مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي

خوله كاظم محمد المعموري

جامعة بابل /كلية تكنولوجيا المعلومات

Khawl kadhum @yahoo .com

الخلاصة

ان الالتزام الرئيس. الذي ينجم عن عقد المقاولة والواقع على عاتق المقاول هو انجاز العمل الذي تعهد القيام به، فالمقاول ملزم بان ينجز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وكذلك طبقاً للشروط التي تستلزمها أصول الصنعة وتقاليدها، وقد يقوم المقاول بالتعاقد من الباطن لغرض اتمام العمل مع عدة مقاولين من الباطن اذا كانت طبيعة العمل موضوع المقاولة تسمح بذلك واذا كان موضوع العمل يتطلب تنفيذ العمل الاستعانة بمقاول اخر والعمل يعدّ منجزاً من قبل المقاول رغم استعانة في انجاز العمل بمقاول اخر ، فكل من هؤلاء يعدّ مقاولا في حدود الاعمال التي يقوم بها ، ويكون ملتزما بالضمان الخاص في هذه الحدود فلا يكفي القول بوجود مقاولة من الباطن ان يبرم المقاول الاصلي عقد مقاولة فرعي . له بل لا بد وان يرتبط العقد الفرعي بالعقد الاصلي وذلك بان يشترك المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الاصلي كليا او جزئيا .

فالعقد الاصلي والعقد اللاحق يفترضان ذاتية المحل ووحدته وان المقاول من الباطن او الفرعي يجب ان يقوم بعمل في الموقع يتدخل بمقتضاه في تنفيذ العقد الاصلي الامر الذي يجسد وحدة العمل اذ ان المقاولة من الباطن لا تعدو ان تكون فرعا من العقد الاصلي ، اما بالنسبة الى مدى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد ان يتسلم المقاول الاصلي العمل تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب فاذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك فلا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً في المدة التي يقضي بها العقد او العرف .وعلى ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسئولا مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسؤولاً نحو المقاول الاصلي.

الكلمات المفتاحية :عقد المقاولة، المقاول، المقاول الاصلي، المقاول الفرعي.

Abstract

The principal obligation which is caused by contract and actually the responsibility of the contractor contract is to get the job done, who has vowed to do, Valmquaol binding to complete the work in accordance with the conditions and specifications agreed upon, as well as in accordance with the conditions Tstjobha workmanship origins and traditions, have the contractor subcontract for the purpose of completing the work with promised subcontractors if the nature of the work contract subject permit and if the subject of the work requires the implementation of the use of a contractor last and work is done by the contractor despite the use of the completion of the work to another contractor, each of these is a contractor in the work of the borders, and be committed Special security in this border is not enough to say the existence of a sub-contractor to conclude a contract Contractor original contractor fled Aa him but must sub-contract and that the contract is linked to the original so that the sub-contractor involved in the implementation of the original contract in whole or in part.

The contract original and subsequent contract Resume shop assume, unity, and that the sub-contractor or sub should be doing on-site intervenes whereby in the implementation of the original contract, which embodies the unity of action as the subcontracting is only a branch of the original contract, as to the extent of ensuring sub-contractor for construction defects, the commitment of the contractor ends

subcontractors security once he receives the Contractor original work enables him to study it and figuring out what its defects if hidden defects emerged then be sub-contractor liable only during the period that requires the contract or custom .ually it does not be a sub-contractor directly responsible to the employer, but remains responsible towards the original contractor.
Key words: contract contract, the contractor, the contractor original, the sub-contractor.

المقدمة

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

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

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

اسباب واهمية اختيار البحث

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

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

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

٤-يعدّ موضوع مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي جراء اخلال المقاول او المقاول من الباطن بالتزاماته بإنجاز العمل من المواضيع المهمة وذلك نظرا لكثرة التزايد العمراني وعدم تنفيذ اعمال المقاولة بمستوى

الشروط والمواصفات التي يستلزمها الاتفاق او تقتضيها اصول الصنعة مما يؤدي الى نهوض مسؤولية كل من المهندس والمقاول الاصلي والمقاول من الباطن .

منهجية البحث .

ولما كان بحثنا يقتصر على مسؤولية المقاول والمقاول من الباطن او المقاول الفرعي فأننا سوف نتناول موضوع مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي في ثلاثة مباحث نتناول المبحث الاول التعريف بمسؤولية المقاول والمقاول الفرعي ونقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتطرق في المطلب الاول الى طبيعة المسؤولية ونخصص الثاني الى محل المسؤولية ، اما المبحث الثاني فسوف نخصصه الى الاعمال التي تترتب عليها مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي ونقسمه الى مطلبين الاول الحوادث الداعية للمسؤولية والثاني مسؤولية المقاول ورب العمل عن اخطائهما . اما المبحث الثالث نوضح فيه سقوط المسؤولية سوف يقسم الى مطلبين الاول القوة القاهرة والثاني الحادث الفجائي . ثم نختم موضوع البحث بخاتمة ضمنها اهم النتائج والمقترحات التي تتعلق موضوع البحث .

المبحث الاول /التعريف بمسؤولية المقاول والمقاول الفرعي

المقاول ، فيقصد به الشخص الذي يعهد اليه في اقامة المباني او المنشآت الثابتة الاخرى ، ويستوي ان تكون المواد التي اقام بها هذه المباني او المنشآت قد احضرها من عنده او قدمها رب العمل ففي الحالتين يلتزم بالضمان الخاص بوصفه مقاولا كذلك ليس من الضروري ان يكون مقاولاً واحداً هو الذي اقام المنشآت بل يجوز ان يعهد رب العمل الى عدة مقاولين بالعمل فيعهد الى مقاول بوضع الاساس واعمال البناء الاخرى من ارضيات واسقف وحيطان وغيرها ، والى مقاول ثان. بأعمال النجارة ،والى ثالث بأعمال الحدادة ، والى رابع بأعمال الصحية والى خامس بأعمال البياض وهكذا. ([1])

فكل من هؤلاء يعدّ مقاولا في حدود الاعمال التي يقوم بها ، ويكون ملتزما بالضمان الخاص في هذه الحدود، فالمقاول يعد صانعا وهو يؤدي عملا تجاريا وقد يورد المواد المستخدمة في البناء ، وقد يقدم الايدي العامة اللازمة لتنفيذ عملية البناء ، وهو يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة .([2])

فان مهمة المقاول الرئيسة تتمثل في اقامة المنشآت وفقا للنماذج والرسومات والتصميمات الموضوعة من قبل بما يتضمنة ذلك من ادارة تنفيذ الاعمال وحراسة المواد والادوات .([3])

عقد المقاولة من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد اليه بتنفيذ عمل مع مقاول اخر من اجل تنفيذ هذا العمل كله او جزء منه ، فالمقاول لا تكون له صفة المقاول الا مع رب العمل ، اما بالنسبة الى من تعامل معه المقاول من الباطن فتكون له صفة رب العمل ويلجا الى مقاولين من الباطن عادة

---

[1] –د. محمد ناجي ياقوت ،مسؤولية المعماريين ،الاسكندرية ،منشأة المعارف ،١٩٩٠ ،ص٢٥ .قضت محكمة التمييز (يجوز للمقاول الاصلي ان يتنازل عن العمل في جملة او جزء منه الى مقاول ثاني الا اذا اشترط العقد المبرم مع رب العمل خلاف ذلك ، واذا تم التنازل اصوليا يبقى المقاول الاصلي مسؤولا تجاه رب العمل عن اعمال المقاول الثاني) انظر القرار المرقم ٧٤٠/م/١٩٧٢/٧/٢٢في ٧٢/١/نقلا عن القاضي ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، بغداد منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٨ ، ص٦٤٤ .

[2] محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦،ص٤٥ . وانظر د. مصطفى العوجي ، القانون المدني، المسؤولية المدنية ، ج٢ ،بيروت ، لبنان ،٢٠٠٧ ،ص٤٦٢ .

[3] –(بالرغم من ان المقاول يستقل من الناحية القانونية عن المهندس المعماري حيث يرتبط كل منهما برب العمل بعلاقة عقدية منفصله الا ان مسئولية كل منهما لا تقدر بمعزل عن الاخر وذلك بالنظر الى ارتباطهما على المستوى العملي) انظر د. محمد شكري سرور ، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ،ص١١٣ .

في العمليات الجسيمة التي تتناول اعمالا مختلفة فالمقاول الذي يقبل المقاولة يتفق مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الاجزاء المتعددة المتعلقة بحرف مختلفة ويحتفظ لنفسة بالأشراف عليهم وتوزيع العمل على كل منهم حيث نصت المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي "للمقاول ان يعهد بالعمل او في جزء منه الى مقاول اخر ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمقاول فهذا يتطلب ان يقوم المقاول بالعمل شخصيا " ،فلا يكفي القول بوجود مقاولة من الباطن ان يبرم المقاول الاصلي عقد مقاولة فرعي له بل لا بد وان يرتبط العقد الفرعي بالعقد الاصلي وذلك بان يشترك المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الاصلي كليا او جزئيا .([4])

فالعقد الاصلي والعقد اللاحق يفترضان ذاتية المحل ووحدته وان المقاول من الباطن او الفرعي([5])يجب ان يقوم بعمل في الموقع يتدخل بمقتضاه في تنفيذ العقد الاصلي الامر الذي يجسد وحدة العمل اذ ان المقاولة من الباطن لا تعدو ان تكون فرعا من العقد الاصلي .([6])

اما بالنسبة الى مدى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد ان يتسلم المقاول الاصلي العمل تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب فاذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك فلا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً الا في المدة التي يقتضي بها العقد او العرف.وعلى ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسؤولاً نحو المقاول الاصلي ، وبالتالي يكون المقاول الاصلي هو المسؤول الاصلي على المقاول من الباطن وبالطبع اذا اخل المقاول من الباطن بالتزاماته بشأن تسليم العمل مثلا بعد انجازه ، كان المسؤول عن ذلك نحو رب العمل هو المقاول الاصلي لا المقاول من الباطن فيرجع رب العمل على المقاول الاصلي حيث يرجع المقاول الاصلي على المقاول من الباطن .([7])

وعلى ذلك اذا ظهر ثمه عيب في المباني او المنشآت الثابتة كان المقاول الاصلي والمقاول من الباطن ضامنا لهذا العيب في عشر سنوات ، وذلك عملا بحكم الفقرة (٢) من المادة (٨٨٢) فأنها قضت يبقى في حالة ايكال المقاول العمل الى مقاول اخر فان التزام المقاول المتعاقد لا ينتهي ويبقى قائما ويعتبر مسؤولا تجاه رب العمل عن اعمال المقاول الثانوي وعن الاضرار التي تلحق به جراء تنفيذ العمل محل المقاولة .([8])ويرجع المقاول الاصلي على هؤلاء المقاولين من الباطن وهذه المراجعة يمكن ان تفسح الفرصة فيما بينهم لقسمة المسؤوليات في حالة الاخطاء المتبادلة .([9]) سوف يتم التطرق الى هذه المسؤولية في مطلبين نتناول في المطلب الاول طبيعة المسؤولية والمطلب الثاني محل المسؤولية .

---

[4] – المحامي فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ، بغداد ، مطبعة بابل، ١٩٨٤، ص١٢ .

[5] – المقاول الفرعي : يعني شخص يسمّى في العقد كمقاول فرعي ، أو أي شخص يتم تعيينه كمقاول فرعي لتنفيذ جزء ما من الأشغال ، والخلفاء القانونيين لأي من هؤلاء .

[6] –أحمد عبد العال ابو قرين ،الاحكام العامة لعقد المقاولة ،ط١،جامعة عين شمس ،كلية الحقوق ، ٢٠٠٣،ص٣٣.

[7] –د. رافت محمد احمد حمادة ، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني ، بلا مكان طبع ، القاهرة ، ١٩٩٥ ،ص٢٦ .

[8] –د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، الاسكندرية ،منشأة المعارف ، ١٩٩٤ ،ص٢٤٤ .

[9] – د. منصور القاضي ،القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ،الطبعة الاولى ، البنان ،الجامعة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٤ ،ص٤٥٨ .

المطلب الاول:-طبيعة المسؤولية .

وفقا للمادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي المسؤول هو المهندس المعماري الذي ارتبط مع رب العمل بعقد المقاولة موضوعة وضع تصميم بناء والاشراف على تنفيذه ، والمقاول المرتبط بعقد مقاولة موضوعة هو القيام بعملية البناء وفقا للتصميم المعمول .

فاطراف المسؤولية اذاً مرتبطان عقديا وان هذه المسؤولية لا تتحقق الا اذا حصل تهدم او عيب في البناء محل التعاقد اي اذا حصل اخلال بالالتزام بسلامة البناء وهذا الالتزام ينشا عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة ورب العمل من جهة اخرى ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية لا نها ناشئة عن الاخلال بالتزام عقدي ([10])وذلك سواء نص على هذا الالتزام صراحة في العقد او لم ينص لان هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون ويترتب على اهمية مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية في انهما يلتزمان بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه اذا تحققت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحقة من جراء التهدم في البناء او وجود عيب فيه ويشمل التعويض وفقا للقواعد العامة ما لحقه من خساره وما فاته من كسب وعلى هذا فيشمل التعويض النفقات اللازمة لإعادة البناء اذا كان قد تهدم كله او لإعادة بناء الجزء المتهدم او اصلاح العيب كان لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك ايضا ولكن التعويض يجب ان يقتصر على الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فلا يشمل الضرر غير المتوقع الا اذا اثبت غش او خطاء جسيم في جانب المسؤول وللمحكمة بدلا من الحكم بتعويض نقدي ان تحكم بالتنفيذ العيني واعادة الحال الى ما كانت عليه والخيار بين الحكم بتعويض نقدي وبين الامر بإعادة الحال الى ما كانت عليه متروك للمحكمة فلا يستطيع رب العمل او المقاول الزام باختيار احدهما فاذا اخل المقاول بالتزامه بانجاز العمل فيكون من حق رب العمل وتطبيقاً للقواعد العامة ان يطلب التنفيذ العيني وهذا هو الاصل فاذا رفع المتضرر دعوى مطالباً بالتعويض وعرض عليه المقاول التنفيذ العيني وجب عليه قبول ما عرضه المقاول ولا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا عملت بهذا الفرض حتى اذا اصر رب العمل على طلب التعويض دون التنفيذ العيني ([11])

المطلب الثاني : محل المسؤولية .

يبقى المقاول الأصلي ملتزماً نحو رب العمل، والتزاماته تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي، لا عن عقد المقاولة من الباطن، فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلي وتسليم المحل بعد إنجازه لرب العمل، ويدخل في ذلك العمل الذي انجزه المقاول من الباطن، ويلتزم بضمان العمل. ولا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً نحو رب العمل، بل نحو المقاول الأصلي. حيث لا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن وهكذا تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة حيث لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بل يطالب بها المقاول الاصلي ، وايضا في المقابل لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وانما يطالب بها المقاول الاصلي واخيرا لا يجوز لرب **العمل ان يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان ، وان كان يستطيع بالدعوى غير المباشرة وان يستعمل حق مدينة المقاول الاصلي في الضمان قبل مدينة المقاول من الباطن .**([12])

---

[10] –نقض ٢٠٠٠/٧/١ الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق مشار الية في العقود الواردة على العمل ، عقد المقاولة ،ابراهيم سعيد احمد ، الاسكندرية ، منشاة المعارف ،٢٠٠٣ ،ص٧٥ .

[11] –أنظر الماد\ة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة(٢٠٣) مدني مصري .

[12] –د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ،مصدر سابق ،ص٢٤٤ .

ولما كانت مسؤولية عقدية، فيمكن الاتفاق على التشديد من احكام فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه في إنجاز العمل، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة، كان المقاول الأصلي مسؤولاً عن ذلك نحو رب العمل، فيرجع رب العمل على المقاول الأصلي، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن. ([١٣])

ومسؤولية المقاول الأصلي عن اخطاء المقاول من الباطن فهو ايضا مرتبطا بتنفيذ التزاماته التعاقدية لكونه يقوم بالعمل المعقود علية نيابة عنه وتحت اشرافه وادارته ولن يستطيع المقاول ان ينفي مسؤوليته عن خطأ تابعيه ، وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصلي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن يعتبر بالنسبة إلى رب العمل إعمالاً وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي فيكون هذا مسؤولاً عنها([١٤])والمقاول الاصلي في علاقته مع المقاول الثاني يفقد صفة المقاولة ، وتكون علاقة صاحب عمل بمقاول ، فيحتفظ لنفسة بالأشراف وتنسيق الاعمال بين المقاولين من الباطن فهي علاقة عقدية ينظمها عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما ، ويعمل المقاول من الباطن تحت اشرافه وادارته ، ويرتب العقد الثاني على كل منهما التزامات تجاه الاخر . والاصل ان لا تقوم علاقة مباشره بين صاحب العمل والمقاول من الباطن ، اذ لا يربطهما اي عقد ولا يطالب كل منهما الاخر بتنفيذ التزاماته الا من المقاول الاصلي .وهناك استثناء لهذه القاعدة العامة نصت عليها بعض القوانين العربية كالقانون المدني المصري في المادة (٦٦٢) (يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يتجاوز العقد الذي يكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل)حيث جاءت المادة (٨٨٣) من القانون المدني العراقي مطابق لذات المضمون .

المسؤولية التعاقدية او التخفيف منها او الاعفاء منها . ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن، ولا يكون مسؤولاً عن هذا المقاول. كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلي مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة. كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلي أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل، فيكون هذا اشتراطاً من المقاول الأصلي لمصلحة رب العمل. ويستطيع رب العمل في هذه الحالة ان يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ في الوقت نفسه بحق الرجوع على المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة.([١٥])

وإذا وجد مقاولان: أول وثانٍ (المقاولة من الباطن) كانا مسؤولين بالتضامن في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي وتصدع جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. حيث يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به اليه من المقاول الاصلي بالشروط والمواصفات والطريقة المتفق علي في عقد المقاولة من الباطن فاذا لم تكن هناك ثمة شروط متفق عليها وجب اعمال العرف بشأن اصول الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن ، واذا احتاج المقاول من الباطن في انجاز العمل الى أدوات ومهمات لم يتعهد

---

[13] –د. احمد عبد العال ابو قرين ، الاحكام العامة لعقد المقاولة ،مصدر سابق ،ص٢٢٥ .

[14] –د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المصدر السابق ،ص٢٤٥ . انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مسؤولية المقاول الثانوي ، بغداد ، مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر ، ١٩٩٠، ص١٨.

[15] –د. نبيلة اسماعيل رسلان ، عقد المقاولة ، طنطا ، مكتبة المنار ، ١٩٩٧ ،ص٢١ .

المقاول الاصلي بتقديمها له ، وجب على المقاول من الباطن ان يأتي بها على نفقته سواء أكان من ورد المادة هو المقاول من الباطن او المقاول الاصلي او رب العمل واذا احتاج المقاول من الباطن الى ايد عاملة لإنجاز العمل استحق عليه اجور هؤلاء العمال والمعاونين مالم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغير ذلك ([١٦])، واذا قدم المقاول من الباطن المادة التي يستخدمها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الاصلي و يلتزم في اختيار النوعية بالشروط والموصفات المتفق عليها و يلتزم بضمان العيوب الخفية التي قد توجد في المادة . و يلتزم المقاول من الباطن في انجاز العمل في المدة المتفق عليها او في المدة المعقولة واذا اخل المقاول من الباطن بالتزامه في انجاز العمل على الوجه الصحيح جاز للمقاول الاصلي ان يطلب التنفيذ العيني او يطلب فسخ المقاولة من الباطن وله ان يطلب التعويض في الحالتين اذا كان له مقتضى ، اما اذا اثبت المقاول الاصل ان المقاول من الباطن يقوم بالعمل على وجه معيب او مناف للعقد جاز للمقاول الاصلي ان ينذره بأن يعدل بطريقه التنفيذ ، كذلك اذا تأخر المقاول من الباطن في البدء في العمل او في ان ينجزه جاز للمقاول الاصلي طلب البدء بالعمل وتسليمه ، اما اذا هلك الشيء بيد المقاول من الباطن قبل تسليمة للمقاول الاصلي بسبب حادث مفاجئ تحمل المقاول من الباطن تبعة الهلاك ، ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد ان يتسلم المقاول الاصلي العمل .

المبحث الثاني/ الاعمال التي تترتب عليها مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي .

الالتزام الرئيس الذي يترتب في ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمل ، وهذا الالتزام ينطوي على واجبات يتعين على المقاول ان يقوم بها فاذا اخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذي يرتبه القانون على هذا الاخلال .([١٧])

وحتى يقوم المقاول بتنفيذ التزامه من انجاز العمل يجب علية ان ينجزه بالطريقة الواجبة ، وان يبذل في انجازه العناية اللازمة لان الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة اما ان يكون التزاما بتحقيق غاية او ان يكون التزاما ببذل عناية ، فان كان التزاما بتحقيق غاية فلا يبرء المقاول من التزامه الا اذا تحققت الغاية وانجز العمل المطلوب .ولا يكفي ان يبذل في القيام به عناية الشخص المعتاد او اكبر عناية ممكنة فما دام العمل لم يتم انجازه فان المقاول يكون مسؤولا ، ولا تنفى مسئوليته الا اذا اثبت السبب الاجنبي ، وانتفاء مسؤولية في هذه الحالة انما يأتي من نفي علاقة السببية لا من نفي الخطاء .([١٨]) اما اذا انجز العمل طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها او طبقاً لأصول العمل فقد تم تنفيذ التزامه ، واذا قدم المادة من عنده فان المقاول مسؤول عن جودة المادة وعلية ضمانها لرب العمل وبذلك يكون المقاول في هذه الحالة بائعا للمادة فيضمن ما فيها من عيوب ،([١٩])او قدمها له رب العمل ولما كانت مسؤولية المقاول في هذا الخصوص مسؤولية عقدية فان تلف الشيء يقع عبء الأثبات على رب العمل فعلية ان يثبت ان المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد وان الاهمال هو الذي ترتب علية تلف الشيء وللمقاول ان يثبت انه بذل عناية الشخص المعتاد وان التلف حصل بسبب اجنبي لا يد له فيه وبذلك تنتفي مسؤوليته ، فيكون مسؤول عن خطئة وعن خطا تابعية وعلية ان ينجز العمل في المدة المتفق عليها او المدة المعقولة وطبقا للشروط الواردة في هذا العقد ، واذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وبخاصة اصول الصنعة والفن تبعا

---

[16] –د. مصطفى عبد السيد الجارجي ، عقد المقاولة من الباطن ، الطبعة الاولى ، القاهرة ،دار النهضة العربية ،١٩٨٨، ص١٥١ .

[17] –د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء السابع، المقاولة ،القاهرة ، دار النهضة العربية ،سنة ،ص٦٥ .

[18] –د. جعفر محمد جواد الفضلي ، بحث عقد المقاولة من الباطن ، مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، العدد السادس ، ١٩٩٩، ص٥٠ .

[19] –انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٦٥/م١/٧٨/في ٩٧/١١/٦ ،مجموعة الاحكام العدلية ، العدد، الرابع ، السنة العاشرة ، ص٩٢ .

للعمل الذي يقوم به المقاول اي يجب على المقاول ان يلتزم في انجاز العمل المعهود به اليه الالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها او في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخير ان يثبت انه بذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك بل يجب عليه حتى تنتفي مسؤولية ان يثبت السبب الاجنبي كذلك تنتفي مسؤولية المقاول عن التأخير في انجاز العمل اذا كان هذا التأخير راجعا لخطا رب العمل فاذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها وكان هذا التأخير سببا في تأخير المقاول في انجاز العمل لم يكن المقاول مسؤولا كذلك اذا تأخر رب العمل عن دفع اقساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها حتى يتمكن هذا من انجاز العمل فيترتب على هذا التأخير تأخير المقاول في انجاز العمل في ميعاده لم يكن هذا المقاول مسؤولاً عن التأخير

اما اذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها او الشروط التي تطلبها اصول العمل واثبت رب العمل ذلك كان المقاول مخلا بالتزامه ووجب علية الجزاء وذلك دون حاجة لان يثبت رب العمل الخطأ من جانب المقاول فان مخالفة هذه الشروط هي ذاتها الاخطاء . ولا يستطيع المقاول ان يتخلص من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي اي بأثبات ان مخالفة الشروط ترجع الى قوه قاهرة او حادث فجائي او أخطاء رب العمل نفسة او فعل الغير .كذلك كثيرا ما يحتاج المقاول في انجاز العمل طبقا لشروطه الى أيد عاملة ، وقد يحتاج ايضا الى أشخاص يساعدونه ويعملون تحت اشرافه فيكونون تابعين له، بل قد ينجز العمل كله هؤلاء الاشخاص ومعهم العمال وتقتصر مهمة المقاول على الاشراف والتوجيه مالم يكن العمل يتطلب مهارة المقاول الشخصية ، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تقصيرية بل مسؤولية عقدية ويكون المقاول مسؤول ايضا قبل رب العمل عن المقاول من الباطن وقد نصت المادة (٨٨٢ الفقرة الثانية)من القانون المدني العراقي على ذلك صراحة (ولكنة (اي المقاول) يبقى في هذه الحالة مسؤولا نحو رب العمل عن المقاول الثاني) ([٢٠]) ويمكن ايجاز ما يلتزم به المقاول بالتالي .

١- المسؤولية عن جودة مادة العمل: إذا تعهد المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها، وهي المواد الأولية، كان مسؤولاً عن جودتها على وفق شروط العقد أو العرف الجاري.

٢- الحفاظ على مصلحة صاحب العمل: إذا قدّم صاحب العمل مادة العمل، وجب على المقاول الحرص عليها ومراعاة الأصول الفنية في صنعها، وردّ ما بقي منها لصاحبها، لأنه أمين على مصلحة صاحب العمل، فإن أهمل أو قصر في ذلك، فتلفت أو تعيبت أو فقدت، فعليه ضمانها.

٣- تقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات: على المقاول أن يأتي عملاً بمقتضى العقد بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته، ما لم يقض الاتفاق العرف بغير ذلك.

٤- إنجاز العمل بحسب شروط العقد: يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشرط منها، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل.

وأما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل في أجل معقول، فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.([٢١])

---

[20] – انظر القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

[21] –د. احمد سعيد الموضي ، مسؤولية المقاول في عقد المقاولة ، الطبعة الاولى ، الاردن ، ١٩٨٧ ، ص٨٨ .

٥- ضمان الضرر أو الخسارة: يضمن المقاول ما تولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعدية أو بتقصيره أم لا، لأنه (كالأجير المشترك) ضامن لما يسلّم إليه من أموال الناس.([٢٢])
ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز عنه، عملاً بالقاعدة الشرعية: ((كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه)).

فإن كان محل عقد المقاولة إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها، أو رضي صاحب العمل بالعيب. وقد تناولنا ذلك في مطلبين الاول الحوادث الداعية للمسؤولية اما المطلب الثاني مسؤولية المقاول ورب العمل عن أخطائهما .

المطلب الاول:-الحوادث الداعية للمسؤولية .

ان المشرع العراقي قد احاط المنشآت الثابتة بأهمية كبيرة حيث رتب على عاتق من يتولى تشيدها من مهندس معماري ومقاول مسؤولية خاصة بان جعلهما ضامنان لما يحدث خلال عشرة سنوات من تهديم كلي او جزئي فيما شيدوه من مباني او اقاموه من منشئات ثابتة او ما يوجد في هذه المدة من عيوب تهدد سلامة المبنى ومتانته حيث نجد ان اساس الضمان يقوم على المسؤولية المفترضة بقوة القانون وان هذه المسؤولية تتمثل في قرينة ذات ثلاثة اوجه هي . ([٢٣])

الاول: ان التهدم او التعيب راجع الى عيب في الصنعة، الثاني ان عيب الصنعة راجع الى خطأ المهندس والمقاول، الثالث ان العيب راجع الى كل من مهندس او مقاول شارك في العمل، والوجه الاول والثاني يمثلان قرينة المسؤولية المفترضة التي لا تقبل اثبات العكس ولأيمكن دفعها الا بأثبات السبب الاجنبي، اما الوجه

الثالث والذي يمثل قرينة المساهمة فيقبل اثبات العكس، أي ان القرينة تسقط اذا ما اثبت المقاول المدعى عليه عدم تعلق نشاطه بالأعمال التي ظهر فيها العيب وذلك لان التزام المقاول والمهندس المعماري الوارد في المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري والمادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي هو التزام بنتيجة وهي بقاء البناء الذي يشيدانه سليمًا ومتينًا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وان الاخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لاثبات خطأ ما .([٢٤])

المطلب الثاني: المسؤولية المقاول ورب العمل عن اخطائهما .

الهلاك بخطأ المقاول إذا وقع الهلاك بخطأ المقاول، أو ما يعدل الخطأ، بأن يعذر رب العمل المقاول بأن يسلم الشيء فلا يسلمه، تجعل الهلاك على المقاول، لأن خطأ المقاول هو الذي سبب الهلاك، ويدفع

---

[22] -صالح عباس صالح ، مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد انجاز العمل وتسليمة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ١٩٨٩ ،ص٧٠ .

[23] -انظر المادة (٦٥١) مدني مصري ، تقابل المادة (٨٧٠) مدني عراقي ، المادة (١٧٩٢)مدني فرنسي ،انظر القرار ٢١٨مدني اولى ، في ١٩٩٢/٣/٢٥ منشور ، في المختار من قضاء محكمة التميز ، اعداد ابراهيم المشاهدي ،ج٦، بغداد ،ص٢١٧ .

[24] – **د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧، مصدر سابق ، ص١٢٦ .**

تعويضاً لرب العمل عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الخطأ.([٢٥]) يلتزم المقاول بإتمام العمل الموكول إليه في المدة المتفق عليها بالعقد، حتى لو أثبت المقاول أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لإنجاز العمل إذ أنه مخطئا لقبول الالتزام بإنجاز العمل في هذه المدة غير الكافية .

فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة للانتهاء من العمل، وجب أن يتم العمل في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه .

وهذه المدة يراعى فيها طبيعة العمل ومدى ما يقتضيه من دقة، وإمكانيات المقاول المعروفة لرب العمل، وما جرى عليه عرف الحرفة ، والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية وليس التزاما يبذل عناية، فلا يكفي لأعفاء المقاول من المسؤولية عن القيام بالعمل أو عن التأخر في القيام به أن يثبت انه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك .([٢٦])

ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبي عنه، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ رب العمل كما لو تأخر رب العمل في تسليم المقاول المواد الواجب استخدامها في العمل، أو كان قد أدخل تعديلات على المواصفات المنصوص عليها أو لم يقم بدفع الأقساط المتفق على دفعها في مواعيدها.([٢٧])

ولا يستحق رب العمل تعويضا عن التأخير في تنفيذ العمل، إلا إذا أثبت حصول ضرر له من جرائه طبقا للقواعد العامة ، ويعفى رب العمل من عبء إثبات الضرر . إذ كان متفقا في العقد على وجوب دفع تعويض محدد في حالة التأخير ولكن يحق للمقاول في هذه الحالة أن يثبت أنه رغم تأخره في إنجاز العمل فإنه لم يلحق لرب العمل ضرر نتيجة هذا التأخير، أو أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وعندئذ فلا يستحق رب العمل تعويضا أو يكون من الواجب تخفيض التعويض المتفق عليه .([٢٨])

وأسباب التأخر في التنفيذ كثيرة منها ما يرجع إلى تقصيره الشخصي كاضطرار إلى إعادة النظر في التصاميم المعمارية وتعديلها حتى يكون أقرب إلى إمكانيتها الفنية التي تتوفر عليها ، وفي هذه الحالة قد يشترك معه المهندس المعماري في تحمل جزء من المسؤولية ، إذا كانت مراجعة التصاميم نابعة عن إدارتهما المشتركة . ([٢٩])

وقد يرجع السبب في هذا التأخر إلى المقاول من الباطن الذي أوكل له المقاول الأصلي تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.

---

[25] – المادة(٨٨٧)مدني عراقي تطابق ، الفقرة الثانية من المادة (٦٦٥) مدني مصري (٦٣٤)مدني سوري.

[26] **- Maseru (H,L, et Jean): Trait' theories la responsibility' delictuelle et contractually. . p80,** T.2e ed. 1970-

[27] –د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، الجزء الرابع ، القاهرة ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٣ ،ص٥٠٢ .

[28] –د. ابراهيم سيد احمد ، المسؤولية ، التعويض في المسؤوليتين التقصيرية والعقدية ، مصر دار الكتب القانونية، ٢٠٠٠ ، ص ٧٥٩ .

[29] –انظر المادة (٨٧٠)(١– يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او اقاموه من منشئات ثابتة اخرى ، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا من عيب في الارض ذاتها كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ،مالم يكن المتعاقدين قد ارادا ان تبقى هذه المنشئات مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمة ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان)

وعلى ذلك، فإن المقاول الأصلي ، وبالتالي المقاول من الباطن يلتزمان بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو إنجازه في المدة المعقولة، فإذا ما أخل المقاول من الباطن بذلك جاز للمقاول الأصلي أن يطلب التنفيذ العيني ، ويستطيع طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن ، وله أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء التأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد ،

وفي بعض الحالات قد ينجم التأخير عن اضطرار المقاول إلى إنجاز الأعمال الإضافية لتكملة المشرع، فإذا قام المقاول بإنجاز هذه الأعمال بطلب من رب العمل فإن هذا التأخير يكون مبررا من الناحية القانونية أما إذا تولى تنفيذ هذه الأشغال من تلقاء نفسه فإن المنطق والعدل يفرضان عليه تعويض رب العمل ، عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا التأخير .([٣٠])

أما إذا كان الهلاك بخطأ رب العمل، أو ما يعدل الخطأ، بأن يكون رب العمل قد أعذر لتسليم الشيء فلم يفعل، أو كان سبب الهلاك عيباً في المادة التي وردها للمقاول. وذلك ما لم يكن المقاول قد علم أنه ينبغي أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصنعة تجعل الهلاك على رب العمل، لأن خطأ هو الذي سبب الهلاك. ([٣١]) يبقى المقاول الأصلي ملتزماً نحو رب العمل، والتزاماته تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي، لا عن عقد المقاولة من الباطن، فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلي وتسليم المحل بعد إنجازه لرب العمل، ويدخل في ذلك العمل الذي انجزه المقاول من الباطن، ويلتزم بضمان العمل. ولا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً نحو رب العمل، بل نحو المقاول الأصلي.([٣٢])

فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه في إنجاز العمل، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة، وكان المقاول الأصلي مسؤولاً عن ذلك نحو رب العمل، فيرجع رب العمل على المقاول الأصلي، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن.

ومسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية المتبوع عن التابع. فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعدّ تابعاً له، وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصلي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعدّ بالنسبة إلى رب العمل إعمالاً وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي فيكون هذا مسؤولاً عنها.([٣٣])

ولما كانت مسؤولية عقدية، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن، ولا يكون مسؤولاً عن هذا المقاول.([٣٤]) كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلي مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة. كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلي أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل، فيكون هذا اشتراطاً من المقاول الأصلي لمصلحة رب العمل. ويستطيع رب العمل في هذه الحالة ان يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن، طبقاً لقواعد

---

[30] – د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، بغداد مطبعة اوفسيت الوسام ، ١٩٧٩ ، ص١٧ . ، وانظر. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦ ،ص١٠٥ .

[31] –الفقرة(٤من المادة٨٨٧)مدني عراقي تطابق ، الفقرة (الثالثة من المادة ٦٦٥)مدني مصري (٦٣١) مدني سوري.

32-jerom (j) responsibilities dens les relations du sous .tartan etude I, entrée premium principle –no 57 .2004

[33] –د. محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية ، الاسكندرية ،، دار الجامعة الجديد للنشر ٢٠٠٣ ، ص ٨٥ .

[34] –د. محمد محفوظ ، النظرية العامة للالتزام ، المسؤولية المدنية ، تونس ، ٢٠١٢، ص١٧٠ .

الاشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ في الوقت نفسه بحق الرجوع على المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة.([٣٥]).

المبحث الثالث /سقوط المسؤولية

لكي تشكل الظروف الطارئة قوة قاهرة يجب ان تستجمع خاصيتين جوهريتين هما ان يكون الظرف الطارئ ناشئا عن حادث استثنائي وغير متوقع وان لا يكون في المقدور دفع الظرف المستجد ولا يكون عاديا اي لا يقع الا في القليل النادر ويخرج عن مألوف الناس ومن البديهي انه لا يمكن حصر حالات القوة القاهرة التي تتوافر فيها هاتان الخاصتان ، وتؤدي بالتالي الى انتفاء مسئولية المقاول عن الضمان([٣٦]) ، لان فكرة التوقع والدفع التي تشكل جوهر القوة القاهرة هي فكرة نسبية دائمة التطور مع تقدم اساليب فن البناء واصول هندسة المعمار لذلك نجد القضاء يكتفي عند تقدير مدى تحقق هذا الشرط بالبحث عما اذا كان هناك حادث غير متوقع حدوث وغير ممكن دفعة وفقا للمعتاد بالنظر الى ظروف المكان والزمان التي اقيم فيها البناء وهكذا يجري القضاء على المحاكم بانتفاء المسؤولية بالقوة القاهرة في حدوث بعض الظواهر الطبيعية اذا تبين من ظروف الحال ان الحادثة المدعى بها بلغت من الشدة والعنف درجة استثنائية جعلت مقاومتها وتلافي نتائجها الضارة بمتانة البناء امرا مستحيلا . ([٣٧])

ان ثبوت القوة القاهرة ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر فتسقط بالتالي قرينة المسؤولية لكن ذلك السقوط يفترض ان القوة القاهرة هي في خلال مطلبين نتناول في المطلب الاول القوة القاهرة وفي المطلب الثاني الحادث الفجائي . والتوضيح ذلك قسمّ هذا المبحث على مطلبين في المطلب الاول :القوة القاهرة اما المطلب الثاني فهو الحادث الفجائي .

المطلب الاول/ القوة القاهرة

فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي، ينقضي الالتزام باستحالة التنفيذ، وينقضي التزام رب العمل بالمقابل له، وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه، تطبيقاً لنص المادة (٨٨٦)من القانون المدني العراقي.([٣٨])ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه، استحق المقاول تعويضاً، لا بموجب عقد المقاولة فقد انتهت، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب. وهذا التعويض يكون بأقل القيمتين، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته، وقيمة ما استفاد به رب العمل.([٣٩])

وتطبيق القواعد العامة يؤدي، في حالة استحالة التنفيذ لسبب قهري، إلى الأحكام المشار إليها. أما في حالة الاستحالة بخطأ المقاول، فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى، أو طلب التنفيذ عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العيني. وفي حالة الاستحالة بخطأ رب العمل، يجوز القول بأن رب العمل يكون في حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة. المفروض في تحمل التبعة، أن الشيء لم يسلم إلى رب العمل، ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه، وهلك الشيء قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث

---

35 –د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٢٠٧ .

36 –نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على انه (اذا أثبت الشخص ان الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كأفه سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة فعل الغير او خطاء المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)

37 –د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ،ص١٩٣ . وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق اذ قضت (على المتعاقد الذي يشكو الارهاق في تنفيذ التزامه بسبب الظروف الطارئة ان يستمر في تنفيذ التزامه لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الارهاق)، انظر قرار محكمة تمييز العراق ١٣٢٩/حقوقية /٦٧/هيئة عامة في ١٩٦٨/١٠/٢٧، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، ص٣٠٧ .

38 –تطابق المادة(١٩٥) من القانون المدني المصري

39 –الخامي محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاولة ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، ١٩٧٧ ، ص١٩٢ .

مفاجيء أثبته المقاول. ذلك أن عبء إثبات القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، يقع على عاتق المقاول، إذ هو لا يتخلص من المسؤولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي. أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم، أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم، فالذي يتحمل التبعة هو رب العمل، سواء أكان هو الذي قدم المادة، أو كان المقاول هو الذي قدمها. ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول.([٤٠])

المطلب الثاني / الحادث الفجائي

كل حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته. فالحادث يجب أن يكون غير ممكن توقعه ، ومما لا تمكن مقاومته، وليس في وسع المقاول دفع وقوعه أو تلافيه. ويدخل في هذا أيضاً عدم التغلب على نتائجه عند وقوعه. وفي الحالة الأولى لا يستطيع المقاول منع حصول الحادث. وفي الحالة الثانية لا يستطيع التخلص من نتائجه. حادث مفاجئ وقع في وقت العمل دون ان يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقصرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه. ويعد المقاول مسؤولاً إذا كان من الممكن توقع من اعترضه من صعاب واتخاذ التدابير اللازمة لملاقاتها. ([٤١])وكذلك إن لم يعمل كل ما كان يجب عليه للتغلب على الصعاب التي اعترضته. ويستوي ان يكون المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل ثم اصبح عاجزا او اصبح عاجزا بعد ابرام المقاولة وقبل البدء في تنفيذ العمل مثلا موت المقاول فيكون عجزه عن تنفيذ العمل بموته فاذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد او لا اذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في اتمام العمل فان عقد المقاولة ينتهي من تلقاء نفسة بحكم القانون بمجرد موت المقاول وسواء كانت المقاولة اصلية او مقاولة من الباطن . اما اذا كانت الشخصية ليست محل اعتبار لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه اذا توافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ففي هذه الصورة يبقيهم حقوق مورثهم عقد المقاولة قائمّ بالرغم من موت المقاول ويكون الورثة ملزمين بإتمام العمل وتنتقل حقوق مورثهم اليهم او تنفسخ المقاولة لموت المقاول . نجد هنا يتحلل المقاول منضمان الضرر أو الخسارة: يضمن المقاول ما تولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعدية أو بتقصيره أم لا، لأنه ضامن لما يسلّم إليه من أموال الناس.([٤٢])

ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز عنه، عملاً بالقاعدة الشرعية: ((كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه)).

فإن كان محل عقد المقاولة إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها، أو رضي صاحب العمل بالعيب.([٤٣])

ويبطل كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه، لأن ذلك يتنافى مع المصلحة ومع حق الآخرين. ([٤٤])

---

[40] –د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء ، الاسكندرية ، منشأة المعارف، ٢٠٠٤ ،ص١١٥ .

[41] –د. عمار محمد ثابت الملا حويش ، بحث عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد الخامس ، ٢٠٠٠، ص١٢٦ .

[42] –د. فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ط١، بغداد ، مكتبة النهضة العربية ، ص٤٨ .

[43] –د. إبراهيم سيد احمد ، العقود الواردة على العمل عقد المقاولة ، الاسكندرية ، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص٩٤

[44] –د. ايمان طارق الشكري ، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في ، مجلة جامعة بابل . للعلوم الانسانية ، م٢٠ ، ع٢، ٢٠١٢ ، ص٢٩٢ .

الخاتمة

توصلنا في هذا البحث الى جملة من النتائج نوجزها كما يلي :

١- نلاحظ صاحب العمل هو مسؤول تجاهه عن هؤلاء المقاولين من الباطن ، ويرجع المقاول الاصلي على المقاولين من الباطن ، وهذه الرجوع يمكن ان تفسح الفرصة فيما بينهم لقسمة المسؤوليات في حالة الاخطاء المتبادلة

٢- يرتكز نظام الحماية الذي وضعه المشرع للمقاول الاصلي الذي يكون في وضع اقتصادي جيد عكس المقاول من الباطن والذي يكون ضعيفا جدا وتابعا للمقاول الاصلي وتحقيقا لحماية المقاولين من الباطن يجب عند ابرام عقد المقاولة او اثناء تنفيذه ضرورة ان يخطر مالك المشروع وان يحصل على موافقه منه بشأنهم اي ضرورة ان تكون هناك علاقة عقدية بين المقاول من الباطن والمقاول الاصلي ورب العمل .

٣- نلاحظ بان المشرع قد وضع التنفيذ العيني لالتزام المقاول كأثر اولي في جزاء اخلال المقاول بتنفيذ عمله متى ما كان التنفيذ العيني مستوفياً لشروطه القانونية ، بل هو الاصل الذي وضعه المشرع وجعله السبيل الاول لجزاء اخلال المقاول .

٤- ان اساس مسؤولية المقاول الاصلي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية المتبوع عن تابعيه وانما هي مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الاصلي على افتراض الاعمال والاخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعدّ بالنسبة الى رب العمل اعمالا واخطاء صدرت من المقاول الاصلي ومن ثم تتحقق مسؤولية تجاه رب العمل .

٥- ونلاحظ عندما يتم تنفيذ العمل وعلى مختلف القطاعات العامة والخاصة هو تنفيذ لا يرقى الى مستوى الشروط والمواصفات التي يستوجبها الاتفاق او التي تقتضيها اصول الصنعة واعرافها مما يترتب علية خللا يقع في الالتزام الرئيسي الواقع على عاتق المقاول بإنجاز العمل وهنا تنهض مسؤولية المقاول عن اخطائه وعن اخطاء تابعية .

٦- ندعو الى ضرورة التوسع في تطبيق احكام المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي لتشمل كل من يقوم بدور في عملية البناء بغض النظر عن ارتباطه او عدم ارتباطه بعقد المقاولة لان الهدف الاساسي من نص هذه المادة هي حث المهندسين والمقاولين على أقامه بناء لا يصيبه التهدم ولا العيب الخطير خلال المدة المحددة .

اولا/ المصادر باللغة العربية .

- الكتب القانونية .

د. ابراهيم سيد احمد، المسؤولية المدنية- التعويض في المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، مصر، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٦.

د. إبراهيم سيد احمد ، العقود الواردة على العمل عقد المقاولة ، الاسكندرية ، منشأة المعارف، ٢٠٠٣ .

د. احمد سعيد الموضي ، مسؤولية المقاول في عقد المقاولة ، الطبعة الاولى ، الاردن ، ١٩٨٧ .

د. أحمد عبد العال ابو قرين ،الاحكام العامة لعقد المقاولة ،ط١،جامعة عين شمس ،كلية الحقوق ، ٢٠٠٣.

د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية-البيع الايجار المقاولة- دراسة في ضوء التطور القانوني، القاهرة ،٢٠٠٧ .

د. رافت محمد احمد حمادة ، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني ، بلا مكان طبع ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مسؤولية المقاول الثانوي ، بغداد ، مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر ، ١٩٩٠.

د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء السابع، المقاولة ،القاهرة ، دار النهضة العربية ،سنة .

د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، بغداد مطبعة اوفسيت الوسام ، ١٩٧٩.

د. فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ، ط١، بغداد ، مكتبة النهضة العربية .

د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، الاسكندرية ،منشأة المعارف ، ١٩٩٤ .

د. محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية ، الاسكندرية ،، دار الجامعة الجديد للنشر ٢٠٠٣ .

المحامي محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاولة ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، ١٩٧٧ .

د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، الجزء الرابع ، القاهرة ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٣ .

د. محمد محفوظ ، النظرية العامة للالتزام ، المسؤولية المدنية ، تونس ، ٢٠١٢.

د. منصور القاضي ،القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية ،الطبعة الاولى ، البنان ،الجامعة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٤

د. مصطفى العوجي ، القانون المدني، المسؤولية المدنية ، ج٢ ،بيروت ، لبنان ،٢٠٠٧ .

د. محمد ناجي ياقوت ،مسؤولية المعماريين ،الاسكندرية ،منشأة المعارف ،١٩٩٠.

د. مصطفى عبد السيد الجارجي ، عقد المقاولة من الباطن ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.

د.محمد شكري سرور ، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي

د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء ، الاسكندرية ، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.

د. نبيلة اسماعيل رسلان ، عقد المقاولة ، طنطا ، مكتبة المنار ، ١٩٩٧.

ثانيا- الرسائل والبحوث الجامعية .

د أيمان طارق الشكري ، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في ، مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية ، م ٢٠ ، ع٢، ٢٠١٣ .

د. جعفر محمد جواد الفضلي ، مسؤولية المهندس والمقاول والتامين ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، العدد الثاني ، ١٩٩٧.

د. عمار محمد ثابت الملا حويش ، عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، ع٥ ، ٢٠٠٠ .

د. صالح عباس صالح ، مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد انجاز العمل وتسليمة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، بغداد ، ١٩٨٩ .

د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس قي مقاولات البناء والمنشأة بعد انجاز العمل وتسليمه ، رسالة ماجستير ، بغداد ، ١٩٧ .

ثالثا – القرارات القضائية

أ. ابراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز ،ج٦،بغداد ،٢٠٠١ .

المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز ،بغداد ، منشورات مراز البحوث القانونية ، مطبعة العاني ، ١٩٨٨

قرار محكمة التمييز رقم ٧٦٥/م١/٧٨/في ٩٧/١١/٦ ،مجموعة الاحكام العدلية ، العدد، الرابع ، السنة العاشرة .

قرار محكمة التمييز المرقم ٤١٣/مدنية /٦٨في ١٩٦٨/٩/٧ ، مجلة القضاء ،اصدار نقابة المحامين، العدد الخامس .

قرار محكمة تمييز العراق ١٣٢٩/حقوقية /٦٧/هيئة عامة في ١٩٦٨/١٠/٢٧، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس .

المجموعة الماسية ، اعداد المحامي ، عبد المنعم حسيني ، الاصدار المدني ، ج١ .

مجموعة الاحكام العدلية يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل .

رابعا –القوانين

القانون المدني المصري– رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

القانون المدني العراقي– رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤

خامسا – الكتب الاجنبية

Jerome (j) responsibilities dens les relations du sous .tartan I, entrée premium principle –no 57 .2004-
etude

Maseru (H,L, et Jean): Trait' theories la responsibility' delictuelle et contractually. T.2e ed. 1970-