذلك في معرض الرد على طلب رب العمل والحكم بإنهاء عقد المقاولة أو بقائه، في ضوء كفاية الضمانات المقدمة لحسن تنفيذ العمل أو عدم كفايتها. كما أن الضمانات يمكن أن تشمل أيضاً التأمينات العينية أو الشخصية التي يقدمها المقاول لحسن تنفيذ العمل، إذ يمكن للمقاول تقديم رهن ضماناً لحسن تنفيذ التزامه، سواء كان رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً. وكذلك يمكنه تقديم كفالة شخصية أو عينية لحسن تنفيذ العمل، فلفظ الضمانات في المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة ورد مطلقاً عن أي تقييد بنوع معين من الضمانات.

٤. إن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة في حالة عجز المقاول عند عدم توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في المقاول يتمثل عموماً في الحالة التي لا يمكن فيها للمقاول إبرام عقد المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة لوجود شرط في عقد المقاولة يمنع من ذلك، أو حالة عدم تقديمه لضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل رغم عدم وجود شرط مانع من المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة.

٥. إن القضاء في العراق قد التبس عليه الأمر في الكثير من أحكامه بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، ويشير إليهما كما لو لم يكن هناك أي فرق بينهما، على الرغم من وجود فروق كثيرة بينهما. ولعل السبب من وراء موقف القضاء العراقي في التباس الأمر عليه بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة هو عدم وجود نص صريح ينظم التنازل عن المقاولة في القانون المدني العراقي، مما أدى بالقضاء وبعض الفقه، إلى تطبيق أحكام المقاولة من الباطن على التنازل عن المقاولة. ولكن لا يمكن التحجج بهذا السبب، إذ يمكن للقضاء الرجوع إلى الأحكام العامة في الحوالة والتي تطبق على التنازل عن المقاولة.

٦. إن موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي أدق من موقف كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية

العماني، فيما يتعلق بإنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول، إذ لم تجعل هذه القوانين، المقاول تحت رحمة رب العمل في الحالات التي تتوافر فيها الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فشخصيته ليست محل اعتبار في التعاقد، وبالتالي لا يهم رب العمل إن قام المقاول بتنفيذ العمل بنفسه أو من خلال الاستعانة بأشخاص آخرين طالما كان ذلك متاحاً له، أو كانت التأمينات العينية أو الكفالة كافية لضمان حسن تنفيذ العمل. وهذا بخلاف موقف القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني، واللذين وضعا المقاول تحت رحمة رب العمل، حتى وإن توافرت فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فيجيزان لرب العمل إنهاء عقد المقاولة.

٧. يلاحظ بأن الصياغة الواردة للنصوص ذات الصلة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي تعطي الحق لرب العمل في إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول في حالة عدم توافر الضمانات الكافية فيه لحسن تنفيذ العمل. وبالتالي فإن المقاول حتى وإن لم تتوافر فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل فإن العقد لا ينقضي من تلقاء ذاته، إن لم يطلب رب العمل إنهاءه، وإنما يتوقف ذلك على تقديم طلب من قبل رب العمل لإنهاء العقد.

٨. إن إنهاء عقد المقاولة عند تحقق شروط حالة عجز المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً لا يعد فسخاً للعقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، وبالتالي فإن سلطة القضاء، عند طلب إنهاء العقد، تنحصر في التثبت من تحقق الشروط الواردة في القانون، ومن ثم الحكم بإنهاء العقد وإعمال آثار الحادث الطارىء، ولا يكون له عدم الحكم بإنهاء العقد عند تحقق الشروط.

٩. إن الإفلاس الذي يمكن إنهاء عقد المقاولة بسببه باعتباره حادثاً طارئاً إنما هو إفلاس رب العمل وليس إفلاس المقاول. وبالتالي لا يمكن اعتبار إفلاس المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة. ولكن يمكن إنهاء عقد المقاولة بالاستناد إلى إفلاس المقاول إذا أدى ذلك إلى العجز المالي للمقاول عن إتمام تنفيذ العمل بعد البدء في تنفيذه. ولكن في هذه الحالة لا ينقضي عقد المقاولة باعتبار إفلاس المقاول حادثاً طارئاً، وإنما ينقضي على أساس اعتبار عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العقد بعد البدء في تنفيذه حادثاً طارئاً.

١٠. إن عبارة (إفلاس رب العمل) الواردة في المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي تنطبق على كل من رب العمل التاجر وغير التاجر، وذلك لأن القانون المدني قد نظم

أحكام الحجز على المدين المفلس في المواد (٢٧٠–٢٧٩) من دون أن يقصر مفهوم المدين المفلس على التاجر. يضاف إلى ذلك أن المشرع العراقي أراد من خلال قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ استبعاد أحكام الإفلاس التجاري وتوحيد الأحكام الخاصة بمتابعة المدين المعسر، سواء كان تاجراً أو غير تاجر، وصوغها في قواعد تهدف إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في إطار المصلحة العامة، وذلك على الرغم من أن هذا الأمر لم يتحقق على أرض الواقع. فضلاً عن ذلك، فإن رب العمل في أغلب الأحيان يكون غير تاجر، وذلك بعكس المقاول الذي قد يقوم بأعمال المقاولة على وجه الاحتراف. وبالتالي قد لا تتوافر الشروط المطلوبة في رب العمل لكي يكون تاجراً. والقول باقتصار تطبيق نص تلك المادة على رب العمل التاجر قد يؤدي إلى حرمان المقاول من حقه في التمسك بإفلاس رب العمل المعسر لإنهاء عقد المقاولة. ومع ذلك، إذا أبرم المقاول التاجر عقد المقاولة من الباطن فإنه يكون رب عمل تاجر في عقد المقاولة الثاني.

١١. إن نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي صريح في أن حق المطالبة بإنهاء عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل يكون دائماً بعد صدور حكم إشهار الإفلاس. وبالتالي لا يبطل عقد المقاولة الذي أبرمه رب العمل في فترة الريبة باعتبار أنها فترة تسبق صدور الحكم بالإفلاس، إلا إذا توافرت شروط المادة (٦١٤) من قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ المعدلة بقرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين، إذا كان رب العمل قد أبرم عقد المقاولة خلال (٩٠) يوماً قبل تأريخ التوقف عن الدفع، وأن يكون المقاول المتعاقد مع رب العمل سيء النية، أي يعلم وقت التعاقد بالوضع المالي لرب العمل المفلس، ولكنه مع ذلك قد رضي بإبرام العقد، وكذلك أن يضر عقد المقاولة المبرم بدائني رب العمل.

١٢. في حالة إفلاس رب العمل، إذا قدم المقاول طلب إنهاء العقد قبل إبرام رب العمل الصلح، فإن الصلح لا يؤثر على حق المقاول في إنهاء العقد، بل يثبت عندئذٍ حقه في إنهاء العقد. أما إذا لم يقدم المقاول طلبه لإنهاء عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل إلا بعد إبرام رب العمل الصلح مع جماعة الدائنين فإنه لا يبقى للمقاول حق في طلب إنهاء عقد المقاولة لكون الإفلاس قد انتهى.

١٣. في حالة الإفلاس التقصيري أو الإفلاس التدليسي يفترض أن يكون بإمكان المقاول طلب التعويض عن إنهاء عقد المقاولة، وذلك بالنظر إلى أن رب العمل قد تم إشهار إفلاسه، وبالتالي يتم إنهاء العقد نتيجة تقصيره أو تدليسه المؤدي إلى إشهار إفلاسه.

١٤. إذا تم إشهار إفلاس رب العمل بعد بدء المقاول في تنفيذ العمل فإن نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي قد جاء خالياً من كيفية رجوع المقاول على وكيل التفليسة بقيمة ما أنجزه من الأعمال وما أنفقه من النفقات لتنفيذ الأعمال التي لم يتم إنجازها. لذلك ينبغي الرجوع في هذا الشأن إلى القواعد العامة. ورجوع المقاول على وكيل التفليسة لا يكون على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بإفلاس رب العمل عند تحقق شروطه. وكذلك لا يمكن له الرجوع على أساس المسؤولية التقصيرية، في غير حالتي الإفلاس التقصيري والإفلاس التدليسي لرب العمل. وإنما يكون الرجوع على أساس الكسب دون سبب.

١٥. أشارت المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي إلى أنه إذا انقضى عقد المقاولة بإفلاس رب العمل، سواء كان بطلب من المقاول أو وكيل التفليسة، فإنه لا يمكن لأي منهما الرجوع على الآخر بالتعويض عن هذا الإنهاء. وعلى الرغم من أن هذا النص قد سمى الإنهاء بالفسخ، إلا أن الأمر يندرج في سياق إنهاء العقد وليس الفسخ، إذ أن الفسخ يكون دوماً عند الإخلال بالتزامات العقدية، وقد لا يتوافر الإخلال من جانب رب العمل. كما أنه لا سلطة للقضاء في الحكم بإنهاء العقد من عدمه عند تحقق شروط إنهاء عقد المقاولة بسبب إفلاس رب العمل، بل ينحصر دوره في التثبت من تحقق شروط الحالة قبل الحكم بإنهاء العقد.

ثانياً: التوصيات:

١. إذا أصبح المقاول عاجزاً عن تنفيذ العمل بسبب لا دخل لإرادته فيه بعد إبرام عقد المقاولة وقبل البدء في تنفيذ العمل، فإنه ينبغي التفريق بين ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في العقد أم لا. فإذا كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد فإن العقد ينقضي باستحالة تنفيذه، وذلك بموجب المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القوانين محل الدراسة. أما إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، فلا يمكن التمسك بالعجز لإنهاء عقد المقاولة، وإنما ينبغي الرجوع إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، إن تحققت شروطه. أما إن لم تتحقق

شروط المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، فلا يكون هناك مجال لإنهاء هذا العقد بسبب عجز المقاول. ولا يكون أمام رب العمل سوى طلب فسخ عقد المقاولة نتيجة إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته العقدية. وهذا التقييد لحالة عجز المقاول عن تنفيذ العمل باشتراط وقوع العجز بعد بدء المقاول في تنفيذ العمل يعد منتقداً، إذ كان من باب أولى أن يشمل إنهاء عقد المقاولة بعجز المقاول، الحالة التي يعجز فيها المقاول عن تنفيذ العمل بعد إبرام العقد مباشرة وقبل البدء في تنفيذ العمل، وذلك بالنظر إلى أنه في هذه الحالة تسهل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، إذ قد لا يرجع أيهما بشيء على الآخر، إلا إذا كان رب العمل قد استعجل شيئاً من الأجر، فيمكن له استرداده.

٢. لا يوجد نص في شأن تنظيم التنازل عن المقاولة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني. لذلك ينبغي الرجوع في هذا الصدد إلى الأحكام العامة لحوالة الحق وحوالة الدين. ويستند القضاء في العراق إلى المادة (٨٨٢) في حالة التنازل عن عقد المقاولة، مع أن نص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي صريح في كون حكمه مقتصراً على حالة قيام المقاول بالمقاولة من الباطن دون التنازل عن المقاولة، وذلك لأن المقاول يبقى طرفاً في المقاولة الأصلية عندما يكل العمل إلى المقاول من الباطن لإنجازه، ولا يخرج من نطاق العقد، وهذا ما تؤكد عليه الفقرة (٢) من نفس المادة، فلا تنتهي التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل، إنما يبقى ملتزماً قبله عن أعمال المقاول من الباطن. وكان من الأولى أن يسلك كل من المشرع العراقي والمصري والأردني والعماني مسلك المشرع الكويتي في تنظيم موضوع التنازل عن عقد المقاولة بنص خاص، درءاً للإشكالات والتفسيرات المتباينة بصدده. وفي هذا السياق نقترح أن يأتي النص على النحو الآتي:

((١- يجوز لكل من المقاول ورب العمل التنازل عن المقاولة، ما لم يوجد شرط في العقد يقضي بخلافه أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد. وإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته. ٢- ولا يكون التنازل نافذاً في حق الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر)).

٣. المقصود من استخدام عبارة (وتسري هذه الأحكام أيضاً) في الفقرة (٣) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي والفقرة (٣) من المادة (٦٦٧) من القانون المدني

المصري والفقرة (٣) من المادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي هو سريان أحكام حالة موت المقاول الواردة في المادتين (٨٨٨) و (٨٨٩) من القانون المدني العراقي والمادتين (٦٦٦) و (٦٦٧) من القانون المدني المصري والمادتين (٦٨٦) و (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي في شأن كيفية انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول، وفي شأن الأثر المترتب على انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول. وأن ما ورد في الفقرة (١) من المادة (٨٨٩) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القانونين المدنيين المصري والكويتي، من ربط ترتيب أثر إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول بما ورد من شروط في المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القانونين المدنيين المصري والكويتي، يقتضي بالضرورة تطبيق شروط إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول على حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل، باعتبار ذلك مما يقتضيه تطبيق أثر إنهاء عقد المقاولة بسبب عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل، ومع ذلك فإن الصياغة الواردة في كل من القانون المدني العراقي والمصري والكويتي ليست موفقة، وتثير الإشكالات، وكان يستحسن أن يتم تنظيم حالة عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العمل في مادة خاصة، كما هو الحال في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني. ونقترح في هذا الشأن أن يكون نصها كالآتي:

((إذا أصبح المقاول عاجزاً عن تنفيذ عقد المقاولة من مبدأ الأمر أو الاستمرار في تنفيذه لسبب لا يد له فيه، جاز لرب العمل أن يطلب إنهاء العقد إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار ولم تتوافر فيه الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ويستحق المقاول قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في تنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر ما عاد على رب العمل من نفع من هذه الأعمال والنفقات)).

٤. تلافياً للثغرات التي تعتري نص المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي من حيث تكييف إنهاء العقد، ومن حيث إمكان طلب التعويض فإننا نقترح أن يتم تعديله ليكون على النحو الآتي:

((إذا أشهر إفلاس رب العمل، جاز للمقاول أو أمين التفليسة أن ينهي العقد دون أن يكون لأمين التفليسة حق المطالبة بتعويض عن هذا الإنهاء)).

المصادر

أولاً: الكتب

١. أحمد محمود خليل، أحكام الإفلاس التجاري والإعسار المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢. د. آدم وهيب النداوي، أحكام قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٤.

٣. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الرابع، الإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت– باريس، ١٩٨٦.

٤. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية "البيع– الإيجار– المقاولة"، الطبعة الرابعة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٥. د. جعفر الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت–لبنان، ٢٠١٣.

٦. جمال مدغمش و يحيى دحمان، موسوعة شرح القانون المدني، الجزء الثالث عشر، المركز القانوني الاستشاري، بلا مكان النشر، ٢٠٠٤.

٧. د. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.

٨. د. حسين النوري، نظام الإفلاس، مكتبة عين شمس، دار الجيل للطباعة، القاهرة، بدون سنة النشر.

٩. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٠.

١٠. د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان– بيروت، بغداد، ٢٠١٦.

١١. د. عبد الحميد الشواربي، الإفلاس، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨.

١٢. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، ٢٠٠٩.

١٣. د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة "المقاولة– الوكالة– الكفالة"، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.

١٤. د. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.

١٥. د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة "المقاولة والوكالة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت– لبنان، ٢٠١٥.

١٦. علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧١.

١٧. فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

١٨. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٩. د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة أوفسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦.

٢٠. د. محمد سيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس– العقود التجارية– عمليات البنوك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، ٢٠٠٥.

٢١. محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار المحمود، القاهرة ، ٢٠١٦–٢٠١٧.

٢٢. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٥.

٢٣. مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، مطبعة الأقلام، بغداد، بدون سنة النشر.

٢٤. د. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٢٥. د. نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة "عقود البناء ومفاعيلها–السلامة العامة في المصاعد والمباني"، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

ثانياً: البحوث

١. د. إسراء محمد علي سالم و عهود طه ياسين، جرائم المفلس، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة (المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الثالث، المجلد الثامن، ٢٠١٦.

٢. خولة كاظم محمد، عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة، بحث منشور في مجلة (العلوم الإنسانية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الحادي والعشرون، المجلد الأول، ٢٠١٤.

٣. د. علي عادل محمد، العذر الطارىء في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة (الشريعة والقانون) الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس والستون، السنة الثلاثون، يناير ٢٠١٦.

٤. د. عماد خضير علاوي، الغلط في عقد المقاولة، بحث منشور في مجلة (كلية الحقوق) الصادرة عن جامعة النهرين، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، ٢٠١٠.

٥. د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقود جديدة "عقد المقاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص والتنازل عن المنفعة بمقابل بدل الخلو"، بحث منشور في مجلة (الشريعة والقانون)، الصادرة عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، مايو (أيار)، ١٩٨٨.

ثالثاً: الأطاريح الجامعية

١. ريبةر حسين يوسف، التنظيم القانوني لإنقاذ التاجر من الإفلاس، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة دهوك، ٢٠١٩.

رابعاً: مراجع القرارات القضائية

١. النشرة القضائية الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٣.

٢. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥.

٣. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث، السنة السابعة، ١٩٧٦.

٤. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٦.

٥. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، ١٩٧٧.

٦. مروان حاجي الزيباري، المبادىء القانونية لقرارات محاكم تمييز إقليم كوردستان واستئناف منطقتي أربيل ودهوك وجنايات دهوك بصفتها التمييزية، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، ٢٠١٧.

خامساً: الوقائع العراقية

١. الوقائع العراقية، العدد (٣٠١٥) الصادر في (١٩٥١/٩/٨).

٢. الوقائع العراقية، العدد (١٧٧٨) الصادر في (١٩٦٩/١٢/١٥).

٣. الوقائع العراقية، العدد (٢٥٧٦) الصادر في (١٩٧٧/٣/١٤).

٤. الوقائع العراقية، العدد (٢٧٦٢) الصادر في (١٩٨٠/٣/١٧).

٥. الوقائع العراقية، العدد (٢٩٨٧) الصادر في (١٩٨٤/٤/٢).

٦. الوقائع العراقية، العدد (٣٩٨٣) الصادر في (٢٠٠٤/٦/١).

سادساً: التشريعات

١. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٣. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٤. قانون التجارة العراقي الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ (أحكام الإفلاس المعدلة بموجب قرار سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدَين).

٥. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٦. قانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧.

٧. قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.

٨. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

٩. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

١٠. اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨.

١١. قانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣.

١٢. شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق.

سابعاً: المراجع الإلكترونية

١. هشام بوالصلصال، جريمة الإفلاس التجاري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤. متاحة على العنوان الإلكتروني الآتي:

<http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/bitstream. pdf> (Last visited 09.07.2019).

٢. حسام صالحي، جريمة الإفلاس، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥. متاحة على العنوان الإلكتروني الآتي:

http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/5118. pdf (Last visited 05.07.2019).

٣. سعد بن محمد شايع القحطاني، الإفلاس الجنائي للشركات في النظام السعودي، بحث مقارن. متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:

<Http://mksq.journals.ekb.eg> (Last visited 02.07.2019).

٤. قرار محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧، ١٩٧٢). متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=Office > (Last visited 07.04.2019).