

# حكم المسؤولية المدنية المترتبة على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة دراسة مقارنة

أ.د. رائد صيوان المالكي

الباحثة.ليلى عسكر حاوي

كلية القانون / جامعة البصرة

Email : raed.siwan@uobasrah.edu.iq afnanasafnan@gmail.com

## الملخص

إن حكم التنفيذ المعيب لعقد المقاولة يتمثل ابتداءً بالتنفيذ العيني ، فمتى ماكان هذا التنفيذ ممكناً فإن بإمكان رب العمل أن يطالب المقاول به ويلزمه بأداء العمل وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها بموجب العقد المبرم بينهما ، ولا بد إضافة إلى ذلك أن لا يسبب القيام به إرهاب - خسارة - للمقاول من ناحية ، وإذا كان فيه إرهاب فيجب أن لا يسبب العدول عنه ضرراً جسيماً لرب العمل من ناحية أخرى ، فإذا توفر هذان الشرطان عندها ينبغي على رب العمل المبادرة بإعذار المقاول بضرورة القيام بالعمل ، أما إذا لم تتوفر هذه الشروط فلا يجوز لرب العمل أن يطالب بالتنفيذ العيني وإنما يكون له المطالبة بالتنفيذ بمقابل أي التعويض ، وهذا التعويض إما يكون تعويضاً نقدياً وهو الأصل وإما يكون تعويضاً عينياً ، وهذا الأخير إما يكون بصورة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد وإما يكون بصورة رد المثل بالمثلات وإما يكون بصورة القيام بعمل . وأخيراً فإن لرب العمل أن يطالب بفسخ العقد إذا لم يجد في الطريقتين السابقين جدوى من بقائه .

الكلمات المفتاحية : العقد - التنفيذ المعيب - العيني - مقابل - الفسخ .

---

## Judgment of civil liability resulting from the defective implementation of the contracting contract a comparative study

Researcher.Laila Askar Hawi      Prof.Dr.Raed Siwan Al – Maliki  
College of Law / University of Basrah

Email :afnanasafnan@gmail.com      raed.siwan@uobasrah.edu.iq

### Abstract

The rule of defective execution of the contracting contract is represented in the beginning with the implementation in kind. Whenever this implementation is possible, the employer can demand the contractor for it and oblige him to perform the work according to the conditions that were conducted between them. In addition, it must not cause fatigue to the contractor on the one hand, and if it is overburdened, then abandoning it should not cause serious harm to the employer on the other hand. But if these conditions are not met, the employer may not demand the implementation in kind. But he has the right to demand execution in return for any compensation. This compensation is either a monetary compensation which is the original. Or it is a compensation in kind. As for the latter, either it was in the form of restoring the situation to what it was before the contractor by answering the same. Or in the form of doing an action. Finally, the employer may demand the termination of the contract if he does not find in the previous two ways feasible for him to remain.

**Key Words** : Contract, Defective implementation , In kind, Opposite , Annulment .

## المقدمة

من المعلوم أن عقد المقاولة كغيره من العقود إذا ما أبرم وكان نافذاً ولازماً لطرفيه فإن أحد أهم الالتزامات التي يرتبها هو تنفيذ العمل محل العقد من قبل المقاول ، فهذا الأخير ملزم بأن ينفذ العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد مع رب العمل أو ضمناً بحسب ما تمليه أو تفرضه أصول الصنعة وتقاليدها أو ما تفرضه القوانين والأنظمة ذات العلاقة بعقد المقاولة ، إلا أن هذا الأمر ليس بهذا اليسر دائماً إذ قد يقوم المقاول أو المهندس المعماري بالعمل الواقع على عاتقه بصورة لا تتفق مع ما تم الاتفاق عليه، مما ينتج عنه بالتالي تنفيذ العمل بصورة معيبة ، فإذا ما ثبت قيام المقاول أو المهندس بتنفيذ العمل بصورة معيبة قامت مسؤوليته المدنية ، وهذا هو الأثر المترتب على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة ، والتي يترتب عليها حق رب العمل بالمطالبة إما بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أي التعويض وإما الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى .

**أهمية البحث :** باديء ذي بدء إن عقد المقاولة يعتبر من العقود التي لا يمكن الاستغناء عنها نظراً لأهميتها البالغة والمستمرة ، فهو بالإضافة إلى أهميته الاقتصادية كونه الأداة الفعالة لإنجاز المشاريع الإنشائية العامة - أي التابعة للدولة والنفع العام - والخاصة التي يقوم بها ويحتاجها الأفراد ، فإن له أهمية أخرى تتبع من تزايد أعداد السكان وكثرة المشاريع التي ينتج عنها ، وما يفرضه الواقع العملي من تلكؤ بعض الأعمال والقيام بها بصورة معيبة رغبة من القائم بها - المقاول أو المهندس المعماري - بالحصول على أكبر قدر من الربح أو الكسب على حساب رب العمل .

**أسباب اختيار البحث :** تتأتى أسباب اختيار موضوع البحث الموسوم ( التنفيذ المعيب لعقد المقاولة دراسة مقارنة ) من ناحيتين : الأولى / هي عدم وجود مرجع خاص يعالج هذه المسألة بصورة خاصة في إطار عقد المقاولة . أما الثانية / فهي ناتجة عن الأهمية البالغة لعقد المقاولة وما للتنفيذ المعيب من آثار تمتد لتشمل لا فقط النواحي الاقتصادية التي يتكبد بها رب العمل في إنشاء البناء أو الشيء محل العقد أو الدولة في إطار المقاولات العامة ، وإنما حتى النواحي الحياتية للأفراد أي ما قد ينتج عن أعمال البناء والمنشآت الثابتة الأخرى من خطر على حياتهم .

**مشكلة البحث :** تكمن مشكلة البحث في مدى إمكانية إعمال التنفيذ العيني على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة حكم مترتب على المقاول نتيجة هذا التنفيذ . من جانب ، ومن جانب آخر مدى كفاية الشروط الواجب توافرها، ففي الفسخ باعتباره أيضاً من الآثار المترتبة على التنفيذ المعيب وبالأخص منها ما يتعلق بالإعذار وكيفية حصوله في إطار التنفيذ المعيب لعقد المقاولة .

**منهج البحث:** لما كانت الأطر القانونية تختلف من بلد إلى آخر وأن تتبع ودراسة التشريعات المدنية المختلفة يضفي على الدراسة إماماً وإحاطةً بالمسائل القانونية ؛ إذ قد يكون هنالك نص تشريعي في قانون بلد ما لم ينص قانون بلد آخر عليه وقد تكون معالجة تشريعية لمسألة معينة أكثر دقة ووضوح منها في بلد آخر لم يعالجها بتلك الكيفية ، ولما كان هذا الأمر ينطبق على عقد المقاولة شأنه في ذلك شأن بقية العقود الأخرى ، فإننا انطلاقاً من هذا المبدأ اعتمدنا في بحثنا لموضوع الدراسة ( المنهج المقارن ) .

**نطاق البحث :** حيث ستكون الدراسة في القانون المدني العراقي بالمقارنة مع كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني في كل ما يتعلق بنطاق التنفيذ المعيب لعقد المقاولة ، معتمدين في ذلك على النصوص القانونية الواردة في هذه القوانين والآراء الفقهية التي لها علاقة بموضوع البحث .

### هيكلية البحث

اقتضت طبيعة المشكلة أن نقسم دراستنا على ثلاثة مطالب، تناول الأول التنفيذ العيني ، ثم التنفيذ بمقابل في المطلب الثاني ، وفسخ العقد في المطلب الثالث .

ثم يأتي بعد ذلك خاتمة البحث وما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات ، تليها قائمة المراجع .

### حكم المسؤولية المدنية المترتبة على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة

إذا ما ثبت قيام المقاول أو المهندس المعماري بالعمل بصورة معيبة ، نهضت مسؤوليته عن ذلك الإخلال ، ولما كان رب العمل إنما أبرم العقد لحاجته إلى المحل الذي ينصب عليه ذلك العقد فإنه إذا ما كان بالإمكان تنفيذ العقد جاز له إجبار المقاول أو المهندس المعماري على تنفيذ ما يقع على عاتقه من التزام ، وهذا ما يعرف بالتنفيذ العيني للالتزام . إلا أن التنفيذ العيني في بعض الأحيان قد لا يكون كافياً لجبر الضرر الذي أصابه نتيجة إخلال المقاول أو المهندس المعماري بتنفيذ ما التزم به وفي هذه الحالة جاز له المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر ، أما إذا كان العقد لا يمكن تنفيذه وأن التعويض وإن كان له مقتضى إلا أن العقد بات لا بد وأن يزول في جميع الأحوال جاز لرب العمل في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد . وبغية معالجة ما تقدم فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب : نبحث في الأول عن التنفيذ العيني لعقد المقاول ، ثم نتناول في الثاني التعويض ، ونفرد الثالث للكلام عن فسخ عقد المقاولة .

#### المطلب الأول/ التنفيذ العيني

الأصل أن الالتزام المدني إذا نشأ في ذمة شخص بفعل مصدر من مصادر الالتزام ؛ فإنه يولد أثراً قانونياً و أول هذه الآثار هي تنفيذ الالتزام طبقاً لما اشتمل عليه ، وتنفيذ الالتزام في الأصل لا بد أن يقوم به المدين طوعاً وبمحض إرادته واختياره وضمن المدة المحددة لذلك ، وهذه هي القاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات ، إلا أنه غالباً ما يمتنع أو يتأخر المدين في تنفيذ التزامه أو ينفذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً ، الأمر الذي يطرح أمام الدائن فرصة اللجوء إلى السلطات العامة المخولة قانوناً لإجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به إذا كان ممكناً وتوفرت شرائطه الأخرى ، أما إذا لم يكن كذلك - أي لم تتوفر شروطه - فإن الدائن يلجأ طريق آخر وهو التنفيذ بمقابل - التنفيذ بطريق التعويض<sup>(١)</sup> .

ويقصد بالتنفيذ العيني الجبري ، هو تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الذي التزم به المدين<sup>(٢)</sup> . ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارهما شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجه إلي تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، كذلك قد يوجه - بل أن هذا الذي يقع كثيراً - إلي تنفيذ الالتزام بطريق التعويض ، وكذلك لا يجوز الخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني لأن الأول يكون قبل وقوع الإخلال به ، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني<sup>(٣)</sup> . إذ يذهب جانب من الفقه إلى أنه متى كان التعويض

العيني ممكناً كان للدائن أن يطلبه ويعتدّ إجبار المدين عليه كما يمكن للمدين - بدوره - أن يعرضه على الدائن فلا يمكن عندئذٍ للأخير أن يرفضه وفي كل من هذين الفرضين لا يمكن للمحكمة أن تستبدله بالتعويض النقدي لأن سلطتها في الاختيار تكون خارج هذين الفرضين ، ويبدو واضحاً أن هذا الاتجاه يستند أصحابه إلى أحكام التنفيذ العيني حيث تختلط لديهم فكرة التعويض العيني بفكرة التنفيذ العيني<sup>(٤)</sup>.

ويقع الخلط لدى بعض الفقهاء بين التعويض العيني والتنفيذ العيني من وجهتين ، ( الأولى ) هي أن مصطلح التنفيذ العيني يرادف التعويض العيني وأن ليس في أحد الاصطلاحين إلا تعبيراً عن الآخر ، ( الثانية ) من حيث نطاق التنفيذ العيني والتعويض العيني على نحو استعمال أحدهما مكان الآخر ، فذهب رأي إلى توسيع نطاق التعويض العيني إلى حد بعيد على حساب التنفيذ العيني ، في حين ذهب رأي آخر إلى العكس من ذلك بتوسيع نطاق التنفيذ العيني على حساب التعويض العيني<sup>(٥)</sup>.

هذا وقد تناولت المادة (٢٤٦) مدني عراقي التنفيذ العيني حيث نصت على : (( يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً . ٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً))<sup>(٦)</sup> . يتضح من هذا النص أنه يشترط حتى يكون رب العمل قادراً على طلب التنفيذ العيني أن تتوفر الشروط الآتية :

#### أولاً- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

لا يعتبر المفاوض موفياً بالتزامه بتنفيذ العمل المطلوب منه إلا إذا قام بالعمل وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد أو وفقاً لأصول مهنته أو حرفته وفي الوقت المحدد لذلك ، فإذا لم يتم بتنفيذ العمل أصلاً رغم فوات الموعد المحدد ؛ فإنه يكون مخالفاً بالتزامه ويسأل مسؤولية عقدية عن هذا الاخلال ، ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من هذا التنفيذ ، أما إذا لم يستطع إثبات ذلك فإنه يكون مخالفاً بالتزامه ويكون لرب العمل بعد إعداره أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ كما يكون له الحق بفسخ العقد لعدم تنفيذه<sup>(٧)</sup>.

فإذا كان تنفيذ العقد عينياً ممكناً فلا يستطيع رب العمل أن يقتضي التعويض بدلاً عنه دون رضا المفاوض ولا يستطيع الأخير أن يؤدي تعويضاً دون رضا رب العمل ، أما إذا لم يطلب رب

العمل بتنفيذ الالتزام عيناً على الرغم من إمكان تنفيذه مقتنعاً بالتعويض عنه ولم يعرض المقاول أن يؤديه عيناً ، فإن حلول التعويض محل التنفيذ العيني يقع باتفاق الطرفين ضمناً عليه واستبدالاً منهما بالمحل الأصلي للالتزام بمحل آخر ، أما إذا كان تنفيذ العمل مستحيلًا ولو كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المقاول ، اقتصر حق رب العمل على المطالبة بالتعويض فقط كما ويعتبر في حكم الاستحالة - الاستحالة المعنوية - امتناع المقاول عن تنفيذ العمل وكانت شخصية المقاول محل اعتبار في العقد كجراح معين أو رسام بحيث لا يكون هناك مجال للتنفيذ العيني إلا عن طريق قيام المحكمة بفرض الغرامات التهديدية لإجباره على العمل ، أما إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار بالعقد وكان التنفيذ العيني ممكنًا جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من المحكمة للقيام بالتنفيذ عن طريق مقاول آخر وعلى نفقة المقاول الأول<sup>(٨)</sup>.

**ثانياً - أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمقاول أو المهندس أو كان فيه إرهاب إلا أن العدول عنه يسبب ضرراً جسيماً لرب العمل**

يشترط للحكم على المقاول أو المهندس بالتنفيذ العيني أن لا يسبب له إرهاب وفي نفس الوقت أن لا يكون العدول عنه - عن التنفيذ العيني - يسبب ضرراً جسيماً لرب العمل ؛ ويلاحظ أن هذا الشرط يقتضي الموازنة بين مصالح الطرفين ، ومن ثم فإذا كان التنفيذ العيني يرهق المقاول أو المهندس ، فللمحكمة أن تقضي بالتعويض بدلاً عنه بناءً على طلب المقاول أو المهندس ، بشرط أن لا يكون الحكم بالتعويض يؤدي إلى خسارة فادحة لرب العمل ، وأن مسألة الإرهاب أو الضرر الجسيم تقضي بها محكمة الموضوع بحسب سلطتها التقديرية والوقائع والظروف المحيطة بالدعوى ، فإذا رأى القاضي أن الحكم بالتنفيذ العيني ممكنًا ولكنه يحمل المقاول أو المهندس نفقات وخسائر كبيرة تفوق الضرر الذي يصيب رب العمل فلا مجال لإجباره على التنفيذ العيني أما إذا كان الضرر الواقع على رب العمل أكبر من الذي يقع على المقاول أو المهندس فإن المصلحة واجبة الحماية هي مصلحة رب العمل باعتباره المتضرر والأولى بالحماية<sup>(٩)</sup>.

**ثالثاً - أن يقوم رب العمل بإعذار المقاول أو المهندس بضرورة التنفيذ العيني**

يشترط لمطالبة المقاول أو المهندس بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أن يقوم رب العمل بإعذاره بضرورة التنفيذ ، والإعذار هو دعوة المقاول أو المهندس من قبل رب العمل إلى تنفيذ التزامه ؛ إذ أن حلول أجل التنفيذ غير كافٍ لجعل المدين مخلصاً بالتزامه ، بل لابد من سبق إعذاره بالإعذار حالة قانونية يعتبر فيها المدين ممتنعاً عن الوفاء بالتزامه أو مقصراً فيه ويعتبر مقدمة لازمة للتنفيذ

العيني ، ويكون الإعذار بإنذار المقاول أو المهندس أو بأي طلب كتابي كما يجوز أن يقع بأي صورة يحددها اتفاق الطرفين كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون الحاجة إلى إنذار<sup>(١٠)</sup>.

وإلى جانب هذه الشروط يضيف جانب من الفقه شروط أخرى وهي ، أن يطلب الدائن التنفيذ العيني ، وأن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ ، وأن يكون امتناع المدين أو تأخره فيه غير مشروع<sup>(١١)</sup>.

وعليه نخلص مما تقدم أنه إذا امتنع المقاول أو المهندس عن تنفيذ العقد فيكون من حق رب العمل أن يجبره على التنفيذ إذا توفرت شروط التنفيذ العيني المبينة فيما تقدم . ومع ذلك فإننا نرى أنه لا مجال لإعمال التنفيذ العيني على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة ؛ وذلك لأنه على اعتبار أن التنفيذ العيني - كما سبقت الإشارة - يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام ، أما وأن تم تنفيذ الالتزام بصورة معيبة ، فلا يمكن إذن والحالة هذه اللجوء إلى التنفيذ العيني وإنما يكون أمام رب العمل اللجوء إلى الطريق الثاني والذي هو التنفيذ بمقابل .

### المطلب الثاني/ التنفيذ بمقابل (التعويض)

التعويض هو مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ الدين التزامه على الوجه الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات<sup>(١٢)</sup>.

ويعد التنفيذ بمقابل طريق من طرق جبر الضرر الذي يلجأ إليه رب العمل جراء تدهم المباني والمنشآت الثابتة أو تعيبها وهو لا يكون إلا في إحدى الحالات الآتية :

- ١- إذا استحال تنفيذ العمل عيناً بخطأ المقاول أو المهندس .
- ٢- إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمقاول أو المهندس ولا ينطوي العدول عنه على ضرر جسيم يصيب رب العمل .
- ٣- إذا كان التنفيذ العيني يقتضي تدخلاً شخصياً من المقاول أو المهندس ولم تجد وسائل التهديد المالي - الغرامة التهديدية - أثرها في إجباره .
- ٤- إذا كان التنفيذ العيني ممكن ولكن رب العمل لم يطلبه من نفس المقاول أو المهندس ولا غيرهم في حالة كون شخصيتهم محل اعتبار<sup>(١٣)</sup>.

والأصل في التعويض أن يكون تعويض نقدي كما يمكن أن يكون عيني ، والتعويض بمعناه الواسع أما أن يكون عيني أو أن يكون تعويض بمقابل ، والأخير إما أن يكون تعويض نقدي أو أن يكون تعويض غير نقدي<sup>(١٤)</sup>.

**فالتعويض النقدي** ، هو الأصل في التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن إذ يحكم القضاء بالزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن ، يتساوى في مقداره مع الضرر الذي لحقه ، ويكمن السبب وراء ذلك في القابلية الاستهلاكية الكبيرة للنقود كونها تصلح لتعويض أنواع الضرر كافة فضلا عن أن التعويض النقدي يفتح للمدين باب الخيار في أن يفعل بمبلغ التعويض ما تمليه رغبته التي غالبا ما ترشده إلى الأسلوب الأفضل لجبر الضرر الذي تعرض له<sup>(١٥)</sup>.

ولذلك فهو يعد الأيسر في التطبيق ويحق لرب العمل أن يطلبه مباشرة لجبر الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المقاول أو المهندس بالتزامه بانجاز العمل كما ويتعين على المحكمة في جيع الأحوال التي يتعذر فيها الحصول على التعويض العيني أن تحكم به تلافياً للضرر الذي أصاب رب العمل<sup>(١٦)</sup>، ويجوز الحكم بالتعويض النقدي - إذا كان له مقتضى - بالإضافة إلى التنفيذ العيني إذ يجوز الجمع بينهما إذا ما استغرق إعادة البناء بناء ما تهدم أو إصلاح ما هرب من عيب وقتاً طويلاً وأدى ذلك إلى منع رب العمل من استغلال البناء أو الانتفاع به طيلة مدة بقائه معيباً ، فإن الطلب في هذه الحالة ينطوي على صورتين التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض<sup>(١٧)</sup>.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن إعادة البناء المتهدم أو إصلاح ما فيه من عيب إذا كان لا يعيد البناء إلى حالته التي كان عليها قبل التهدم أو ظهور العيب ، إنما يبقى بعض العيب دون إصلاح ويكون من شأنه انقاص قيمة المبنى ككل إذا ما ترتب عليه تشويه منظره أو ينقص من ريعه والإخلال بمنفعته إلى الحد الذي يخفض من قيمته الإيجارية ؛ فإنه يجوز تعويض رب العمل على ذلك فضلاً عن التنفيذ العيني<sup>(١٨)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن لمحكمة الموضوع وتبعاً لظروفها لها الحرية في تحديد الآلية التي بمقتضاها يتم دفع التعويض إلى الدائن بمبلغ يعطى للمتضرر دفعة واحدة ، أو على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدة حياة المضرور<sup>(١٩)</sup>، ولكن الحالة الأخيرة لا يمكن معرفة مقدار التعويض الذي يلزم بدفعه لأن الأيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته ، وبالتالي يصعب في هذه الحالة تحديد مقدار التعويض بصورة دقيقة بخلاف الحالات الأخرى التي تحدد مددها ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض كاملاً بدفع آخر قسط منها<sup>(٢٠)</sup>.

أما التعويض العيني (غير النقدي) فيقصد به ، الوفاء بالالتزام عينه ، أي إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة الدائن إلى الوضع نفسه الذي كان عليه قبل حصول الضرر أياً كان نوع الضرر والإصابات ، ويسمى هذا النوع من التعويض بالتعويض العيني كونه يزيل الضرر عينا ، ومما لا شك فيه إن هذا النوع من التعويض يعد أفضل وسيلة لجبر الضرر لأنه يعني محو الضرر تماماً ووضع الدائن في نفس الحالة التي كان عليها قبل حدوثه ، وغالبا ما يقع التعويض العيني في الالتزامات العقدية بخلاف المسؤولية التقصيرية التي قليل ما يقع في نطاقها مثل هذا التعويض<sup>(٢١)</sup> .

ويمكن أن نجد التعويض العيني في نطاق مسؤولية المقاول أو المهندس عن التهدم الكلي أو الجزئي للأبنية والمنشآت الثابتة الأخرى - أو العيوب التي تظهر فيها - فيجوز للمحكمة أن تحكم لرب العمل الذي انهار بناءه ببناء آخر مشابه مشيد على قطعة أرض فيها ذات المواصفات التي كانت في القطعة التي شيد عليها البناء المنهار ، كما نجد نطاق مسؤولية المقاول أو المهندس في إصلاح العيوب الموجودة في البناء خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسليم البناء والتي تسمى بالضمان العشري ، إذ يضمن المقاول أو المهندس كل ما يحدث في البناء من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو منشآت ، فهذا الضمان هو تعويض عيني وذلك للأسباب التالية :

١- إن التزام المقاول أو المهندس بالضمان وفق المادة (٨٧٠) مدني عراقي التزم مقرر بنص القانون بغض النظر عن إرادة الطرفين ( المقاول ورب العمل) ويكون إصلاح العيب تعويضاً عينياً وكذلك الحال في الحكم على المقاول أو المهندس بإعادة البناء المتهدم .

٢- في أثناء مدة العقد وقبل تسليم البناء إلى رب العمل فإن الحكم بإصلاح البناء أو إزالة الضرر أو العيوب أو إعادة البناء المتهدم يعد تعويضاً .

٣- بعد انتهاء مدة الضمان العشري قانوناً فإن الحكم بإزالة العيوب أو إعادة البناء يكون تعويضاً عينياً<sup>(٢٢)</sup> .

والتعويض غير النقدي يكون على ثلاثة صور ، الأولى الأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه كالحكم بفتح طريق قام شخص بغلقه ، والثانية الحكم بأداء أمر معين كتنشر الحكم الصادر بالادانة ، الثالثة رد المثل في المثليات ، كالحكم على من قام بإتلاف مال شخص برد مال مثله ، ويبدو أن الصورة الثانية من العمومية بحيث يمكن أن تتضمن الصورة الثالثة تحت ظلها ، لذا فلا موجب للإبقاء عليها لان ذلك يترتب عليه حدوث لبس عند تفسير هذه المادة لبيان المراد فيها<sup>(٢٣)</sup> .

## حكم المسؤولية المدنية المترتبة على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة

أما عن تقدير التعويض فإذا توافرت شروط استحقاق التعويض على وفق ما سبق بيانه أصبح التعويض مستحقا ، وهذا يقتضي أن يتم تقديره و إلزام المدين بدفعه ، والأصل ان يتولى القاضي تقدير التعويض والحكم به لمستحقه فيسمى عندئذ التعويض القضائي والذي يعرف بأنه تعويض يقدره القاضي ويحكم به للفصل في دعوى الدائن على المدين بتحمل المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه<sup>(٢٤)</sup>، والتعويض القضائي يمكن أن يكون بأي نوع من أنواع التعويض التي سبق بيانها فالقاضي حر في اختيار أي طريق من طرق التعويض لجبر الضرر الذي يصيب رب العمل من جراء تدهم المباني أو ظهور عيب فيها<sup>(٢٥)</sup>. ومع ذلك يجوز أن يتم التقدير باتفاق الطرفين مقدما قبل عرض النزاع على القضاء وهذا ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، كما قد يتولى القانون مقدما تقدير التعويض متى ما كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وهذا ما يعرف بالتعويض القانوني<sup>(٢٦)</sup>.

مما سبق يمكن القول بأن التعويض النقدي يعتبر هو الطريق الأمثل لجبر الضرر الذي أصاب رب العمل من جراء التنفيذ المعيب لعقد المقاولة ذلك لأن النقود تستخدم كمستودع للقيمة أي بإمكان الشخص القيام بحفظ وخرن النقود لأي فترة زمنية يريد، وينفقها في الوقت المناسب له أضف إلى ذلك فإنها تستعمل من قبل جميع الأفراد في جميع مجالات حياتهم المختلفة .

### المطلب الثالث /فسخ عقد المقاولة

عرف الفسخ بتعريفات متعددة ، إلا أنها لا تخرج عن المضمون ذاته والمعنى المتمثل بإنهاء الرابطة العقدية وإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد<sup>(٢٧)</sup>.

وقد اختلف الفقه بشأن الأساس الذي يقوم عليه الفسخ فذهب رأي إلى أن أساسه هو الشرط الفاسخ الضمني متجاهلين أن الفسخ يترتب بقوة القانون دون الحاجة إلى اللجوء إلى قاضي يتمتع بسلطة تقديرية ازاءه ، وذهب رأي إلى اسناده على فكرة السبب على اعتبار أن التزام أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الآخر وبالتالي فإن عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه يؤدي إلى زوال التزام المتعاقد الآخر فيجعلونه التزام الآخر دون سبب متجاهلين أن السبب هو ركن أساسي في العقد لا يمكن أن يزول لظرف لاحق ، ورده البعض الآخر إلى فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، ومنهم من يرده إلى الاخلال بالتعادل المقصود من الطرفين (التوازن العقدي) ومنهم من يرى أن الأساس هو تخلف عنصر التراضي الذي هو من أهم عناصر العقد<sup>(٢٨)</sup>.

ولم يتطرق المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة إلى تعريف الفسخ وإنما أورد في المادة (١٧٧/ف١)<sup>(٢٩)</sup> نصاً يقضي بأنه : (( في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنتظر المدين إلى أجل ، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)).

من النص السابق يظهر أنه في حالة الفسخ عندما يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، يكون للمتعاقد الآخر الخيار بين طلب التنفيذ وبين فسخ العقد ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل ، فإذا أراد التنفيذ تعين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب وجاز له الحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك ، أما إذا اختار طلب الفسخ فلا يكون القاضي ملزم بطبله بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النّظرة مع الزامه بالتعويض إذا كان له مقتضى وأيضاً يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه ، كما أن له إذا كان التنفيذ جزئياً أن يقتصر على التعويض عند تخلف المدين عن تنفيذ ما تبقى وكان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضي بفسخ العقد مع الزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة علة لذلك<sup>(٣٠)</sup>.

### ولكي يقع الفسخ لابد أن تتوفر الشروط الآتية:

#### أولاً- أن يكون العقد ملزماً للجانبين

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي ، هو العقد الذي ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه ، بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائناً ومديناً للآخر ، فعقد المقاوله يعتبر من العقود الملزمة للجانبين حيث يتعهد أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر<sup>(٣١)</sup>. ونطاق العقد هو تحديد الآثار التي تترتب على العقد في ذمة كل من عاقديه أي تحديد الالتزامات التي يفرضها العقد على كل طرف فيه ، ويحدد نطاق العقد فيما أراده الطرفان وما اتفقا عليه حيث لا يمكن أن يتجاوز العقد من حيث النطاق تلك الالتزامات التي حددتها الإرادة<sup>(٣٢)</sup>.

ومعنى ذلك أنه عند انعقاد العقد يترتب على كل طرف أن ينفذ التزامه بموجب هذا العقد ، فإذا لم يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد ، وبناءً على ذلك فإن الفسخ يثبت في العقود الملزمة للجانبين كعقد المقاوله والايجار والبيع والعمل<sup>(٣٣)</sup>.

هذا ولا يكفي أن يكون العقد ملزماً للجانبين بل لابد من أن يكون العقد صحيحاً حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه : (( أن المدعي بموجب عريضة الدعوى يطلب فسخ عقد بيع العقار الخارجي المبرم مع المميز عليه - المدعى عليه - وذلك لاقتران البيع بالتغريب ، وحيث أن العقد المذكور يعتبر باطلاً لعدم استيفاء الشكلية القانونية المنصوص عليها في المادة (٥٠٨) من القانون المدني، وأن الفسخ يرد على العقود الصحيحة وليس على العقود الباطلة))<sup>(٣٤)</sup>. كما جاء في قرار آخر لها : ((... أن الفسخ لا يرد إلا على العقود الصحيحة والعقد الذي يتضمن إنشاء أبنية خدمية و تجارية ضمن مقتربات مطار بغداد الدولي يعتبر باطل لأن قرار مجلس الوزراء خص الأراضي المذكورة لأغراض الطيران المدني حصراً))<sup>(٣٥)</sup> .

**ثانياً - امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته :**

لا يكفي الترابط مبرراً للفسخ بل لا بد من أن يرافق هذا الترابط إخلالاً من قبل أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته وعلى طالب الفسخ اثبات ذلك ، فضلاً عن ذلك فإنه يجب أن يكون هذا الإخلال راجعاً إلى خطأ المتعاقد ( المدين ) ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلًا بسببه او لا يزال ممكناً إلا أنه لم يتم بالتنفيذ وليس الى سبب اجنبي فإذا ما حصل الاخير ينقضي التزام المتعاقد ( المدين ) وينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون<sup>(٣٦)</sup>.

### ثالثاً- استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه وقدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه

لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه بل يجب أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو كان مستعداً لتنفيذه ، ومن جانب آخر، يشترط أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ، فإن كان طالب الفسخ قد استلم شيئاً بموجب العقد، يجب أن يكون قادراً على إعادته فإن لم يكن قادراً على ذلك ترد المحكمة إلى طلبه بفسخ العقد، كما لو أن الشيء قد بيع إلى آخر ولو لم يستلمه المشتري الجديد، لأن البيع الثاني يقتضي تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه فلا يمكنه الرجوع عن البيع الثاني أو طلب استرداد المبيع إن سلمه استناداً لقاعدة ( من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض )<sup>(٣٧)</sup>. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز : (( إن من شروط طلب فسخ العقد هو اخلال المتعاقد الاخر بالتزامه واستعداد طالب الفسخ القيام بالتزاماته وحيث تأيد اخلال المميز ذاته بالالتزامات التعاقدية لذا فإن طلب الفسخ لا يستند الى سبب قانوني صحيح))<sup>(٣٨)</sup> .

## رابعاً - إعدار الطرف المخل بتنفيذ التزامه

يجب على طالب الفسخ أن يعذر الطرف الآخر في العقد ، والإعذار هو تنبيه الطرف الممتنع عن التنفيذ وذلك بإخطار يشعره بأنه تأخر عن الوفاء بالتزامه<sup>(٣٩)</sup>. ويشترط في الاعذار الذي يسبق طلب فسخ العقد قضاءً أن يُنبه فيه المدعى عليه على وجوب تدارك الخطأ الحاصل منه والوفاء بالتزاماته وفقاً للعقد ، أثناء مدة مناسبة يحددها له في ضوء طبيعة الالتزام<sup>(٤٠)</sup>، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرار لها : (( ... إن عقد التجهيز قد انتهت مدته وبالتالي فإن المطالبة بفسخه لا تتطلب الاعذار عملاً بحكم المادة (٢٥٨/أ) من القانون المدني العراقي ولهذا كان من المتعين على المحكمة التحقق من توافر شروط الفسخ الأخرى ومنها إخلال المتعاقد بالتزامه من عدمه وفي ضوء ما تتوصل إليه تصدر حكمها))<sup>(٤١)</sup>.

والى جانب هذه الشروط يتعين أن يتوفر شرط آخر وهو " وقوع الفسخ القضائي " فلا يكفي لفسخ العقد بحكم القضاء توفر الشروط الموضوعية آنفة الذكر فقط ، بل لابد من صدور حكم قضائي بذلك ؛ بسبب كون الحكم القضائي هنا يعتبر منشئ لحالة الفسخ وليس كاشفاً عنها ، ففي عقد الإيجار مثلاً إذا فشل المستأجر في سداد الأجرة الشهرية ، فإن ذلك لا يقتضي فسخ العقد وحل الرابطة العقدية تلقائياً بل يتعين صدور حكماً قضائياً بذلك<sup>(٤٢)</sup>.

هذا وإذا ما طلب رب العمل فسخ عقد المقاولة ، فإن للقاضي تقدير هذا الطلب ؛ فهو إما أن يستجيب إليه إذا وجد مبرراً لذلك ومن ثم يقضي بفسخ العقد وبالتعويض إذا كان له ما يبرره ، وإما أن يرى أنه لا مبرر لإجابة الطلب كما لو كان المبلغ المتبقي من الأجرة المستحقة غير كبير أو يكون التعويض في حالة الحكم بفسخ المقاولة مبلغاً جسيماً لا تيرره الظروف<sup>(٤٣)</sup>.

وجدير بالذكر إن المقاول أو المهندس المعماري إذا أنجز العمل ولو كان معيباً فإن رب العمل لا يحق له فسخ العقد على الرغم من عدم تسلمه ما أنجز ؛ لأن إتمام العمل يمنع الفسخ ، إلا أن هذا لا يعني أن عقد المقاولة قد انتهى لأن انتهاءه لا يكون إلا بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه وهذه الالتزامات لاتزال قائمة ، فحقوق المقاول فيما أنشأه من أعمال وإن كانت مخالفة للشروط والمواصفات باقية ، وحقوق رب العمل في طلب اصلاح العيوب هي الأخرى لاتزال قائمة ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه : (( وإذا تم العمل يمتنع على المقاول أن يطلب فسخ المقاولة وذلك بسبب قيام حقوق المقاول فيما أنشأه وإن كانت هذه الإنشاءات مخالفة للشروط والمواصفات ويؤيد هذا النظر ما تنص عليه المادة ٨٦٩ مدني ، من أنه إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب فله أن ينذره بالعدول إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل يعينه له فإن لم يفعل حق له فسخ العقد ... ))<sup>(٤٤)</sup>.

وعليه فإذا تبين لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مخالف لشروط العقد فإذا كانت المخالفة أو العيب مما يمكن تداركه له أن ينذره بالعدول إلى الطريقة السليمة أما إذا كانت المخالفة أو العيب من الجسامة بحيث يستحيل اصلاحها فلرب العمل أن يفسخ العقد بالحال<sup>(٤٥)</sup>، وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قضت بأنه : (( لرب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاولة إذا قام المقاول بتنفيذ العمل بشكل معيب ومخالف لشروط المقاولة ولا يتعارض ذلك مع المادة (٨٦٩) من القانون المدني لأن العيب في طريقة التنفيذ يقع أثناء سير العمل وقبل اكماله بينما العيب في التنفيذ يظهر بعد أن يكون المقاول قد قام بالعمل ))<sup>(٤٦)</sup>.

هذا ويلجأ رب العمل إلى فسخ العقد إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها وفي هذه الحالة يجوز لرب العمل فسخ العقد دونما حاجة لانتظار حلول أجل التسليم<sup>(٤٧)</sup>. وكذلك كما ويلجأ رب العمل إلى فسخ العقد إذا خالف المقاول شرط التنفيذ الشخصي بأن أوكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول آخر على الرغم من وجود شرط في العقد يمنعه من ذلك أو كانت طبيعة العمل تقتضى قصد الركون إلى كفايته الشخصية<sup>(٤٨)</sup>.

وكذلك يمكن للمقاول أن يلجأ إلى فسخ عقد المقاولة إذا أحل رب العمل بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد المقاولة كما لو امتنع عن تجهيز مواد العمل أو امتنع عن تمكين المقاول بإنجاز العمل المعقود عليه<sup>(٤٩)</sup>، أو امتنع عن تقبل العمل وتسلمه بدون عذر أو لم يقدّم بدفع الأجرة<sup>(٥٠)</sup>، أو امتنع رب العمل عن إجراء المعاينة على الجزء المنجز من العمل إذا كان الأخير يتكون من أجزاء متميزة وكان ما أنجز ذي أهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته<sup>(٥١)</sup>.

## الخاتمة

## أولاً - النتائج

- ١- لا مجال لإعمال التنفيذ العيني على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة ؛ وذلك لأنه على اعتبار أن التنفيذ العيني يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام ، إما وإن تم تنفيذ الالتزام بصورة معيبة ، فلا يمكن إذن والحالة هذه اللجوء إلى التنفيذ العيني وإنما يكون أمام رب العمل اللجوء إلى الطريق الثاني والذي هو التنفيذ بمقابل .
- ٢- إن التعويض النقدي يعتبر هو الطريق الأمثل لجبر الضرر الذي أصاب رب العمل من جراء التنفيذ المعيب لعقد المقاولة ذلك لأن النقود تستخدم كمستودع للقيمة أي بإمكان الشخص القيام بحفظ وخرن النقود لأيّ فترة زمنية يريد، وينفقها في الوقت المناسب له كما إنها تستعمل من قبل جميع الأفراد في جميع مجالات حياتهم المختلفة .
- ٣- إن لرب العمل إذا تبين له أثناء سير العمل أن المفاوض يقوم به على وجه معيب أو مخالف لشروط العقد فإذا كانت المخالفة أو العيب مما يمكن تداركه فله أن ينذره بالعدول إلى الطريقة السليمة أما إذا كانت المخالفة أو العيب من الجسامه بحيث يستحيل اصلاحها فلرب العمل أن يفسخ العقد بالحال .

## ثانياً - التوصيات

ضرورة أن يكون الإعدار في حالة ما إذا اكتشف رب العمل أن المفاوض يقوم بالعمل على وجه معيب وفقاً للمادة ( ٨٦٩ / ف١ ) إعداراً رسمياً وذلك لما لهذا الإعدار من أهمية بالغة وخاصةً في المقاولات التي يكون محلها أبنية أو مشيدات ثابتة .

الهوامش

- (١) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، منشورات نارس، اربيل، ٢٠٠٦، ص٤١٣ . وأنظر أيضاً ، د. محمد عبد الظاهر حسين ، أحكام الالتزام ج٢ ، شركة القصر للطباعة والدعاية والإعلان ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص١٢ . و د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في شرح احكام القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٥ ، ص٩ .
- (٢) د. منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص٤١٨ .
- (٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات - آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص٧١٩ و ص٧٩٨ .
- (٤) د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفرنسي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص٣٦٣ - ٣٦٤ .
- (٥) ينظر مفصلاً بشأن هذا الخلط ، نصير صبار لفتة ، التعويض العيني - دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهدين ، ٢٠٠١ ، ص٧٥ وما بعدها .
- تقابلها (مطابقة) المادة (٢٠٣) مدني مصري . أما القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (٣٥٥) منه على : ١- يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ ما التزم به تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن يقتصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً .
- (٧) د. محمد لبيب شنب ، أحكام عقد المقاولة ، ط٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص١١٤ - ١١٥ .
- (٨) ينظر ، د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد المقاولة ، ط١ ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٩ ، ص١٤٠ وما بعدها . و د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية - البيع والإيجار والمقاولة ، العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠١١ ، ص٣٩١ . و د. محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ، مرجع سابق ، ص١١٥ وما بعدها . و د. إلياس ناصيف ، عقد المقاولة ، منشورات الحلبي ، لبنان ، بدون سنة نشر، ص١٥٧ وما بعدها . و د. السنهوري ، الوسيط ج٧ ، مرجع سابق ، ص٧٨ - ٧٩ . و د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة - المقاولة والوكالة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، بدون سنة نشر ، ص١٣٨ . و د. عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني - العقود المسماة في المقاولة والوكالة ، الكفالة ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٤٤ .

- (٩) ينظر ، القاضي حسين ياسر عويد ، التنفيذ المعيب لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني ، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، العراق ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٥ - ٥٦ . و علاء الدين كاظم تالي الزيايدي ، التزام المقاول بإنجاز العمل - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٢ ، ص ٩٠ . و عادل عبد العزيز سمارة ، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٢ .
- (١٠) ينظر، القاضي ، حسين ياسر عويد ، مرجع سابق ، ص ٥٧ . و علاء الدين كاظم تالي الزيايدي ، مرجع سابق ، ص ٩١ . و عادل عبد العزيز سمارة ، مرجع سابق ، ص ٨١ . وانظر المواد : ٢٥٧ مدني عراقي . و ٢١٩ مدني مصري . و ٣٦١ مدني اردني .
- (١١) ينظر بذلك ، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، أحكام الالتزام ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ١٨ وما بعدها . و د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٧٦١ .
- (١٢) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز ، ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .
- (١٣) ينظر ، القاضي حسين ياسر عويد ، مرجع سابق ، ص ٦٠ . و علاء الدين كاظم تالي الزيايدي ، مرجع سابق ، ص ٩٢ . و عادل عبد العزيز سمارة ، مرجع سابق ، ص ٨٢ - ٨٣ . وانظر في ذات الغرض ، د. السنهوري ، الوسيط ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٨٢٣ . و د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٤٣ - ٤٤ . و د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٩ - ١٧٠ . و د. محمد عبد الظاهر حسين ، أحكام الالتزام ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٤٦ .
- (١٤) د. حسن علي الذنون ، أصول الالتزامات ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٢٥٢ . و د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٩٦٦ .
- (١٥) د. عدنان ابراهيم السرحان ، د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية ( الالتزامات ) - دراسة مقارنة دار الثقافة ، عمان - الأردن ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٧٠ .
- (١٦) ينظر ، عادل عبد العزيز سمارة ، مرجع سابق ، ص ٨٣ . و علاء الدين كاظم تالي الزيايدي ، مرجع سابق ، ص ٩٣ . و القاضي حسين ياسر عويد ، مرجع سابق ، ص ٦١ .
- (١٧) د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة ، مطبعة اوفيسست عشتار ، بغداد ، ١٩٩٥ ، ص ٢٢٨ .

## حكم المسؤولية المدنية المترتبة على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة

- (١٨) د. محمد جابر الدوري ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ . و أنظر أيضاً ، د. محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ، مرجع سابق ، ص ١٥٠ .
- (١٩) د. حسن علي الذنون ، اصول الالتزامات ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .
- (٢٠) د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٩٦٧ . وحسين عامر ، وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - ، ط ٢ ، دار المعارف ، ١٩٧٩ ، ص ٥٣١ و ٥٣٢
- (٢١) ينظر ، د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٩٦٦ . و د. حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، مرجع سابق ، ص ٥٢٦ .
- (٢٢) ينظر، القاضي ، حسين ياسر عويد، مرجع سابق ، ص ٦٣ . و علاء الدين كاظم تالي الزيايدي ، مرجع سابق ، ص ٩٦ .
- (٢٣) د. حسن علي الذنون اصول الالتزامات ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ . و د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مرجع سابق ، ص ٥٣١ . و د. منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠ .
- (٢٤) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز ، ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٥٥ .
- (٢٥) محمد جابر الدوري ، مرجع سابق ، ص ٢٣٣ .
- (٢٦) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز ، ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٥٥ .
- (٢٧) ينظر التعريفات التي أوردها ، المحامي فوزي كاظم المياحي ، انحلال العقد - الفسخ والإقالة - في القانون المدني العراقي ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ١٢ - ١٥ . و القاضي هاني عبد الكريم منصور، أحكام فسخ العقد في القانون المدني، ط ٢، مؤسسة البصرة للطباعة والنشر ، ٢٠١٦ ، ص ٢٣ - ٢٥ .
- (٢٨) ينظر ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، ط ١، احسان للنشر والتوزيع ، ٢٠١٤ ، ص ١٣٣ وما بعدها . و المحامي فوزي كاظم المياحي ، مرجع سابق ، ص ١٦ وما بعدها . ولقاضي هاني عبد الكريم منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٧ وما بعدها . و د. سمير تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط ١ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨٨ - ١٨٩ . و د. السنهوري، الوسيط ، ج ١ ، مرجع سابق، ص ٦٩٤ - ٦٩٦ . و د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ .
- (٢٩) تقابلها المادة (١٥٧) مدني مصري . والمادة ( ٢٤٦ ) مدني أردني .

- (٣٠) القاضي علي محمد هاشم الناجي ، انتهاء عقد المعاولة دون اتفاق أطرافه ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٥ .
- (٣١) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٤ . و القاضي ، علي محمد هاشم الناجي ، مرجع سابق ، ص ٧ .
- (٣٢) أ. د. حسين عبد القادر معروف ، النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني ، رسالة ماجستير - مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩٩ .
- (٣٣) المهندس ، د. حميد لطيف نصيف ، المهندس والقانون - تطبيقات في عقود التشييد - ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ١٤٤ .
- (٣٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ٣٦٣٥ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١١ في ١٠/١٠/٢٠٠١ ، نقلاً عن ، المحامي فوزي كاظم المياحي ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .
- (٣٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ٥٤٠٨ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠١٤ في ١٠/١٠/٢٠١٤ . نقلاً عن ، المحامي فوزي كاظم المياحي ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .
- (٣٦) وهو ما يسمى بالانفساخ فيفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون إذا كانت الاستحالة بسبب اجنبي فضلاً عن ذلك فإنه يفسخ دون تعويض ولا حاجة للجوء الى القضاء لاستصدار حكم بالفسخ إلا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب اجنبي أما إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين فلا يفسخ العقد بل تثور مسؤولية المتعاقد ويتحمل التعويض ، إلا أن ذلك محل اختلاف فقهي ولعل ذلك يعود الى مسألة تحمل التعويض من عدمه على الرغم من عدم وجود تلازم ما بين الفسخ والتعويض إذ يمكن أن يفسخ العقد دون ان يصاحبه تعويض وقد يفسخ مصحوباً بالتعويض وبالرجوع الى نص المادة ( ١٧٩ ) من القانون المدني العراقي فهي قد ساوت بالنسبة للانفساخ بين الاستحالة بسبب اجنبي والاستحالة بفعل المدين وهو الاصول لصراحة النص على ذلك . راجع في ذلك ، د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٧٠٠ - ٧٠١ . و د. حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، مرجع سابق ، ص ١٨٣ - ١٨٥ .
- (٣٧) ينظر ، القاضي هاني عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص ٦٥ . و المهندس ، د. حميد لطيف نصيف ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ . و المحامي ، فوزي كاظم المياحي ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .
- (٣٨) قرار ومحكمة التمييز ذي الرقم ٢٦٦ / الهيئة الاستئنافية / منقول / ٢٠١١ في ٢٠ / ٣ / ٢٠١١ ، نقلاً عن ، القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ١ ، ط ١ ، مطبعة اوفيسيت الكتاب ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٨٦ .

## حكم المسؤولية المدنية المترتبة على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة

- (٣٩) المهندس ، د. حميد لطيف نصيف ، مرجع سابق ، ص ١٢٦ .
- (٤٠) القاضي لفتة هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني ، مطبعة أوفيسيت الكتاب ، ط١ ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ١٥٦ .
- (٤١) قرار محكمة التمييز ذي الرقم ١٥٤ / الهيئة الاستئنافية / منقول / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٦ ، نقلًا عن ، القاضي على محمد هاشم الناجي ، مرجع سابق ، ص ١٧ .
- (٤٢) المهندس ، د. حميد لطيف نصيف ، مرجع سابق ، ص ١٢٦ . و القاضي على محمد هاشم الناجي ، مرجع سابق ، ص ١٧ .
- (٤٣) المحامي فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ط١ ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٤٤ .
- (٤٤) قرار محكمة التمييز ذي الرقم ٥٠٠ / حقوقية / ٩٦٧ و ٢١٧٧ / حقوقية / ٩٦٥ في ١٩٦٧/٤/٢٣ ، نقلًا عن ، د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق ، ص ٤٤٦ ، ٤٤٧ .
- (٤٥) المادة (٨٦٩ / ف١) مدني عراقي . وتقابلها (مطابقة) المادة (٦٥٠) مدني مصري . والمادة (٧٨٥) مدني أردني .
- (٤٦) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ٥٢٠ / منقول ٩٧٧/١ في ١٩٧٨/٦/٢٥ ، مشار له في ، د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق ، هامش رقم ٢ ص ٤٤٦ .
- (٤٧) المادة (٨٦٨) مدني عراقي . ولا مقابل لها في القانونين المصري والاردني .
- (٤٨) المادة (٨٨٢ / ف١) مدني عراقي . وتقابلها (مطابقة) المادة (٦٦١ / ف١) مدني مصري . والمادة (٧٩٨) مدني أردني .
- (٤٩) المادة (٨٧٣ / ف١) مدني عراقي . وتقابلها (مطابقة) المادة (٦٥٥) مدني مصري . و المادة (٧٩٢) مدني أردني .
- (٥٠) المادة (٨٧٦) مدني عراقي . وتقابلها (مطابقة) المادة (٦٥٦) مدني مصري . والمادة (٧٩٣) مدني أردني .
- (٥١) المادة (٨٧٤) مدني عراقي . ولا مقابل لها في القانونين المصري والأردني . وينظر في المواد المتقدم ذكرها ، د. طارق كاظم عجيل ، مرجع سابق ، ص ٤٤٦ - ٤٤٨ .

## المصادر

## أولاً - القرآن الكريم

## ثانياً - الكتب

١. د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، ٢٠٠٥
٢. د. إلياس ناصيف ، عقد المقاولة ، منشورات الحلبي ، لبنان ، بدون سنة نشر
٣. د. السنهوري، الوسيط، ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي، لبنان ، ٢٠٠٤ .
٣. د. السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات - آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، ٢٠٠٤ .
٤. د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، العقود الواقعة على العمل - عقد المقاولة - ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، ٢٠٠٤ .
٥. د. حسن علي الذنون ، أصول الالتزامات ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠
٦. حسين عامر ، وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - ، ط٢ ، دار المعارف ، ١٩٧٩
٧. المهندس ، د. حميد لطيف نصيف ، المهندس والقانون - تطبيقات في عقود التشييد - ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧ .
٨. أ. د. حسين عبد القادر معروف ، النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني ، رسالة ماجستير - مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩٩ .
٩. و. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية - البيع والإيجار والمقاولة ، العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠١١
١٠. د. سمير تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط١ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩
١١. د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد المقاولة ، ط١ ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٩
١٢. و. د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في شرح احكام القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٥
١٣. د. عدنان ابراهيم السرحان ، د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية ( الالتزامات ) - دراسة مقارنة دار الثقافة ، عمان - الأردن ، ٢٠٠٥

## حكم المسؤولية المدنية المترتبة على التنفيذ المعيب لعقد المقاولة

١٤. د. عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني- العقود المسماة في المقاولة والوكالة ، الكفالة ، ط ١ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩
١٥. د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة - المقاولة والوكالة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، بدون سنة نشر
١٦. القاضي علي محمد هاشم الناجي ، انتهاء عقد المقاولة دون اتفاق أطرافه ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٦
١٧. المحامي فوزي كاظم المياحي ، انحلال العقد - الفسخ والإقالة - في القانون المدني العراقي ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٥
١٨. المحامي فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ط ١ ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٨٤
١٩. القاضي لفتة هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني ، مطبعة أوفيسيت الكتاب ، ط ١ ، بغداد ، ٢٠١٣
٢٠. القاضي لفتة هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، ج ١ ، ط ١ ، مطبعة أوفيسيت الكتاب ، بغداد ، ٢٠١١
٢١. د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، ط ١، منشورات نارس، اربيل، ٢٠٠٦
٢٢. د. محمد نبيب شنب ، أحكام عقد المقاولة ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤
٢٣. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، ط ١، احسان للنشر والتوزيع ، ٢٠١٤
٢٤. د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة ، مطبعة اوفيسيت عشتار ، بغداد ، ١٩٩٥
٢٥. د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفرنسي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥
٢٦. د. محمد عبد الظاهر حسين ، أحكام الالتزام ج ٢ ، شركة القصر للطباعة والدعاية والإعلان ، القاهرة ، ٢٠١٦
٢٧. القاضي هاني عبد الكريم منصور ، أحكام فسخ العقد في القانون المدني ، ط ٢ ، مؤسسة البصرة للطباعة والنشر ، ٢٠١٦

## ثالثاً : الرسائل والأطاريح

١. عادل عبد العزيز سمارة ، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٧

٢. علاء الدين كاظم تالي الزيايدي ، التزام المقاول بإنجاز العمل - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٢

٣. نصير صبار لفتة ، التعويض العيني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهدين ، ٢٠٠١

## رابعاً : الأبحاث القانونية

١. القاضي حسين ياسر عويد ، التنفيذ المعيب لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني ، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، العراق ، ٢٠٢٠

## خامساً : القوانين والأنظمة

١. القانون المدني المصري ذي الرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

٢. القانون المدني العراقي ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٣. القانون المدني الأردني ذي الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦