فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة دراسة مقارنة

أ.م.د. جواد كاظم جواد سميسم

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون - جامعة الكوفة ، رئيس فرع القانون الخاص في كلية القانون جامعة الكوفة .

The idea of a moratorium on contracting a comparison study

Abstract:

Suspending the fulfillment of the contract means stopping the contractual obligations temporarily and insert it in a dormant state for a reasonable period of time without prejudicing the presence of the contract as a result of general exceptional incidents which convert the economies of the contract, or prevent the continuous of its fulfillment and those obligations would return to the life again after the dismissing of those incidents which originally characterized as temporary and their dismissing were expected. Fulfillment suspending of the contract needs a legislative text that gives the court that authority. The philosophy of it is to keep out the contract from modifying its obligations in quantitative term or to save it from terminating. Stopping the fulfillment bases on the rule " if the preventer

and the requirement were gathered the preventer should proceeded and if the preventer is dismissed the forbidden will come again".

الملخص

ان وقف تنفيذ عقد المقاولة يعني وقف الالتزامات العقدية بصورة مؤقتة وادخالها في حالة سبات خلال فترة زمنية معقولة دون المساس بالعقد من حيث الوجود نتيجة حوادث استثنائية عامة تقلب اقتصاديات العقد أو تحول دون الاستمرار بتنفيذه لتعود تلك الالتزامات الى الحياة والتنفيذ مجدداً بعد زوال تلك الحوادث التي يرجى زوالها والتي تتصف بالتأقيت أصلا، وان وقف تنفيذ عقد المقاولة يحتاج الى نص تشريعي يمنح المحكمة تلك السلطة، كما ان الحكمة منه المحافظة على عقد المقاولة من تعديل التزاماته من ناحية كمية وانقاذه من الفسخ، مع العرض انه يرتكز على قاعدة "اذا اجتمع المانع والمقتضى قُدّم المانع، واذا زال المانع عاد الممنوع".

مقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث:

عقد المقاولة هو عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد رضائي من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، وحيث ان تنفيذ عقد المقاولة يستغرق مدة من الزمن وخلال تلك المدة قد تطرأ ظروف استثنائية تقلب اقتصاديات العقد أو تجسد تلك الظروف استحالة مادية مؤقتة تحول دون امكانية الاستمرار بالعقد الأمر الذي يستلزم وقف تنفيذ عقد المقاولة في فترة الاستحالة المؤقتة أو لحين زوال الظروف الطارئة التي تقلب اقتصاديات العقد بدلاً من الحكم بفسخه أو زيادة الأجرة على أن تعود الالتزامات لحيز التنفيذ حين زوال المانع منه سواء كان مانعاً مادياً أو اقتصادياً وهذا يعد وقفاً لتنفيذ عقد المقاولة وهو مدار البحث، فالأثر الجوهري لوقف تنفيذ عقد المقاولة ينحصر في وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه مؤقتاً دون أن يمس وقف التنفيذ وجود العقد وكيانه ولا يؤثر على الالتزامات من الناحية الكمية ولا يطالها بالتعديل ، فهو لا يمس العقد في وجوده بل يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فيعوق تنفيذها، ومن ثم فوقف تنفيذ عقد المقاولة يضمن بقاء العقد دون زواله أو المساس بالتزاماته وبالتالي فان موضوع الدراسة ينصب على وقف تنفيذ عقد المقاولة بماهيته وجزئياته وأطلقنا عليه فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة لانعدام المعالجة التشريعية وانحصار الموضوع في نطاق الفكر والاجتهاد.

ثانيا: أهمية البحث

ان أهمية دراسة وقف تنفيذ عقد المقاولة تأتي من خلال ايجاد حلول قانونية تضمن بقاء العقد من حيث وجوده دون تعديل التزامات العقد من ناحية كمية والابتعاد عن فسخ العقد وذلك انسجاماً مع السياسة التشريعية الهادفة الى التقليل من حالات الفسخ والمحافظة على استقرار المعاملات، فالتشريعات واجهت انهيار

اقتصاديات عقد المقاولة نتيجة الحوادث الطارئة بالفسخ أو زيادة الأجرة فقط، دون النص على وقف تنفيذ عقد المقاولة بالرغم من أهمية وقف التنفيذ في المحافظة على حياة العقد وابعاده عن الفسخ أو التعديل، وترتبط أهمية الدراسة بأهمية عقد المقاولة الذي يمتاز بتنوع الأعمال التي تكون محلاً لعقد المقاولة وحجمها، فقد يكون عملاً متصلاً بشيء كأعمال البناء والهدم والترميم أو تعبيد الطرق ومد خطوط السكك الحديدية وأنابيب المياه والنفط والغاز والهاتف والكهرباء وحفر الآبار، وقد يكون علمياً أو فنياً كاستشارة المحامي لموكله وعلاج الطبيب لمريضه أو يكون مجرد عمل كنقل البضائع والسلع والاشخاص، فضلاً عن ان أهمية الدراسة تنصرف الى موضوع وقف التنفيذ في عقد المقاولة الذي لم يُعالج تشريعياً ليبقى الأمر ضمن نطاق الاجتهادات الفقهية لا أكثر، لتأتي هذه الدراسة للاجابة على العديد من التساؤلات أبرزها ماهية وقف تنفيذ عقد المقاولة؟ وما تكييفه القانوني؟ وما موقف التشريعات منه؟ وما موقف الفقه القانوني والاسلامي منه؟ وهل للمحكمة أن تحكم به استناداً الى القواعد العامة رغم انعدام النص التشريعي الصريح؟ وما ضوابط وقف التنفيذ للحكم به؟

ثالثا: اسباب اختيار موضوع البحث:

ان من بين أهم أسباب اختيار موضوع وقف تنفيذ عقد المقاولة هو انعدام المعالجة التشريعية لهذا الموضوع الهام واكتفاء التشريعات في مواجهة انهيار العقد اقتصادياً بمنح المحكمة سلطة الفسخ أو زيادة الأجرة فقط، ودون معالجة حالة الاستحالة المادية المؤقتة التي تحول دون الاستمرار بتنفيذ عقد المقاولة كنشوب حرب أو زلزال أو فيضان يمنع مؤقتاً من الاستمرار بالتنفيذ، فمن الضروري الابقاء على العقد لحين زوال تلك الظروف أو الاستحالة المادية المؤقتة، وذلك يحقق الهدف الذي ابرم من أجله العقد وهو تنفيذ عقد المقاولة وإقامة التوازن بين التزامات المتعاقدين بما يؤمن للعقد الحياة المفيدة لأطرافه وللمجتمع، ومن ثم فان الأمر يقتضي منح المحكمة سلطة تقديرية واسعة لإنقاذ العقد من الفسخ ومن زيادة الاجرة التي من شأنها أن تنقل الارهاق من كاهل المقاول الى كاهل رب العمل وذلك يستلزم منح العقد دماً جديداً لتحقيق الهدف الذي أبرم من أجله العقد، وهذه السلطة الواسعة لما كانت أمراً خطيراً، لذا ينبغي النص عليها تشريعياً على اعتبار مخالفة العقد مخالفة صارخة للعدل نتيجة انهياره اقتصادياً أو للحيلولة دون فسخه، ومن ثم فان أبرز أسباب اختيار هذا الموضوع هو غياب المعالجات التشريعية التي تضمن استقرار عقد المقاولة وتقديم الحلول التي تضمن تحقيق السياسة التشريعية العامة الهادفة الى التقليل من حالات الفسخ مع ضمان استقرار المعاملات.

رابعا: منهجية البحث:

ان منهجية البحث تضمنت دراسة تحليلية مقارنة، حيث اشتملت على مقارنة القانون المدني العراقي بالقانون المدني المصري والسوري والاردني واللبناني والبحريني

والاماراتي والعماني والفرنسي، فضلاً عن استعراض الآراء الفقهية في الفقه القانوني مع الترجيح بينها أو تقديم رأيٍ بديلٍ عنها مع بيان الأساس القانوني له، أضف الى ذلك استعراض آراء جميع المذاهب الاسلامية في المسائل ذات الصلة بموضوع البحث، وعموماً فلم نقتصر على عرض رأي أو طرح نص وانما بادرنا الى تحليل تلك الآراء والنصوص والأحكام والترجيح بينها وفق رؤية قانونية تستند الى الدليل أو السند.

خامساً: هيكلية البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن يأتي بواقع مبحثين:

المبحث الأول: ماهية وقف تنفيذ عقد المقاولة

المطلب الأول: التعريف بوقف تنفيذ عقد المقاولة وتكييفه القانوني.

الفرع الأول: تعريف وقف تنفيذ عقد المقاولة.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لوقف تنفيذ عقد المقاولة

المطلب الثاني: ضوابط وقف تنفيذ عقد المقاولة وتمييزه عما يشتبه به.

الفرع الأول: ضوابط تنفيذ عقد المقاولة

الفرع الثاني: تمييز وقف تنفيذ عقد المقاولة عما يشتبه به.

المبحث الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القوانين والفقه.

المطلب الأول: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القوانين

الفرع الأول: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القانون العراقي.

الفرع الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القانون المقارن.

المطلب الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في الفقه.

الفرع الأول: وقف تنفيذ عقد المقاولة في الفقه القانوني.

الفرع الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في الفقه الاسلامي.

فضلاً عن الخاتمة التي تتضمن أبرز الاستنتاجات والمقترحات.

فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة دراسة مقارنة

* أ.م.د. جواد كاظم جواد سميسم

المبحث الأول: ماهية وقف تنفيذ عقد المقاولة

تضمن هذا المبحث مطلبين: الأول للتعريف بوقف تنفيذ عقد المقاولة وتكييفه القانوني، أما الثاني لضوابط وقف تنفيذ عقد المقاولة وتمييزه عما يشتبه به.

المطلب الأول: التعريف بوقف تنفيذ عقد المقاولة وتكييفه القانوني

نبين تعريف وقف تنفيذ عقد المقاولة وتكييفه القانوني في فرعين متتاليين:

الفرع الأول:تعريف وقف تنفيذ عقد المقاولة

ان جوهر وقف تنفيذ عقد المقاولة يقوم على أساس وقف تنفيذ التزامات المتعاقدين بصورة مؤقتة وخلال فترة زمنية تحددها المحكمة بالاستعانة بالخبراء وذلك نتيجة تحقق ظروف طارئة أو قوة قاهرة غير متوقعة ومؤقتة، أي يرتجى زوالها خلال مدة معقولة ومن شأنها أن تجعل الاستمرار بتنفيذ التزامات عقد المقاولة تهدد أحد المتعاقدين (رب العمل أو المقاول) بخسارة فادحة وغير مألوفة تقود الى انهيار وقلب اقتصاديات العقد على نحو فاحش، أو من شأن تلك الظروف أو القوة القاهرة المؤقتة أن تحول دون الاستمرار بتنفيذ التزامات العقد أي أنها تجسد استحالة مادية تحول دون امكانية الاستمرار بتنفيذ التزامات عقد المقاولة كحدوث سيول عارمة أو أمطار غزيرة غير مألوفة أو براكين أو زلازل تحول دون الاستمرار بالتنفيذ، وسواء تحققت تلك الظروف أو القوة من بداية عقد المقاولة أو أثناء تنفيذه باعتبار عقد المقاولة من العقود المستمرة التنفيذ من حيث الأصل، ومن الثابت ان وقف تنفيذ عقد المقاولة يُدخل العقد في حالة سبات وسكون دون المساس بوجود العقد، وحيث ان الزمن لا يستريح ولا يغفو فان وقف تنفيذ عقد المقاولة يعني اقتطاع جزء من حياة العقد وأثناء هذه المدة المفقودة من حياة العقد فان رب العمل والمقاول لا يلتزم أحد منهم بتنفيذ التزاماته[1]، واذا كان تنفيذ عقد المقاولة يرتبط بالزمن لأن الزمن يعد عنصراً جوهريا في عقد المقاولة لأن عقد المقاولة من العقود المستمرة التنفيذ أصلاً، والزمن يرادف التاريخ أو اللحظة الزمنية وهو لا يعنينا بهذا المفهوم وان ما يعنينا هو مرادفة الزمن للمدة التي تعد من العناصر الأساسية في عقد المقاولة لأن من خلالها وباستمرارها تنفذ التزامات المقاول ورب العمل وذلك يسري على العقود المستمرة التنفيذ[2].

ولما كانت لمدة العقد خاصية الاستمرار والتعاقب وذلك الاستمرار والتعاقب لا يمكن أن يتوقف حيث ان الزمن الذي يمضي لا يمكن أن يعود لذا فان مفهوم وقف تنفيذ عقد المقاولة لا ينصرف نحو وقف الزمن في العقد وانما وقف تنفيذ الالتزامات العقدية بسبب قوة قاهرة مؤقتة أو ظرف طارئ يرتجى زواله، ومن شأن تلك القوة أو الظرف أن تجعل تنفيذ الالتزام العقدي

في المقاولة يهدد المتعاقد بخسارة فادحة غير مألوفة، فالأولى وقف تنفيذ الالتزام العقدي لحين زوال تلك الظروف وخلال مدة معقولة، فالمحكمة قد تلمس بأن مقتضيات العدالة وروح الانصاف والمحافظة على استقرار المعاملات والتقليل من حالات الفسخ أو تعديل الالتزامات العقدية كمياً أن تنحى نحو وقف تنفيذ التزامات عقد المقاولة اذا اقتنعت بأن الحوادث أو القوة غير المتوقعة هي مؤقتة يرتجى زوالها خلال مدة معقولة، وليس للمحكمة هذه السلطة الا بنص القانون، فاذا أبرم عقد مقاولة لانشاء أبنية خلال مدة زمنية معينة إلا أن اسعار المواد الأولية التي تعهد المقاول بتقديمها ارتفعت ارتفاعاً فاحشاً نتيجة توقف استيراد المواد الاولية للبناء بما يهدد او يقود الى خسارة المقاول خسارة فادحة غير مألوفة، إلا ان ذلك الارتفاع الفاحش بأسعار المواد الأولية يوشك أن يزول وذلك لقرب فتح الاستيراد مجدداً، فللمحكمة أن تقضي بايقاف التزام المقاول لحين فتح باب الاستيراد الذي يرجى تحققه في وقت تقريبي[٣]، ولا شك أن للمحكمة أن تستعين بالخبراء لتحديد المدة المعقولة لوقف تنفيذ التزامات عقد المقاولة التي ترتبط بتلك القوة المؤقتة أو الظرف الطارئ الذي يرتجى زواله.

وبناءً على ذلك فان وقف تنفيذ عقد المقاولة يقوم على اساس تحقق حوادث طارئة أو قوة قاهرة مؤقتة يرتجى زوالها، فمن الثابت ان القوة القاهرة تتجسد بحالة طارئة غير متوقعة ولا يمكن تفاديها أو دفعها تقود الى انقضاء الرابطة العقدية وذلك لتعذر أو استحالة تنفيذ الالتزام العقدي، أي ان العقد ينفسخ بحكم القانون نتيجة استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة كهلاك محل المقاولة بزلزال أو صاعقة[٤]، إلا أن القوة القاهرة قد تكون مؤقتة بالنسبة لمدة عقد المقاولة بحيث يتعذر أو يصعب على المدين في عقد المقاولة تنفيذ التزامه لمدة معينة أو تقريبية من الزمن سواء كان رب العمل أو المقاول هو المدين، كأن يتعذر على المقاول توفير اليد العاملة نتيجة نشوب حرب واستدعاء العمال للخدمة أو أن يلتزم رب العمل بتوفير المادة الأولية فينقطع استيرادها لمدة معينة أو تقريبية، فاذا زالت القوة القاهرة المؤقتة عاد العقد الى حيز التنفيذ كما كان عليه قبل القوة القاهرة او الاستحالة المؤقتة، ومن ثم فان التزامات المتعاقدين تتوقف لمدة من الزمن لتعود مجدداً للتنفيذ بعد زوال القوة القاهرة أو الاستحالة المؤقتة، وهذا يعني ان وقف تنفيذ عقد المقاولة ينصرف بحقيقته الى وقف الالتزامات العقدية لمدة من الزمن وليس وقف المدة أو الزمن في العقد لأن الزمن أو الوقت أو اللحظة لا تتوقف وما يمضي من الزمن لا يعود، ومن ثم فان النص القانوني ينبغي أن يمنح المحكمة سلطة وقف تنفيذ عقد المقاولة حتى يزول الحادث أو القوة القاهرة المؤقتة وان حكم المحكمة بوقف تنفيذ

العقد يترتب عليه توقف أداء الالتزامات التعاقدية من رب العمل والمقاول لحين ان يتوارى الحادث الطارئ وصعوباته.(٥)

الفرع الثاني: التكييف القانوني لوقف تنفيذ عقد المقاولة

يجدر التساؤل حول التكييف القانوني لوقف التنفيذ في عقد المقاولة؟

انقسم الفقه بصدد وقف تنفيذ العقد الى اتجاهين فقهيين:

حيث ذهب اتجاه فقهي الى تصوير وقف تنفيذ العقد بأنه فسخ مؤقت ينصرف الى فترة زمنية من حياة العقد، وهذه الفترة الزمنية المؤقتة للفسخ تعرض للعقد خلال القوة القاهرة المؤقتة أو الظرف الطارئ المؤقت، ومن ثم فان هذا الفسخ المؤقت لا يمس العقد في المدة السابقة أو اللاحقة على مدة الوقف الناتجة عن الظرف الطارئ المؤقت، ومن ثم فان وقف تنفيذ العقد ما هو إلا فسخ مؤقت يصيب العقد في مدة محددة منه فيوقف مفعوله بما ينتج عنه وقف تنفيذ الالتزامات بين رب العمل والمقاول لحين زوال الفسخ المؤقت بزوال الاستحالة المؤقتة، في حين ذهب اتجاه فقهي آخر أن التكييف القانوني لوقف تنفيذ العقد وما يترتب عليه من توقف التزامات رب العمل والمقاول هو قوة قاهرة مع التوسع في آثارها التي تمتد الى وقف تنفيذ الالتزامات طالما ان القوة القاهرة هي قائمة على أن يرتجى زوالها ومن ثم فان العقد لا يتعرض للفسخ كما هو الحال في القوة القاهرة بمبدئها العام[١]

وبنظرة تحليلية لهذه الآراء فلا نتفق مع تكييف وقف تنفيذ عقد المقاولة بأنه فسخ مؤقت يصيب العقد في مدة منه فيوقفه، وذلك لأن مفهوم الفسخ يؤدي الى زوال الرابطة العقدية ومن ثم يتعذر أن تعود تلك الرابطة مجدداً وتدخل حيز التنفيذ إلا من خلال ايجاب وقبول جديدين، في حين نحن بصدد توقف تنفيذ العقد الذي يعد قائماً وغير زائل ليعود العقد مجدداً للتنفيذ حينما تزول اسباب وقف التنفيذ اي ان مدة العقد تعود مرة اخرى للنشاط والحياة دون حاجة الى التقاء الارادات من جديد على اعتبار ان وقف تنفيذ العقد لا يلغي العقد ويزيل وجوده وانما يدخله في حالة سبات لمدة زمنية معينة لتعود الالتزامات مجدداً للتنفيذ بعد زوال مبررات وقف التنفيذ في حين ان الفسخ يعني زوال الرابطة العقدية للمدة اللاحقة او المتبقية من حياة العقد، ومن ثم فان القول بالتكييف القانوني لوقف التنفيذ هو فسخ مؤقت يقودنا الى نتيجة ضرورة توافق الارادات من جديد لانشاء العقد مجدداً، ومن ثم فان هذا التكييف لا ينسجم مع نتائج وقف تنفيذ العقد من حيث استمرار وجود العقد مع توقف الالتزامات العقدية لمدة من الزمن نتيجة ظروف طارئة يرتجى زوالها، كما ان الاتجاه الفقهي الذي كييف وقف التنفيذ بأنه قوة قاهرة مؤقتة من شأنها اقتطاع جزء من حياة العقد بقدر فترة أو مدة القوة القاهرة المؤقتة هو بحاجة الى تأصيل قانوني حيث

وقف التنفيذ هو اثر أو نتيجة للقوة القاهرة المؤقتة إلا أن تلك القوة بحاجة الى تأصيل قانوني تندرج تحته، حيث من الثابت ان القوة القاهرة من حيث المبدأ العام تنهي الالتزامات العقدية ويعد العقد بتحققها منفسخاً بحكم القانون وذلك لا ينسجم مع وقف تنفيذ العقد الذي يبقي العقد قائماً مع دخوله في حالة سبات لحين زوال الظروف الطارئة لتعود الالتزامات لحيز التنفيذ من جديد، ثم لا يمكن اعتبار القوة القاهرة المؤقتة تطبيق تشريعي خاص للقوة القاهرة في مبدئها العام لأن ليس للتطبيق التشريعي أن يتسع بأحكامه أكثر من المبدأ العام المستمد منه، لاسيما ان القانون لم ينص على مفهوم القوة القاهرة المؤقتة كما لم ينص على مفهوم الفسخ المؤقت للعقد لذا لا نسلم بتلك الآراء في تكييف فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة.

لذا نرى بأن التكييف القانوني لوقف تنفيذ عقد المقاولة يستند الى التصوير الآتي:

ان القاعدة العامة هي ان العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم ليس للمحكمة أن تتدخل في تعديل او انهاء او وقف تنفيذ أو تمديد العقد، لأن ذلك يعد حقاً للمتعاقدين، إلا انه تحقيقاً للعدالة ومحافظة على استقرار المعاملات وللتقليل من حالات الفسخ فان التشريعات تمنح المحكمة الحق او السلطة في التدخل في العقد وبنوده استثناءً من القاعدة العامة وتحقيقاً لتلك الاعتبارات، وقد منح القانون المحكمة سلطة تعديل العقد في مواضيع عديدة، كما هو الحال في عقود الاذعان حيث أجاز القانون للمحكمة ان تتدخل في عقود الاذعان لتعدل من الشروط التعسفية الواردة في العقد او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة[٧]، كما منح القانون المحكمة سلطة التدخل في العقد وخفض الشرط الجزائي الوارد فيه اذا أثبت المدين ان تقدير الشرط الجزائي كان فادحاً[٨]، ومن أبرز صور تدخل المحكمة في العقد هي نظرية الظروف الطارئة والتي تتلخص بحوادث استثنائية عامة غير متوقعة يترتب عليها ان يكون تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمدين الى حد التعرض الى خسارة فادحة غير مألوفة إن استمر بتنفيذ الالتزام العقدي في العقد المستمر التنفيذ، فللمحكمة أن تتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي في العقد وذلك بانقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول[٩]، كما نصت التشريعات[١٠] على تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة وأجازت للمحكمة سلطة اعادة التوازن اقتصادياً الى عقد المقاولة اذا انقلبت وانهارت اقتصاديات عقد المقاولة نتيجة حوادث غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً من خلال زيادة الأجرة التي يلتزم بها رب العمل أو فسخ عقد المقاولة، ولم تصرح تلك التشريعات بمنح المحكمة سلطة وقف تنفيذ عقد المقاولة اذا كانت الحوادث

الطارئة يرجّى زوالها، واذا كان وقف تنفيذ عقد المقاولة هو وسيلة لإعادة التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة وحماية الطرف المرهق ارهاقاً غير مألوف في العقد أو حماية العلاقة التعاقدية من آثار الاستحالة المادية المؤقتة فيبعدها عن الفسخ أو زيادة الأجرة، فلا يمكن أن يعد وقف التنفيذ في عقد المقاولة تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة لأن وقف التنفيذ يبتعد عن نظرية الظروف الطارئة في الفرضية والحكم، فالفرضية في وقف التنفيذ هي حوادث طارئة يرجّى زوالها او استحالة مادية مؤقتة، والحكم هو وقف التنفيذ أي وقف تنفيذ الالتزامات العقدية لحين زوال الظروف الطارئة التي من شأنها أن تقود الى تعرض المدين في عقد المقاولة الى خسارة جسيمة غير مألوفة إن استمر في تنفيذ الالتزام العقدي في المقاولة، أو تعذر الاستمرار بالتنفيذ نتيجة الاستحالة المادية المؤقتة. لذا نرى ان التكييف القانوني لوقف التنفيذ مبناه القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٤) من القانون المدني العراقي

(١- اذا تعارض المانع والمقتضى قُدِم المانع.

٢- واذا زال المانع عاد الممنوع....).

ان مفهوم النص يتجلى بأنه اذا كان للشيء محاذير تستلزم منعه، ودواعي تقضي تسويغه، فانه يرجح المنع لأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع، ومن ثم فان مقتضى عقد المقاولة هو تنفيذ الالتزامات العقدية، إلا ان وجود المانع المتمثل بالحوادث الطارئة غير المتوقعة أو الاستحالة المادية المؤقتة تعد مانعاً من الاستمرار بالتنفيذ اذا كان من شأنها قلب اقتصاديات العقد أو استحالة تنفيذه مؤقتاً، فذلك يستوجب تقديم المانع بوقف التنفيذ، فإذا زال ذلك المانع أي الحوادث أو الاستحالة عاد الممنوع وهو مقتضى العقد بتنفيذ الالتزامات العقدية مجدداً، ولما كان الأصل هو عدم جواز تعديل العقد إلا بالاتفاق أو نص القانون، وطالما ان وقف تنفيذ عقد المقاولة يمس جوهر العقد فلابد من النص على هذه الوسيلة تشريعياً لحماية العقد وعدم الاكتفاء بالتكييف أو التأصيل العام لفكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة.

المطلب الثاني: ضوابط وقف تنفيذ عقد المقاولة وتمييزه عما يشتبه به

يتضمن هذا المطلب شرح الضوابط اللازم تحققها لوقف تنفيذ عقد المقاولة، اضافة الى تمييز وقف التنفيذ في عقد المقاولة عما يشتبه به من أوضاع قانونية أخرى، وذلك في فرعين متتاليين:

الفرع الأول: ضوابط وقف تنفيذ عقد المقاولة

ان الضوابط اللازم تحققها للحكم بوقف تنفيذ عقد المقاولة هي كما يأتي:

١. وجود عقد مقاولة: يجب ان نكون بصدد عقد مقاولة، وعقد المقاولة طبقاً لنص المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي هو (عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر).

ومن ثم فان عقد المقاولة هو عقد رضائي يكفي لانعقاده توافر الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب دون حاجة الى أية شكلية معينة لتكوين العقد[١١]، وان وقف تنفيذ عقد المقاولة يمكن أن يسري على كافة أنواع المقاولات كتشييد المباني أو الملاعب أو المسارح أو المستشفيات أو الأسواق وسواها أو تعبيد الطرق ومد خطوط السكك الحديدية وأنابيب المياه والنفط والغاز والهاتف والكهرباء وبناء الموانئ والمطارات والجسور والسدود وشق القنوات وحفر الآبار وسوى ذلك من المقاولات.

٢. ان تجد بعد ابرام العقد أو اثناء تنفيذه حوادث أو ظروف استثنائية عامة يرتجى زوالها خلال مدة معقولة، أي أن يكون في أمثال تلك الحوادث أو الظروف الزوال قبل انتهاء المدة المحددة لتمام تنفيذ عقد المقاولة، ومن ثم ينبغي أن تتصف الظروف أو الحوادث غير المتوقعة بالعامة والاستثنائية أي أن لا تكون خاصة بالمدين في عقد المقاولة كافلاس المقاول أو رب العمل أو مرض أي منهما، وان تكون استثنائية أي لا تتفق من السير الطبيعي للأمور وبعيداً عما آلفه الناس[١٢]. على أن تكون الظروف أو الحوادث الاستثنائية العامة مما يرتجى زوالها في أمثال هذه الظروف أو الحوادث كحدوث فيضانات استثنائية لا يستطيع المقاول درؤها عن موقع العمل والتي من شأنها منع وصول العمال والمواد الأولية لموقع العمل مما يقود الى رفع أجور الايدي العاملة والمواد الأولية، أو وجود كارثة كزلزال أو اضرابات للعمال او لسواق وسائط النقل او عمال الطابوق مما يفضي الى ارتفاع فاحش بأجور الايدي العاملة والمواد الأولية الداخلة في المقاولة أو ينتج عنها وقف أعمال المقاولة نتيجة استحالة مادية مؤقتة كحدوث الزلازل او الفيضانات او ظهور مياه جوفية تحول دون التنفيذ مؤقتاً.[١٣]

ومن ثم فان جوهر هذا الضابط هو أن تكون الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة مؤقتة اي يرتجى زوالها في أمثالها خلال مدة معقولة، فان لم تكن كذلك فليس للمحكمة وقف تنفيذ عقد المقاولة لانتفاء الحكمة منه ولها أن تعدل نحو تعديل الأجرة أو فسخ العقد.

٣. أن لا يترتب على وقف تنفيذ عقد المقاولة إلحاق ضرر جسيم بالدائن أو انقضاء المدة المجدية لتنفيذ العقد أو فوات الغرض منه، فاذا كان وقف تنفيذ عقد المقاولة يترتب عليه ذلك فان على المحكمة أن تعدل عن وقف التنفيذ لأن ذلك يرتب ارهاقاً لأحد المتعاقدين وفوات الحكمة من العقد في الوقت الذي يراد من وقف التنفيذ رفع الارهاق والمحافظة على وجود عقد المقاولة، كأن يتم التعاقد على بناء مسبح أو منتجع لاستقبال السائحين في موسم الصيف فاذا كان وقف التنفيذ يقود الى عدم انجاز المقاولة قبل تلك الفترة فان وقف التنفيذ لا يكون مجدياً، وكذلك حالة ابرام عقد مقاولة لصناعة سيارات للاشتراك في سباق في وقت محدد، فاذا كان وقف التنفيذ يقود الى فوات ذلك الغرض فان وقف التنفيذ لا يكون مجدياً في هذه الحالة.[١٤]

٤. أن يكون الحكم بإيقاف تنفيذ عقد المقاولة مؤقتاً ولمدة معقولة، على أن يكون للمحكمة سلطة اضافة المدة التي توقف بها العقد الى المدة المتفق عليها في عقد المقاولة، وهذا يعني ان الحكم بإيقاف تنفيذ العقد هو مؤقت ولفترة تحددها المحكمة، وان مدة وقف تنفيذ العقد هي مدة يقررها القضاء على نحو تقريبي، بما يقابل المدة التي يرجى خلالها زوال الحادث الاستثنائي، وللمحكمة ان تستعين بالخبراء لمعرفة الوقت او المدة الزمنية التقريبية لزوال الحوادث الاستثنائية، كما نرى ضرورة منح المحكمة سلطة اضافة المدة التي توقف خلالها تنفيذ عقد المقاولة الى المدة الأصلية في العقد ليتسنى للمقاول انجاز المقاولة بعد زوال الظروف الطارئة اذا كانت المدة المتبقية قليلة ولا تتناسب مع حجم المقاولة، وان اضافة مدة التوقف الى مدة العقد المتفق عليها يكون بمثابة تعديل جوهري في حياة العقد بما يستلزم نص المشرع على منح المحكمة هذه السلطة.[١٥]

٥. يجب أن تكون الظروف أو الحوادث أو الاستحالة المادية المؤقتة الاستثنائية غير متوقعة حين ابرام عقد المقاولة، ومن الثابت ان معيار التوقع هو معيار موضوعي وليس شخصي وقوامه الرجل المعتاد أو المألوف، ومن ثم يجب ان لا يكون في مقدور الرجل العادي المألوف توقع تلك الظروف إن وجد في ذات ظروف أطراف عقد المقاولة، ومن ثم فإذا كانت الظروف الطارئة متوقعة فلا مجال لوقف تنفيذ عقد المقاولة لأن التوازن الاقتصادي في عقد المقاولة لا يعد مختلاً مع توقع أو امكانية توقع تلك الظروف الطارئة أو الاستحالة

المادية المؤقتة، فمثلاً الحرب التي تنشب ويترتب عليها ارتفاع فاحش في أسعار المواد الأولية أو استحالة مادية في تنفيذ الالتزام العقدي قد لا تعد ظرفاً طارئاً اذا ابرم عقد المقاولة في ظل ظروف دولية أو محلية تنذر بنشوب الحرب وتداعياتها على نحو يستطيع الشخص العادي أن يتوقع نشوبها وإن كان أطراف عقد المقاولة لم يتوقعوا ذلك لأن المعيار يعد موضوعياً، كما أن فرض الحصار الاقتصادي إن كان متوقعاً حين ابرام عقد المقاولة فانه لا يعد من الظروف الطارئة التي لم يكن في الوسع توقعها.[١٦]

٦. يجب أن تكون الظروف أو الحوادث أو الاستحالة المادية التي يرجى زوالها مما لا يمكن دفعها أو تفاديها، أي ينبغي أن لا يكون في استطاعة المدين في عقد المقاولة أن يدفع هذا الحادث، فليس للمحكمة أن توقف تنفيذ العقد اذا كانت الظروف أو الحوادث أو الاستحالة مما يمكن تفاديها ببذل جهد معقول وان معيار تحديد كون الحادث ممكن دفعه أو تفاديه هو معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد وليس شخصي قوامه ذات المدين، فلو حدث فيضان أو سيل أو برد غير مألوف وكان في وسع المدين طبقاً للمألوف تفاديه أو دفعه ببذل جهد معقول إلا أن المدين في عقد المقاولة لم يفعل ذلك فانه يعد مقصراً وليس للقضاء أن يحكم بوقف التنفيذ، مع ضرورة الاشارة الى أن المقاول في عقد المقاولة وحده يتحمل المخاطر والصعوبات التي تنشأ عن تنفيذ عقد المقاولة كالمخاطر المتعلقة بقيمة العمل وصعوبات التنفيذ والانجاز وارتفاع اسعار المواد الأولية وأجور الايدي العاملة.[١٧]

٧. ان يترتب على الظروف أو الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول انهياراً تاماً أي ارهاق شديد يلحق بالمدين خسارة فادحة وجسيمة، وان معيار الارهاق يعد موضوعياً بالنسبة الى الصفقة المعقودة لا ذاتياً بالنسبة الى شخص المدين في عقد المقاولة،[١٨] أو ينشأ عن تلك الحوادث استحالة الاستمرار بتنفيذ عقد المقاولة استحالة مادية لمدة مؤقتة نتيجة سيول عارمة أو امطار غزيرة غير متوقعة حين العقد مثلاً، مما يستلزم تدخل المحكمة بخيار وقف تنفيذ الالتزامات بدلاً من الفسخ أو زيادة الأجرة التي قد يكون من شأنها نقل الارهاق من متعاقد الى آخر، طالما ان تلك الظروف او الاستحالة المادية يرجى زوالها طبقاً للمألوف.

وان ما تقدم تعد ضوابطاً لابد من اجتماعها ليتسنى للمحكمة وقف تنفيذ عقد المقاولة.

الفرع الثاني: تمييز وقف تنفيذ عقد المقاولة عما يشتبه به

نبين في هذا الفرع تمييز وقف التنفيذ في عقد المقاولة عن الفسخ والانفساخ والامتداد القانوني والعقد الموقوف والعذر الطارئ للفسخ وكما يأتي:

١. **تمييز الفسخ عن وقف تنفيذ عقد المقاولة:**

ان الفسخ هو حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين نتيجة اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ويترتب على الفسخ ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وذلك الأثر يطال كل انواع الفسخ، ومن ثم فان الفسخ يترتب عليه زوال واخلال الرابطة العقدية من حين ابرامها لا من حين الفسخ وهو ما يسمى بالأثر الرجعي للفسخ.[١٩]

في حين ان وقف تنفيذ العقد هو وقف تنفيذ الالتزامات العقدية على أن تعود الى التنفيذ مجدداً بعد زوال الظرف الطارئ أو الاستحالة المؤقتة ومن ثم فان الأثر الجوهري لوقف التنفيذ ينحصر في وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة دون أن يكون لوقف التنفيذ أي أثر على وجود العقد، فوقف التنفيذ لا يمس العقد في وجوده بل يعوق ويوقف تنفيذ الالتزامات العقدية لمدة معقولة تحددها المحكمة بحسب مدة الظرف أو الاستحالة التي يرجى زوالها، فضلاً عن ان الفسخ يتحقق نتيجة اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه في حين ان وقف التنفيذ ينشأ نتيجة ظروف طارئة أو استحالة مؤقتة تقلب اقتصاديات العقد أو تمنع الاستمرار بتنفيذه، أضف الى ذلك ان الفسخ المنظم تشريعياً يختلف عن وقف التنفيذ غير المنظم تشريعياً من حيث ان الفسخ قد يترتب عليه تعويض في حال ثبوت الضرر، أما وقف التنفيذ فلا يترتب عليه تعويض لأنه لا ينتج عن خطأ وانما عن ظروف أو استحالة طارئة.

٢. **تمييز الانفساخ عن وقف تنفيذ عقد المقاولة:**

انفساخ العقد يعني زوال الرابطة العقدية بقوة القانون ومن تلقاء نفسها لاستحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ومن ثم فان العقد ينفسخ بحكم القانون دون تعويض ولا حاجة للجوء الى القضاء لاستصدار حكم بالفسخ إلا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب أجنبي، أما وقف التنفيذ فهو بقاء عقد المقاولة من حيث الوجود مع سكون العقد بوقف تنفيذ الالتزامات لحين زوال الظروف الطارئة المؤقتة، وإذا كان الانفساخ يقوم على اساس قوة قاهرة وهي واقعة لم تكن في الحسبان وغير متوقعة ولا يستطيع المدين دفعها، الأمر الذي يستحيل على المتعاقد تنفيذ التزامه العقدي، ومن ثم فان هذه القوة القاهرة قد لا يرجى زوالها

فيكون لها أثر مطلق على العقد فينقضي العقد بقوة القانون كهلاك المعقود عليه بقوة قاهرة، وقد تكون القوة القاهرة مما يرتجى زوالها فيكون لها اثر نسبي على العقد فتوقف تنفيذه للمدة التي يرتجى خلالها زوال تلك القوة أو الظرف الطارئ[٢١]، وهذا يعد أساساً قانونياً لوقف التنفيذ في عقد المقاولة، ومن ثم فان القوة القاهرة في الانفساخ هي مطلقة أما القوة القاهرة التي توقف عقد المقاولة فهي نسبية يرتجى زوالها كالسيول أو الفيضانات أو المياه الجوفية، اضافة الى ان الانفساخ يعد القانون مصدراً مباشراً له أما وقف تنفيذ عقد المقاولة فان النص القانوني المفترض يعد مصدراً غير مباشر له ويعد حكم المحكمة بوقف التنفيذ مصدراً مباشراً له، فضلاً عن ان الانفساخ منظم تشريعياً[٢٢] وهذا ما يفتقر اليه وقف التنفيذ في عقد المقاولة.

٣. تمييز الامتداد القانوني عن وقف تنفيذ عقد المقاولة:

الأصل ان العقد ينقضي بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد، إلا أن المشرع يتدخل في بعض التصرفات والأوضاع القانونية ليمد بمدة العقد رغم انقضائها لتستمر العلاقة التعاقدية بعد انتهاء المدة الأصلية للعقد وذلك بدافع اقامة توازن قانوني لبعض العلاقات التعاقدية وحماية الطرف الضعيف فيها بحسب الرؤية التشريعية التي يستند اليها المشرع في ذلك التدخل بحياة ومدة العقد، كما هو الحال في عقد الايجار، ففي عقد الايجار اذا كان العقد خاضعاً بأحكامه الى قوانين الايجار[٢٣] فان العقد يخضع الى الامتداد القانوني والذي يتجسد بنص تشريعي يلزم بموجبه المؤجر في الاستمرار بالعلاقة الايجارية بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد رغم ارادة او معارضة المؤجر، ويعد مبدأ الامتداد القانوني في العلاقة الايجارية من النظام العام.[٢٤]

ويلتقي الامتداد القانون بوقف التنفيذ من حيث انهما لا يتحققان إلا بتدخل المشرع بنص تشريعي من النظام العام يهدف الى توازن العقد قانونياً واقتصادياً، إلا أن الامتداد القانوني يعني استمرار تنفيذ الالتزامات العقدية الى ما بعد انقضاء مدة العقد الأصلية، في حين ان وقف تنفيذ العقد يعني سكون وسبات وتوقف أداء الالتزام العقدي طيلة مدة الظرف أو الاستحالة المؤقتة ولمدة معقولة ليعود الالتزام العقدي مجدداً للتنفيذ بعد زوال القوة القاهرة المؤقتة أو الاستحالة التي يرتجى زوالها، ومن ثم فان الامتداد يفضي الى الاستمرار بتنفيذ الالتزام العقدي في حين ان وقف التنفيذ يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام العقدي لمدة معقولة من الزمن، فضلاً عن ان النص التشريعي يعد مصدراً مباشراً للامتداد القانوني وهو يعد مصدراً غير مباشر لوقف التنفيذ وقرار المحكمة هو الذي يعد مصدراً مباشراً لوقف التنفيذ في عقد المقاولة استناداً للنص القانوني.

٤. تمييز العقد الموقوف عن وقف تنفيذ عقد المقاولة:

ان العقد الموقوف هو عقد صحيح لاستكماله لأركانه إلا ان آثاره تبقى موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ، وان آثاره تتوقف اذا اعترى العقد عيب من عيوب الرضا[٢٥]، ويلتقي العقد الموقوف بفكرة وقف التنفيذ من حيث ان العقد في الحالتين صحيح وله كيان ووجود قانوني، إلا ان العقد الموقوف يتعلق بآثار العقد أو حكمه بنص القانون، فمثلاً في عقد البيع لا تنتقل الملكية من البائع الى المشتري اذا اعترى ارادة أحد العاقدين عيب من عيوب الرضا، وعدم ترتيب العقد لآثاره أو حكمه ثابت بنص القانون، أي ان نص القانون هو مصدر مباشر لترتيب حكم العقد الموقوف بعدم نفاذه، أما فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة فهي تتصل بتنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد، حيث تدخل تلك الالتزامات في حالة من السبات والسكون لتعود مجدداً للتنفيذ بعد زوال الظرف الطارئ المؤقت أو الاستحالة المادية المؤقتة، وان القانون يعد مصدراً غير مباشر لتوقف الالتزامات لأن حكم المحكمة هو المصدر المباشر لتوقف الالتزامات بالاستعانة بالنص القانوني المفترض، وبالتالي فان وقف تنفيذ الالتزامات في عقد المقاولة لا يتحقق تلقائياً كما هو الحال في العقد الموقوف بعد أن نص المشرع على حالات العقد الموقوف على سبيل الحصر والتحديد بل ان وقف التنفيذ في عقد المقاولة يتحقق بحكم المحكمة بالاستعانة بنص القانون اذا تعرض العقد لظرف طارئ أو قوة مؤقتة يرجى زوالها وان تلك القوة أو الظرف هو غير محدد بنص القانون المفترض لأنه يعد مسألة وقائع لا يمكن حصرها وانما تحدد شروطه، فضلاً عن ان العقد الموقوف يتصل بالتوازن القانوني للعقد، أما فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة تتصل بالتوازن الاقتصادي والقانوني للعقد، اضف الى ذلك ان العقد الموقوف يتصل من حيث الأصل بعيب من عيوب الرضا أي يتصل بركن التراضي في مرحلة تكوين العقد، أما فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة فلا يتصل بعيوب الرضا ولا مرحلة تكوين العقد وانما تتصل بتنفيذ العقد لأن الرضا يفترض وجوده وصحته.

٥. تمييز مبدأ العذر الطارئ للفسخ عن وقف تنفيذ عقد المقاولة:

نصت المادة (٧٩٢) من القانون المدني العراقي على أنه:

(١- اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته، اذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو في اثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه المبينة بالمادة ٧٤١ وعلى ان يعوض للطرف الآخر تعويضاً عادلاً.

٢- فاذا كان المؤجر هو الذي يطلب الفسخ فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو حتى يحصل على تأمين كاف)[٢٦].

يتضح من هذا النص ان العذر الطارئ للفسخ يلتقي مع فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة من حيث مبدأ العذر الطارئ وفكرة وقف التنفيذ في عقد المقاولة يقوم كلاهما على أساس مقتضيات العدالة وازالة الضرر او التخفيف منه وانهما يستندان الى اساس وقوع حوادث طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً من حيث الأصل، إلا ان العذر الطارئ للفسخ يختلف عن فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة من حيث ان المحل الذي ينصب عليه العذر الطارئ من حيث الأصل هو أحد المتعاقدين بحيث يترتب على الاستمرار بالعقد ضرر بالمتعاقد كإعسار المستأجر أو نقله في حين ان الظرف الطارئ في فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة ينصب على محل الالتزام ذاته كأن ينصب على التزام المقاول بانجاز العمل وادخاله في حيز الارهاق والخسارة غير المألوفة نتيجة الارتفاع بأسعار المواد الأولية او الايدي العاملة التي تعهد المقاول بتقديمها وذلك نتيجة ظرف طارئ يرتجى زواله وغير متصل بذات المتعاقد بالتزامه، اضف الى ذلك ان القوة القاهرة المؤقتة أو الظرف الطارئ الذي يرتجى زواله في فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة يتسم بانه عام وليس خاصاً بأحد المتعاقدين كما هو الحال في العذر الطارئ للفسخ، فضلا عن ذلك فان العذر الطارئ يمكن دفعه في أكثر الأحيان كتغيير حرفة المستأجر مثلاً في حين ان فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة يقوم على أساس ظروف طارئة مؤقتة غير متوقعة لا يمكن دفعها أو تفاديها، ثم ان العذر الطارئ أخذ بأسلوب الفسخ لازالة ارهاق المتعاقد في حين ان فكرة وقف التنفيذ في عقد المقاولة لا تأخذ باسلوب الفسخ لاعادة توازن العقد اقتصادياً وانما توقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية لحين زوال الظرف الطارئ، لذا ففكرة وقف التنفيذ في عقد المقاولة لا تمس وجود وكيان العقد وانما تصيب الالتزامات العقدية فتدخلها في حالة سكون وسبات لمدة معقولة دون فسخ العقد، ولا يخفى في أن العذر الطارئ للفسخ هو خاص بعقد الايجار أما فكرة وقف تنفيذ العقد تتصل بعقد المقاولة وقد تتصل بعقود أخرى مستمرة التنفيذ.

المبحث الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القوانين والفقه

نبين في هذا المبحث موقف القانون العراقي والقانون المقارن من وقف تنفيذ عقد المقاولة، اضافة الى توضيح موقف الفقه القانوني والاسلامي من وقف التنفيذ وذلك في مطلبين متتاليين:

المطلب الأول: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القوانين

للاحاطة بوقف التنفيذ في عقد المقاولة تضمن هذا المطلب فرعين، الأول لموقف القانون العراقي، والثاني للقانون المقارن، وهذا ما سنبينه تباعاً.

الفرع الأول: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القانون العراقي

نصت المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي على انه:

(ليس للمقاول اذا ارتفعت اسعار المواد الأولية وأجور الايدي العاملة ان يستند الى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على انه اذا 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 الأجرة أو فسخ العقد)

كما نصت المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي على انه:

(١- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

من المسلم به ان العقد اذا انعقد صحيحاً، فان الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد تعد ملزمة لأطرافه ومن ثم يتعين تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه دون تعديل فيه كما ليس للمحكمة ان تعدل العقد دون رضاء المتعاقدين أو وجود نص في القانون يجيز للمحكمة التدخل في العقد وتعديله وذلك النص يأتي قطعاً بناءً على اعتبارات اقتصادية أو مبادئ العدالة بما يضمن التوازن القانوني والاقتصادي للعقد بما يترتب عليه من استقرار المعاملات وحماية الطرف الضعيف في العقد، وهذا التدخل يبدو جلياً في عقد المقاولة استناداً الى نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي)، حيث أجازت للمحكمة التدخل في العقد وزيادة الأجرة أو فسخ العقد ولم تنص على منح المحكمة صلاحية واضحة لوقف تنفيذ العقد اذا انهار التوازن الاقتصادي للعقد انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان، لاسيما ان وقف تنفيذ الالتزامات العقدية يعد تدخلاً في صميم العقد ويمس كيانه لذا نرى ان النص المذكور لا يعين المحكمة على التدخل في حياة العقد بوقف التنفيذ لحين زوال الحوادث الطارئة إن كانت مما يرتجى زوالها وانما للمحكمة زيادة الأجرة أو فسخ العقد، تلك الخيارات التي صرح بها القانون للمحكمة وان التدخل في حياة العقد والتزاماته يأتي على خلاف الأصل أي انه يأتي على سبيل الاستثناء، ومن الثابت ان الاستثناء لا يمكن التوسع فيه وانما يجب تفسير النص في حدود ضيقة والتي تعني ان للمحكمة صلاحية زيادة الأجرة أو الفسخ فقط دون سواهما.

لذا فان وقف تنفيذ عقد المقاولة يستلزم نصاً قانونياً يصرح للمحكمة بتلك السلطة وبتوافر الشروط السابق ذكرها.

ويذهب جانب من الفقه[٢٧] الى أن نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي) ما هو إلا تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة (٢/١٤٦/ مدني عراقي) مع التوسع في آثارها الى حد فسخ عقد المقاولة. إلا أننا لا نرى ان هذا النص هو تطبيق لنظرية الظروف الطارئة لأن من غير المنطق أن يخرج التطبيق التشريعي على المبدأ أو النظرية المستمد منها. ففي الوقت الذي تقتصر آثار نظرية الظروف الطارئة على خفض الالتزام المرهق الى الحد المعقول الذي تقضي به العدالة فنجد ان نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي) الخاصة بعقد المقاولة تجيز للمحكمة فسخ العقد وهذا الخيار غير موجود أصلاً في المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة . لذا نجد ان تعديل أو الغاء عقد المقاولة استناداً الى حكم المادة (٨٧٨ مدني عراقي) ما هو إلا خيار قانوني يمنحه القانون للمحكمة لاقامة التوازن القانوني والاقتصادي بين التزامات المتعاقدين التي قد تتعرض الى الانهيار نتيجة ظروف أو حوادث مؤقتة، وهو يهدف الى دفع الضرر ويقوم على أساس فكرة الاستحالة المؤقتة أو الظرف الطارئ المؤقت والذي يستند الى قاعدة عودة الممنوع بزوال المانع كما أشرنا، مما يستلزم تدخل المحكمة لرفع الارهاق والمحافظة على الوجود القانوني للعقد بدلاً من فسخه أو تعديل التزاماته من الناحية الكمية وان مصدر ذلك الغير مباشر هو نص القانون المفترض ومصدره المباشر حكم المحكمة.

كما ويؤخذ على نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي) ما يلي:

١. ان نص المادة المذكور حدد الحوادث التي لم تكن في الحسبان وقت التعاقد تتجسد بارتفاع اسعار المواد الأولية وأجور الايدي العاملة، إلا انه من الممكن ان يتجسد الحادث غير المتوقع الذي يقود الى انهيار اقتصاديات العقد بانخفاض شديد للقوة الشرائية للعملة الوطنية حيال العملة الاجنبية والتي تستخدم لاستيراد المادة الأولية، وذلك نتيجة التضخمات النقدية المحتملة، فالنص القانوني الحالي يبقى عاجزاً اتجاه هكذا احتمال طالما ان اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة التي هي مناط وضابط النص لم ترتفع. اضف الى ذلك فان النص انصرف الى المقاول بالرغم من ان اقتصاديات العقد قد تنقلب ضد مصلحة رب العمل كأن يلتزم بدفع الأجرة بمبلغ محدد في عقد المقاولة على أساس نسب الانجاز وترتفع قيمة العملة الوطنية اتجاه العملة الاجنبية على نحو كبير بما يترتب عليه صعوبة تسديد الاجرة بالمبلغ المتفق عليه في العقد نتيجة حوادث مؤقتة

يرتجى زوالها، ففي هكذا فروض يعجز نص المادة (٨٧٨) من معالجة هذه الحالات، فضلاً عن انه لا يمكن تطبيق احكام المادة (١/١٤٦ مدني عراقي) لأن القانون العراقي يأخذ بالعملة المنصوص عليها في العقد وبعددها المذكور دون نظر الى ارتفاع او انخفاض القوة الشرائية لهذه العملة[٢٨]، فاذا كانت تلك التقلبات يرتجى زوالها فللمحكمة ان توقف تنفيذ العقد لحين زوالها طبقاً للنص القانوني المفترض حفاظاً على توازن العقد اقتصادياً وقانونياً.

٢. ان نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي) وصف الحوادث في عقد المقاولة بأنها (حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد)، وهذا النص جاء مطلقاً أو غامضاً، فكان الأولى بالمشرع أن يصرح بأن الحوادث هي (حوادث استثنائية عامة غير متوقعة) وذلك لأن عدم التصريح قد يدفع القضاء الى تفسيره نحو الحوادث التي لم تكن في الحسبان سواء كانت عامة أم خاصة بأحد المتعاقدين وذلك أذا تمسكت المحكمة بعمومية وحرفية النص، لذا فالتصريح أولى ومن شأنه أن يقطع الاجتهادات في هذا الصدد التي يترتب عليها تناقض الاحكام.

٣. ان نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي) يُطبق اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب الحوادث، ومن ثم فان ارتفاع اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة اذا ترتب عليها ان تنفيذ العقد أصبح عسيراً فليس للمحكمة ان تفعل الخيارات الممنوحة لها، في حين نرى ان من الاولى ان يشمل النص حالة التنفيذ العسير للعقد طالما انه يتضمن مفهوم الارهاق اي الخسارة غير المألوفة وان لم يصل الى درجة الانهيار الاقتصادي التام للعقد، ذلك ان مقتضيات العدالة تستلزم مد يد العون للمتعاقد اذا كان تنفيذ التزامه أصبح عسيراً وانطوى على مضمون الارهاق بأن يضاف الى سلطة المحكمة خيار وقف تنفيذ العقد طالما ان ذلك العسر ناتج عن حوادث يرتجى زوالها وعدم الاكتفاء بالانهيار التام لاقتصاديات العقد وعدم الاكتفاء بتحديد خيارات المحكمة بالفسخ أو زيادة الاجرة، صحيح ان نص المادة (٢/١٤٦/ مدني عراقي) التي تجسد مبدأ نظرية الظروف الطارئة تتضمن خفض الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، والارهاق يعد اعساراً شديداً إلا أن الخيارات القانونية امام المحكمة استناداً لنص المادة (٢/١٤٦/ مدني عراقي) لا تمنح المحكمة وقف تنفيذ الالتزام العقدي صراحة لمعالجة اختلال التوازن الاقتصادي في العقد.

ومن ثم فان القانون المدني العراقي لم يصرح بوقف تنفيذ عقد المقاولة كوسيلة لمعالجة التوازن الاقتصادي المختل في العقد بالرغم من نجاعة هذه الوسيلة حيث انها تحافظ على وجود وكيان العقد ولا تعدل من الالتزامات وانما توقفها لمدة معقولة ولحين زوال الحوادث الطارئة إن كانت تتصف بالتأقيت.

الفرع الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في القانون المقارن

نص القانون المدني المصري في المادة (٦٥٨) على أنه:

(٣- وليس للمقاول، اذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الايدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند الى ذلك ليطلب زيادة في الأجور ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيرا.

٤- على انه اذا 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 ان يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد).

كما نصت المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري على انه: (ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[٢٩].

يتضح من هذه النصوص التشريعية ان المشرع المصري لا يجيز كمبدأ عام طلب زيادة الأجور نتيجة ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الايدي العاملة ولو نتج عنه عسر في تنفيذ الالتزام العقدي إلا انه اذا انهارت وانقلبت اقتصاديات العقد بسبب حوادث استثنائية عامة فان ذلك يعد مبرراً لطلب زيادة الأجرة أو الفسخ، ويلاحظ ان الفقرة (٤) من المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري اشترطت ان تكون الحوادث استثنائية وعامة، ومن ثم فان الحوادث مقيدة بأن تتصف بالاستثناء والعمومية وذلك يأتي انسجاماً مع الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة.

ويبدو ان شروط نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام في المادة (٢/١٤٧ مدني مصري) تتفق مع الشروط الواردة في عقد المقاولة في المادة (٦٥٨ مدني مصري) إلا أن الجزاء يختلف في عقد المقاولة عن نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام، حيث للمحكمة في نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام سلطة الموازنة بين مصلحة الطرفين من خلال رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ومن ثم فللمحكمة تعديل الالتزام العقدي زيادة أو نقصاناً إلا انه

ليس للمحكمة أن تحكم بفسخ العقد على خلاف ما هو منصوص عليه في المادة (٤/٦٥٨/ مدني مصري) الخاصة بعقد المقاولة حيث للمحكمة سلطة زيادة الأجرة أو فسخ العقد اذا وجد ما يبرر الفسخ وعدم جدوى زيادة الأجرة كما اذا لاحظت المحكمة ان زيادة الأجرة ليس من شأنها رفع الارهاق عن المقاول أو ان زيادتها يولد ارهاقاً جديداً لرب العمل.

وتجدر الاشارة الى أن التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة الواردة في المادة (٦٥٨ مدني مصري) يقتصر على المقاولة التي يكون فيه الأجر قد حدد بمبلغ اجمالي على أساس تصميم متفق عليه. أما المقاولة التي يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة فتسري عليها نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام فقط الواردة في المادة (٢/١٤٧/ مدني مصري)[٣٠].

وبناءً على ما تقدم فان القانون المدني المصري لم يصرح بوقف تنفيذ عقد المقاولة كوسيلة لاقامة التوازن في عقد المقاولة دون المساس بالتزامات المتعاقدين من حيث تعديلها كماً ولا المساس بكيان و وجود العقد. فالمشرع المصري في معالجته التشريعية في عقد المقاولة صرَح للمحكمة بزيادة الأجر أو فسخ عقد المقاولة كوسيلة لمعالجة انهيار التوازن الاقتصادي في العقد. وفي المادة (١٤٧/مدني مصري) اعتد المشرع المصري بأسلوب رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أي الاعتداد بمعالجة الارهاق عن طريق تعديل الالتزام بالزيادة او النقصان ولم يصرح بوقف التنفيذ والذي يتعلق بجوهر الالتزام العقدي مما يستلزم النص التشريعي الصريح عليه.

وفي التشريعات العربية الأخرى فان القانون المدني السوري في المادة (٦٢٤) لم ينص على جواز الفسخ أو زيادة الأجرة في عقد المقاولة اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول نتيجة حوادث استثنائية عامة. ومن ثم فليس أمام القضاء في القانون المدني السوري سوى تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام المنصوص عليها في المادة (٢/١٤٨/ مدني سوري) والتي لم تنص بدورها على امكانية وقف تنفيذ العقد.

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد نص في المادة (٦٧٥) على انه: (من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناءً على رسم أو تقويم وضعه بنفسه أو وافق عليه، لا يجوز له أن يطلب زيادة على البدل بحجة ان النفقات تجاوزت المبلغ المقدر في الرسم أو في التقويم إلا اذا كان صاحب الأمر هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ، أو كان هناك نص على العكس).

يتضح من هذا النص ان المشرع اللبناني لم ينص كذلك على جواز تعديل الأجرة أو فسخ عقد المقاولة اذا انهار التوازن الاقتصادي في العقد نتيجة الحوادث الاستثنائية فضلاً عن أن المشرع اللبناني لم يورد نصاً لنظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام اي انه لا يقرها أصلاً. وبالتالي لا مجال للتحدث عن امكانية وقف تنفيذ عقد المقاولة في القانون اللبناني.

أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (١٧٩٣) على انه: (عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشييد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز له أن يطالب بأي زيادة في الثمن سواء أكان بحجة زيادة أجور اليد العاملة أو المواد أم بحجة التغيرات أو الزيادات التي اجريت على التصميم، إن لم تكن هذه التغييرات والزيادات قد أجيزت خطياً وان لم يتم الاتفاق على الثمن مع المالك).

يتضح من هذا النص ان القانون المدني الفرنسي لا يقر نظرية الظروف الطارئة لا في عقد المقاولة ولا في مبدئها العام مما دفع القضاء الفرنسي الى الالتجاء الى نظرية الغلط للوصول الى حكم عادل اتجاه انعدام النص.[٣١]

وبناءً على ما تقدم فان القانون المقارن لم يتضمن نصاً صريحاً على جواز وقف تنفيذ عقد المقاولة اذا حدثت ظروف استثنائية تقلب اقتصاديات العقد أو تحول دون تنفيذه مؤقتاً وانما اقتصر بعضها على جواز زيادة الأجرة أو الفسخ رغم ما لوقف التنفيذ من أهمية كبيرة في المحافظة على استقرار المعاملات من خلال الابتعاد عن الفسخ أو تعديل الالتزامات كمياً.

المطلب الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في الفقه

نبين في هذا المطلب موقف الفقه القانوني والفقه الاسلامي من وقف تنفيذ عقد المقاولة، وذلك في فرعين متتاليين:

الفرع الاول: وقف تنفيذ عقد المقاولة في الفقه القانوني

يذهب الفقه القانوني في مصر[٣٢] الى أن شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية بتطبيقها الخاص في عقد المقاولة، ومن ثم فان ما ورد في عقد المقاولة من زيادة في الأجر أو فسخ للعقد هو تطبيق تشريعي خاص لنظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام مع الاختلاف أو التوسع في الجزاء في التطبيق التشريعي، ففي المبدأ العام يجوز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ومن ثم فللمحكمة سلطة واسعة في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي في العقد، فقد ترى المحكمة ان معالجة الاختلال في اقتصاديات العقد لا ياتي عن طريق انقاص الالتزام المرهق ولا زيادة الالتزام المقابل بل وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارئ إلا انه ليس للمحكمة فسخ العقد في المبدأ العام ولها ذلك في التطبيق التشريعي في عقد المقاولة، وقطعاً ان المحكمة لا تحكم بفسخ عقد المقاولة إلا اذا وجدت مبرراً قوياً لذلك، ومن ثم فان هذا الفقه يذهب الى ان وقف تنفيذ عقد المقاولة لا يتعارض مع أحكام القانون الوارد في المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة أو التطبيق التشريعي في عقد المقاولة حيث ان القاضي قد لا يرى داعياً أو مبرراً لفسخ المقاولة ولا لزيادة الأجر أو خفضه بل يكتفي بوقف تنفيذ عقد المقاولة حتى يزول الحادث الطارئ اذا كان ذلك الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت معقول وقصير، كأن

يتعهد مقاول باقامة أبنية وترتفع أسعار المواد الأولية التي تعهد بتقديمها وذلك نتيجة لحادث طارئ يرجى زواله خلال مدة معقولة كانقطاع الاستيراد لأمد محدد اذا لم يكن في فترة وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب الأبنية، ومن ثم فان الفقه المصري ذهب الى جواز وقف تنفيذ عقد المقاولة واساسه نظرية الظروف الطارئة التي تمنح المحكمة سلطة واسعة لرفع الارهاق.

أما الفقه في العراق[٣٣] فيذهب أيضاً الى ان زيادة الأجر أو فسخ المقاولة نتيجة الحوادث غير المتوقعة يعد تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام مع التوسع في آثارها حيث ان نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام لا تجيز الفسخ، وان للمحكمة وقف تنفيذ عقد المقاولة برغم عدم نص المادة (٨٧٨ مدني عراقي) على وقف التنفيذ كأسلوب لمعالجة الانهيار الاقتصادي لعقد المقاولة، على اعتبار ان المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليه في المادة (٢/١٤٦/ مدني عراقي) هو نص عام يجيز وقف التنفيذ.

واذا كان الفقه في مصر يذهب الى جواز وقف تنفيذ عقد المقاولة لأن ذلك لا يتعارض مع أحكام المادة (٦٥٨ مدني مصري) التي عالجت اختلال توازن عقد المقاولة وأضافت وسيلة جديدة لازالة انهيار اقتصاديات العقد وذلك بالفسخ، فان وقف تنفيذ عقد المقاولة يستمد من المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة الواردة في المادة (٢/١٤٧/ مدني مصري) التي منحت المحكمة سلطة (رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) ورغم ان عبارة (رد الالتزام المرهق) عبارة واسعة المفهوم وتمنح المحكمة سلطة واسعة لتعديل العقد لازالة الارهاق إلا أن ذلك قد يثير الشك لدى القضاء في امكانية تبني وسيلة وقف التنفيذ التي تمس جوهر العقد اذا كانت تلك الحوادث الطارئة مؤقتة لاسيما وان تلك الوسائل تأتي على سبيل الاستثناء من القوة الملزمة للعقد، لذا نرى ضرورة النص على هذه الوسيلة صراحة ليتسنى للقضاء تبنيها من ضمن وسائل معالجة الاختلال الاقتصادي في عقد المقاولة أو لتجنب فسخ العقد اذا كان العقد بصدد استحالة مادية مؤقتة.

أما الفقه في العراق والذي عد ما ورد في المادة (٨٧٨ مدني عراقي) من زيادة الأجرة أو فسخ العقد ما هو الا تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة مع التوسع بآثارها نحو الفسخ، وجواز وقف تنفيذ عقد المقاولة لمعالجة الانهيار الاقتصادي في العقد استناداً للمبدأ العام في نظرية الظروف الطارئة في المادة (٢/١٤٦ مدني عراقي).

الا أن ذلك الاتجاه الفقهي يفتقر الى السند القانوني حيث ان نص المادة (٢/١٤٦ مدني عراقي) تضمن منح المحكمة سلطة انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول وان ذلك لا يمكن ان يفيد تحت اي تفسير قانوني امكانية وقف

تنفيذ التزامات العقد لحين زوال الظرف الطارئ المؤقت لان نقص الالتزام ينصرف الى كمية الالتزام لا الى مدته لذا فان ليس للقضاء الحكم بوقف تنفيذ عقد المقاولة لانعدام النص التشريعي، وعلى المشرع النص على جواز وقف تنفيذ التزامات المتعاقدين في عقد المقاولة بالشروط التي ذكرناها سابقاً باعتبارها وسيلة هامة لمعالجة الارهاق أو الانهيار الاقتصادي في عقد المقاولة أو للحد من آثار الاستحالة المادية المؤقتة على عقد المقاولة وذلك بعيداً عن تعديل الالتزامات التعاقدية من حيث الكم كزيادة الأجرة وتجنب الفسخ الذي يفضي الى زعزعة المعاملات المالية.

الفرع الثاني: وقف تنفيذ عقد المقاولة في الفقه الاسلامي

ان الفقه الاسلامي عرف عقد المقاولة وأطلق عليه عقد الاستصناع وعرفه الفقهاء المسلمون بعدة تعريفات منها، ان الاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع[٣٤] وعُرَف على انه عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً[٣٥]. كما عرف الاستصناع بأنه عقد يتعهد به المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، وتعد شخصية الصانع محل اعتبار في عقد الاستصناع ومن ثم ينتهي الاستصناع بموت الصانع.[٣٦]

والاصل في الفقه الاسلامي هو الوفاء بالعقود واحترام ارادة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد، استناداً لقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"[٣٧].

وان مضمون الآية الكريمة ينصرف الى كافة أنواع العقود، فلا يجوز تعديل العقد إلا باتفاق المتعاقدين، إلا ان تنفيذ العقد يجب أن لا يترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين، فاذا ترتب عليه ضرر لحق أحد المتعاقدين وجب رفع الضرر دون حاجة لموافقة طرفية، ويتولى القضاء ذلك استناداً الى القواعد الكلية في الفقه الاسلامي التي تقوم على أساس رفع الضرر، ومن تلك القواعد (لا ضرر ولا ضرار) و (الضرر يزال) و (الضرورات تبيح المحظورات) وغير ذلك من القواعد الكلية التي توجب رفع الضرر، وبناءً على ذلك ذهب الفقهاء المسلمون في معالجاتهم للمسائل العملية الى انه اذا عقد العقد في ظل ظروف معينة ثم تغيرت تلك الظروف حين تنفيذ العقد وترتب على ذلك ضرر بأحد المتعاقدين جاز للعاقد المضرور طلب فسخ العقد للعذر رفعاً للضرر، واذا أصابت الثمار والبقول المبيعة قبل جنيها آفة أدت الى نقصانها أو هلاكها، جاز نقصان الثمن بقدر ما نقص من الثمر في الحالة الأولى وبطلان البيع والرجوع على البائع بجميع الثمن في الحالة الثانية، وإذا أخرت تلك الآفة بلوغ الثمار أو نضوجها فان العقد يمتد لحين أن تنضج الثمار دفعاً للضرر[٣٨].

وذهب الفقهاء المسلمون الى أبعد من ذلك حيث عرفوا وقف تنفيذ العقد من خلال المسائل العملية التي عرضوا لها، فاذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف قاهرة يرجّى زوالها تحول دون الاستمرار بالتنفيذ، كحدوث حرب تمنع الصانع من استيراد المادة الخام التي لا توجد في البلاد مثلها، أو ان يشب حريق في المصنع فأتى على كل ما فيه، فان هذه تعد طوارئ مؤقتة تلحق ضرراً بالصانع وتجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار وتوقف الصانع عن تنفيذ التزامه لفترة أو فسخ العقد، واذا اتفق شخص مع آخر على صناعة شيء معين وتم الايجاب والقبول على ذلك ولكن حدث للصانع ظرف قاهر او حادث طارئ منعه من تحقيق ما اتفق عليه سواء كانت تلك الطوارئ مكتسبة من الغير او سماوية تصيب الصانع بالضرر فان المستصنع بالخيار بين الانتظار اي وقف التنفيذ او فسخ العقد لاستناد الشريعة الاسلامية على القدرة والاستطاعة في تكاليفها التشريعية عملاً بقوله تعالى " لا يكلف اللّه نفساً الا وسعها" . كما عرف الفقهاء المسلمون وقف تنفيذ العقد في غير عقد الاستصناع فعرفوه ايضاً بعقد الاجارة حيث ذهبوا الى انه اذا حدث خوف عام يرجّى زواله يمنع من سكنى المأجور فللمستأجر أن يستوفي المنفعة بعد زوال ذلك الخوف العام الذي طال المكان الذي يوجد فيه المأجور وذلك بدلاً من فسخ الاجارة.[٣٩]، وهذا يعني ان الخوف العام المؤقت هو بمثابة قوة قاهرة مؤقتة يرجّى زوالها، فللمستأجر أن يستوفي المنفعة بعد زوال ذلك الخوف أي توقف تنفيذ العقد طيلة ذلك الخوف ليعود مجدداً بعد زواله، كما ذهبوا الى أنه إذا مُنع المستأجر من استيفاء المنفعة بفعل المؤجر أو غيره فيثبت للمستأجر حق الفسخ وان لم يفسخ الاجارة وزال المانع من استيفاء المنفعة وعادت العين الى المستأجر فللمستأجر أن يستوفي منفعة المأجور خلال المدة المتبقية من حياة العقد، طالما ان الاستحالة في استيفاء المنفعة هي استحالة مؤقتة وليست دائمة.[٤٠]

ويتضح من ذلك ان الفقهاء المسلمين عرفوا وقف تنفيذ العقد طالما ظهر عائق من العوائق التي تمنع من الاستمرار بالعقد فاذا زال المانع عاد الممنوع.

خاتمة:

بعد أن وصلنا الى نهاية هذه الدراسة بمؤازرة الله لا بد لنا من ختتمها بذكر أبرز الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها عبر دراسة فكرة وقف التنفيذ في عقد المقاولة:

أولا- الاستنتاجات

١. ان فكرة وقف التنفيذ في عقد المقاولة يقوم على أساس وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية لمدة معقولة من الزمن نتيجة حوادث استثنائية عامة تقلب اقتصاديات العقد أو تجسد استحالة مادية مؤقتة تمنع الاستمرار بتنفيذ العقد، لتعود الالتزامات مجدداً من سباتها الى حياتها بعد زوال تلك الحوادث، ومن ثم فان وقف التنفيذ في عقد المقاولة يعد وسيلة للمحافظة على استقرار المعاملات من الفسخ أو تعديلها من الناحية الكمية.

٢. ان وقف تنفيذ عقد المقاولة يقوم من حيث تكييفه القانوني على قاعدة اذا تعارض المانع والمقتضى قُدَم المانع واذا زال المانع عاد الممنوع، فمقتضى عقد المقاولة تنفيذه، إلا ان وجود المانع المتجسد بالحوادث الاستثنائية التي تقلب اقتصاديات العقد أو تحول دون تنفيذه مؤقتاً مما يستوجب تقديم المانع على المقتضى، فاذا زال المانع بزوال الحوادث العامة الاستثنائية عاد الممنوع وهو مقتضى عقد المقاولة.

٣. ان القانون العراقي والقوانين العربية الأخرى والقانون الفرنسي لم تنص على وقف تنفيذ عقد المقاولة كوسيلة لمعالجة اختلال العقد اقتصادياً أو لمعالجة الاستحالة المادية المؤقتة التي تحول دون الاستمرار بالتنفيذ، وانما اكتفت معظمها بزيادة الأجرة أو الفسخ رغم ان زيادة الأجرة قد لا تزيل الارهاق بل قد تنقله من ذمة المقاول الى ذمة رب العمل، فضلاً عن ان الفسخ من شأنه ان يزيل الرابطة التعاقدية وذلك لا ينسجم قطعاً مع السياسات التشريعية العامة الهادفة الى التقليل من حالات البطلان.

٤. ان الفقه القانوني من حيث الأصل سواء في مصر أو العراق أجاز وقف تنفيذ عقد المقاولة كوسيلة لمعالجة انهيار اقتصاديات العقد، وذلك استناداً الى نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام، إلا ان وقف تنفيذ العقد إن كان لا يمس وجود العقد وينصرف الى ادخال الالتزامات التعاقدية في حالة سبات فهو يمس جوهر الالتزام العقدي الذي لا يجوز مخالفته إلا بالاتفاق أو النص

الصريح، وان نظرية الظروف الطارئة لم تنص على جواز وقف التنفيذ صراحة مما يستلزم تفسير كل ما يأتي على خلاف الالزام العقدي في حدود ضيقة لأنه يأتي على خلاف الأصل لذا نرى ان ليس للقضاء وقف التنفيذ في عقد المقاولة إلا بنص قانوني صريح، ولم نلحظ ان هناك تطبيقات قضائية لوقف التنفيذ في عقد المقاولة.

٥. ان الفقه الاسلامي عرف فكرة وقف تنفيذ العقد وذلك من خلال المسائل العملية الجزئية التي عرض لها الفقهاء في مسائلهم العملية وذلك استناداً الى القواعد الكلية في الفقه الاسلامي كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) ، (الضرر يزال) و (الضرورات تبيح المحظورات).

ثانياً- المقترحات

١. نقترح ادخال تعديل تشريعي على نص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي وهو (للمحكمة اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً نتيجة حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة او استحال معها تنفيذ العقد وكانت تلك الحوادث مما يرجى زوالها فللمحكمة ان تحكم بوقف تنفيذ عقد المقاولة لمدة معقولة ما لم يتضح للمحكمة استمرار تلك الحوادث فلها ان تحكم بزيادة الاجرة او فسخ العقد وكل اتفاق خلاف ذلك يعد باطلاً).

٢. نقترح أن ينص المشرع في المادة (٨٧٨ مدني عراقي) على وصف الحوادث بأنها (استثنائية عامة) وذلك قطعاً لأي اجتهاد في هذا الصدد وعدم الاعتداد بالظروف اذا كانت خاصة بأحد المتعاقدين وإن قادت الى انهيار اقتصاديات العقد كحالة اعسار المقاول أو رب العمل.

٣. نقترح أن ينص المشرع على تحديد مفهوم وقف تنفيذ عقد المقاولة بأنه (وقف الالتزامات التعاقدية لمدة معقولة من الزمن نتيجة حوادث استثنائية عامة قادت الى انهيار العقد اقتصادياً ما ترتب عليه ارهاق شديد أو حالت تلك الحوادث دون الاستمرار بتنفيذ العقد وكانت تلك الحوادث مما يرجى زوالها).

٤. نقترح أن ينص المشرع على منح المحكمة سلطة اضافة المدة التي توقف فيها عقد المقاولة الى المدة الأصلية للعقد اذا كان ذلك ضرورياً لانجاز المقاولة.

٥. نقترح أن ينص المشرع صراحة على الضوابط اللازم تحققها لتحكم المحكمة بوقف تنفيذ عقد المقاولة والتي تتلخص بأن يجد بعد ابرام العقد أو اثناء تنفيذه حوادث استثنائية عامة يرتجى زوالها ويقود الى انهيار التوازن الاقتصادي للعقد انهياراً تاماً أو تجسد تلك الحوادث استحالة مادية مؤقتة في تنفيذ الالتزام على ان تكون تلك الحوادث مما لا يمكن دفعها من المدين ببذل جهد معقول وان لا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق الدائن.

تلك هي أبرز الاستنتاجات والمقترحات التي خرجنا بها من خلال هذه الدراسة، سائلاً الله ان تكون ذا نفع وفائدة وذلك أقصى الأماني.

الهوامش:

(١) ينظر: د. عبد الحي حجازي – عقد المدة- القاهرة- ١٩٥٠- مصر.
- Philipe MALAURE- Laurent AYWES/COURPS DE DROIT CIVIL/ Tome/ ١٢ edition / ١٩٩٨ / p/ ٣٦٨.

(٢) ينظر:د. حسن علي الذنون – دور المدة في العقود المستمرة- بغداد -١٩٨٨- ص٨.
- Philipe MALAURE- Laurent AYWES/COURPS DE DROIT CIVIL/ PARIS/ ١٩٨٦/ p/٢٧٧.
- HENRY ELTON MAZEAUD – JEAN MAZEDO AUD/ LE CONS/ DE DROIT CIVIL/ TOAME QUA TRIEME/ CINQUIEME / ١٩٨٢/ PARIS / P/١٧٦.

(٣) ينظر: العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الاول- ٧- الطبعة الثالثة/ مصر/٢٠١١- ١٨٥.

(٤) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر- الوجيز في العقود المدنية المسماة- لبنان- الطبعة الاولى- ٢٠١٥- ص٢٠٠ وما يليها.

(٥) ينظر: د. محمد حسين منصور- مصادر الالتزام – لبنان- ٢٠٠٠- ص٣٦٠،
DRIT CIVIL- LES CONTRACTS SPECIAUX- AIA iiv/ BENABENT- PARIS- ١٩٩٩- p.٢٠٠.

(٦) ينظر في تلك الاتجاهات الفقهية: د. عبد الحي حجازي- عقد المدة- ص١٥٥، د. حسن علي الذنون- دور المدة في العقود المستمرة- ص١٣٢، د. عبد المجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ج١- الطبعة الثانية- بغداد- ١٩٦٣- ص٣٧٥ وما يليها.

(٧) ينظر: نصوص المواد (١٦٧ مدني عراقي، (١٤٩ مدني مصري).

(٨) ينظر: نصوص المواد (١٧٠ مدني عراقي)، (٢٢٤ مدني مصري).

(٩) ينظر: نصوص المواد (١٤٦ مدني عراقي)، (١٤٧ مدني مصري).

(١٠)ينظر: نصوص المواد (٨٧٨ مدني عراقي)، (٦٥٨ مدني مصري)، (٦٥٧ مدني ليبي).

(١١) تجدر الاشارة الى ان محكمة التمييز الاتحادية في العراق قضت بأن عقد المقاولة المبرم مع دوائر الدولة ينبغي ان ينظم بشكل تحريري وفق الأسس والضوابط المعمول بها في دوائر الدولة، فاذا نفذ العقد وكان شفهياً فلا يقع هذا العقد باطلاً ويعد نافذاً لأن عدم اتباع الشكلية لا يحرم الطرف الآخر من حقوقه/ قرار محكمة التمييز الاتحادية/٢٥٢/ في ٢٠٠٨/٥/٢١ المجموعة المدنية – ص٢٢٩ وما يليها.

(١٢) ينظر: د. سليمان مرقس- نظرية العقد- القاهرة- ١٩٥٦- ص٣٤١.

(١٣) ينظر: د. عبد الجبار ناجي- انقضاء عقد المقاولة- بغداد- ١٩٧٩- ص٧٧.

(١٤) تجدر الاشارة الى أن مسألة فوات المدة المجدية لعقد المقاولة أو فوات الغرض من العقد مسألة وقائع يتولى قاضي الموضوع تقديرها، ولمحكمة التمييز سلطة تدقيق الأحكام القضائية اذا ظهر في الحكم خطأ جوهري، كأن يخطأ الحكم القضائي في فهم الوقائع: ينظر: نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(١٥) تجدر الاشارة الى القضية التي طلبت الشركة المقاولة اضافة شهرين الى المدة المتفق عليها في المقاولة لانجاز العمل بسبب أزمة قناة السويس إلا أن محكمة البداءة ردت الطلب لعدم اعتبارها الأزمة من الظروف الطارئة إلا أن محكمة الاستئناف قررت اضافتها الى مدة المقاولة بناءً على طلب الشركة، إلا ان محكمة التمييز ذهبت الى محكمة الاستئناف قد قضت بذلك دون الرجوع الى رأي الخبراء في هذا الصدد لمعرفة ما اذا كانت تلك الظروف تستوجب اضافة مدة الى عقد المقاولة وعليه فان عدم التفات محكمة الاستئناف الى ذلك يعد نقصاً أحل بصحة الحكم المميز لذا قررت نقضه/ ينظر: القرار التمييزي رقم /١٤١٠/ح/١٩٦٤/ في ١٩٦٤/١٢/٥ مجلة ديوان التدوين القانوني/ الاعداد /١-٢/ السنة الرابعة/ ١٩٦٥- ص٤٢٢ وما يليها.

(١٦) ينظر: قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق/ رقم/٩٤/ الهيئة المدنية/١٩٣٣ في ١٩٩٣/٧/٢١، وقرارها التمييزي /رقم/١٠٢/ الهيئة المدنية /١٩٩٣ في ١٩٩٣/٧/٣١.

(١٧) ينظر: د. محمد لبيب شنب- شرح احكام عقد المقاولة- مصر- ١٩٦٢- ص١٧٣.

(١٨) ينظر: العلامة السنهوري- الوسيط – ج٧- ص١٨٤.

(١٩) ينظر للمزيد من التفصيل: د. مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الاسكندرية- ١٩٨٧- ص٢٥٢ وما يليها، د. انور سلطان- مصادر الالتزام في القانون المدني- الطبعة الخامسة- الاردن- ٢٠١١- ص٢٥٤ وما يليها، د. عبد القادر الفار- مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة- الاردن- ٢٠١١ – ص١٥٥ وما يليها.

(٢٠) ينظر: نصوص المواد (١٧٧ مدني عراقي)، (١٥٧ مدني مصري)، (١٥٨ مدني سوري)، ٢٤٦ مدني اردني)

(٢١) تجدر الاشارة الى انه ليس للتفرقة في أثر القوة القاهرة بين استحالة التنفيذ بشكل دائم واستحالة التنفيذ بشلك مؤقت سند في نصوص القانون انما يرجع الفصل في ابتداعها الى القضاء الفرنسي الذي حاول ان يوفر كل الوسائل لتنفيذ العقود بأمانة واخلاص وان يحقق استقرار المعاملات وسلامة العلاقات الاجتماعية بين الناس، لذا فالقوة القاهرة لا تمنع من تنفيذ الالتزام اذا كانت مؤقتة بل يتوقف التنفيذ الى حين زوالها وذلك يعد أثراً نسبياً للقوة القاهرة أما أثرها المطلق فهو زوال العقد بقوة القانون اذا كانت القوة القاهرة دائمة ولا يرتجى زوالها خلال مدة معقولة: ينظر: د. عبد الحي حجازي- عقد المدة- ص١٥٤، الدكتور عبد الحكيم فودة- آثار الظروف الطارئة- الطبعة الاولى- الاسكندرية- ١٩٩٩- ص٤٩٤.

(٢٢) ينظر: نصوص المواد: (١٧٩ مدني عراقي)، (١٥٩ مدني مصري)، (١٦٠ مدني سوري)، (٢٤٤ موجبات وعقود لبناني).
(٢٣) ينظر: المادة الثالثة من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، المادة ١٨ من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين الاردني رقم ٩ لسنة ١٩٨٢، المادة الثالثة من قانون الايجارات اللبناني رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٩٤.
(٢٤) ينظر: د. فاضل حبشي- الامتداد القانوني لعقود الايجار- القاهرة- ١٩٦٢- ص١٢٧ وما يليها.
(٢٥) ينظر نصوص المواد (١٣٤ مدني عراقي)، (١٤٠ مدني مصري)، (١٧١ مدني اردني)، وتحسن الاشارة الى القانون المدني العراقي والاردني قد تأثرا بالفقه الاسلامي لذا أخذا بمفهوم العقد الموقوف بدلاً من مفهوم العقد الباطل بطلاناً نسبياً المقتبسة من الفقه الغربي، حيث أخذ القانون المدني المصري والسوري بفكرة البطلان النسبي ولم يأخذا بمفهوم العقد الموقوف: ينظر: د. مصطفى عبد الجواد- مصادر الالتزام- القاهرة- ٢٠٠٥- ص٢٢١ وما يليها، د. نبيل ابراهيم سعد- مصادر الالتزام- القاهرة- ٢٠٠١- ص٢٣٤ وما يليها، د. محمد حسين منصور- مصادر الالتزام- بيروت- ٢٠٠٠- ص٢٢٧ وما يليها.
(٢٦) ينظر: في القانون المقارن (٦٠٨ مدني مصري)، ٥٧٥ مدني سوري)، (٧١٠مدني اردني)، ٦٠٧ مدني ليبي) (٧٩٤ مدني اماراتي)، ٥٥٢ مدني بحريني)، (٥٦٠ مدني عماني): وينظر في مفهوم العذر الطارئ للفسخ: د. توفيق حسن فرج- عقد الايجار- بيروت- ١٩٨٤- ص١٣٢ وما يليها، د. سعدون العامري- الوجيز في العقود المسماة- ج١- بغداد- ١٩٧٤- ص٣١٦ وما يليها، د. عباس الصراف- شرح عقدي البيع والايجار- ١٩٥٦- ص٣٤٠ وما يليها.
(٢٧) ينظر: العلامة السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج٧- ص١٨٤، د. سعيد مبارك- د. طه الملا حويش- د. صاحب عبيد الفتلاوي- الموجز في العقود المسماة- بيروت- ٢٠٠٢- ص٤٧٩ وما يليها.
(٢٨) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر- الوجيز في العقود المدنية- ص٢٢٩، وتجدر الاشارة الى ان محكمة تمييز اقليم كوردستان في العراق قضت بأن الضائقة المالية التي أصابت المقاول نتيجة الأزمة العالمية والتباطؤ الاقتصادي وانحسار السيولة النقدية لا يؤثر على التزامات عقد المقاولة لعدم تأثير تلك الأزمة على اقتصاد العراق ومن ثم فليس بامكان المقاول تعديل أو تنقيص التزاماته العقدية عن طريق القضاء/ القرار/٤٥/ مدنية اولى/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١/١٨/ مجلة القاضي/ اربيل/ العدد/٢/ لسنة ٢٠١٠ ص٤٥ وما يليها.
(٢٩) ينظر: نصوص المواد (٢/١٤٧/ مدني ليبي)، (٢٠٥ مدني اردني)، (٢/١٤٨/ مدني سوري)، (١٠٧ مدني جزائري). ولا يوجد في قانون الموجبات والعقود اللبناني نص مقابل.
(٣٠) ينظر: العلامة السنهوري- الوسيط - ج٧- ص١٨٦.
(٣١) ينظر: العلامة السنهوري- الوسيط - ج٧- ص١٨٣.
(٣٢) ينظر: العلامة السنهوري- الوسيط - ج٧- ص١٨٤وما يليها.
(٣٣) ينظر: د. سعيد مبارك- مرجع سابق- ص٤٨٢، د. جعفر الفضلي- الوجيز في عقد المقاولة- بيروت- ٢٠١٣- ص٨٥.
(٣٤) ينظر: محمد قدري باشا- مرشد الحيران- الطبعة الثالثة- مصر- ١٩٠٩- ص١٤٣، محمد أمين الشهير بابن عابدين- الدر المختار شرح تنوير الابصار- ج٧- الطبعة الاولى- بيروت- ١٤١٥هـ- ص٤٧٤.
(٣٥) علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الاحكام- ج١- بيروت- ١٤٠٦هـ - ص١١٤ وما يليها.

(٣٦) ينظر: ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج٢- القاهرة- ١٣٧٩هـ- ص١٩٢ وما يليها، شمس الدين بن ابي العباس احمد بن حمزة الرملي الشافعي- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج- ج٥- القاهرة- ١٣٥٧هـ- ص٣١٧، ابو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي- المغني مع الشرح الكبير- ج٦- القاهرة- ١٣٤٧هـ - ص٥٠ وما يليها.

(٣٧) سورة المائدة (١).

(٣٨) ينظر: في تلك المسائل: العلامة الحلي بن المطهر- مختلف الشيعة في احكام الشريعة- ج٥- العراق- ص٢٢١، فخر الدين بن عثمان الزيلعي- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- ج٥- الطبعة الثانية- مصر- ١٣٢٤هـ- ص١٤٣ وما يليها، علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج٤- مصر- ١٣٢٨هـ - ص٢٩٧ وما يليها، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند- الفتاوى الهندية في مذهب الامام الأعظم ابي حنيفة النعمان- ج٤- لبنان- ١٤١١هـ- ص٤٥٨ وما يليها.

(٣٩) ينظر: علاء الدين المرداوي- - الانصاف- ج٦- مصر- ١٣٧٦هـ- ص٤٠، محمد بن احمد القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج١- القاهرة- - ص٢٢٧.

(٤٠) ينظر: ابو القاسم الخوئي- العروة الوثقى- كتاب الاجارة- العراق- ١٩٨٤- ص١٦٥، شمس الدين الرملي الانصاري- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج- ج٥- ص٣١٧.

المصادر والمراجع:

بعد القرآن الكريم

أولا- باللغة العربية

أ- كتب القانون

- **د. أنور سلطان- مصادر الالتزام – الطبعة الخامسة- الاردن- ٢٠١١.**
- **د. توفيق حسن فرج- عقد الايجار- بيروت- ١٩٨٤.**
- **د. جعفر الفضلي- الوجيز في عقد المقاولة- بيروت- ٢٠١٣**
- **د. حسن علي الذنون- دور المدة في العقود المستمرة- بغداد- ١٩٨٨.**
- **د. سعدون العامري- الوجيز في العقود المسماة- ج١- بغداد- ١٩٧٤.**
- **د. سعيد مبارك- د. طه الملا حويش- د. صاحب عبيد الفتلاوي- الموجز في العقود المسماة- بيروت- ٢٠٠٢.**
- **د. سليمان مرقس- نظرية العقد- القاهرة- ١٩٥٦.**
- **د. عباس الصراف- شرح عقدي البيع والايجار- ١٩٥٦.**
- **د. عبد الجبار ناجي- انقضاء عقد المقاولة- بغداد- ١٩٧٩.**
- **د. عبد الحكيم فودة-آثار الظروف الطارئة-الطبعة الاولى-الاسكندرية-١٩٩٩.**
- **د. عبد الحي حجازي- عقد المدة- القاهرة- ١٩٥٠.**

- د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الأول- ٧- الطبعة الثالثة- مصر ٢٠١١.
- د. عبد القادر الفار- مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة- الاردن- ٢٠١١.
- د. عبد المجيد الحكيم- مصادر الالتزام- ج١- الطبعة الثانية- بغداد- ١٩٦٣.
- د.عصمت عبد المجيد-الوجيز في العقود المدنية المسماة-لبنان-الطبعة الاولى-٢٠١٥.
- د. فاضل حبشي- الامتداد القانون لعقود الايجار- القاهرة- ١٩٦٢.
- د. محمد حسين منصور- مصادر الالتزام- بيروت- ٢٠٠٠.
- د. محمد حسين منصور- مصادر الالتزام- لبنان- ٢٠٠٠.
- د. محمد لبيب شنب- شرح أحكام عقد المقاولة- مصر- ١٩٦٢.
- د. مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات- الاسكندرية- ١٩٨٧.
- د. مصطفى عبد الجواد- مصادر الالتزام- القاهرة- ٢٠٠٥.
- د. نبيل ابراهيم سعد- مصادر الالتزام- القاهرة- ٢٠٠١.

ب- كتب الفقه الاسلامي

- ابو القاسم الخوئي- العروة الوثقى- كتاب الاجارة- العراق- ١٩٨٤.
- ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج٢- القاهرة- ١٣٧٩هـ.
- ابو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي- المغني مع الشرح الكبير- ج٦- القاهرة- ١٣٤٧هـ.
- شمس الدين الرملي الانصاري- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج- ج٥.
- شمس الدين بن ابي العباس احمد بن حمزة الرملي الشافعي- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج- ج٥- القاهرة- ١٣٥٧هـ.
- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند- الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان- ج٤- لبنان- ١٤١١هـ.
- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج٤- مصر- ١٣٢٨هـ.
- علاء الدين المرداوي- الانصاف- ج٦- مصر- ١٣٧٦هـ.
- العلامة الحلي ابن المطهر- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة- ج٥- العراق.
- علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الاحكام- ج١- بيروت- ١٤٠٦هـ.

- فخر الدين بن عثمان الزيلعي- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- ج٥- الطبعة الثانية- مصر- ١٣٢٤هـ.
- محمد امين الشهير بابن عابدين- الدر المختار شرح تنوير الابصار- ج٧- الطبعة الاولى- بيروت- ١٤١٥هـ.
- محمد بن احمد القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج١- القاهرة.
- محمد قدري باشا- مرشد الحيران- الطبعة الثالثة- مصر -١٩٠٩.

ج- قرارات المحاكم:

- قرارات محكمة التمييز الاتحادية في العراق(المجموعة المدنية- مجلة ديوان التدوين القانوني/ الاعداد ١-٢ السنة الرابعة- ١٩٦٥- المجموع المدنية- ٢٥٢/ ٢٠٠٨).
- قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق/ الهيئة المدنية/ رقم /١٠٢/١٩٩٣/ الهيئة المدنية الاولى/٤٥/٢٠١٠.

د- متون القوانين

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- القانون المدني السوري. رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩
- قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٢
- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦
- القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١
- القانون المدني الامارتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢
- القانون المدني العماني رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣.
- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

ثانيا- باللغة الفرنسية

-DRIT CIVIL- LES CONTRACTS SPECIAUX- AIA iiv/ BENABENT- PARIS- ١٩٩٩.

-HENRY ELTON MAZEAUD – JEAN MAZEDO AUD/ LE CONS/ DE DROIT CIVIL/ TOAME QUA TRIEME/ CINQUIEME / ١٩٨٢/ PARIS ..

-Philipe MALAURE- Laurent AYWES/COURPS DE DROIT CIVIL/ PARIS.

-Philipe MALAURE- Laurent AYWES/COURPS DE DROIT CIVIL/ Tome/ ١٢ edition / ١٩٩٨ .