المقدمة

إن لسد حاجات الأفراد كثيرا ما تلجئ الدولة عن طريق دوائرها بإبرام عقود كثيرة كعقود التجهيز والتشييد والصيانة والاستشارية و....الخ من العقود المخصصة للنفع العام والتي تندرج جميعها ضمن عقد المقاولة ،فمن خلال استقراء نص المادة (٨٦٤)من القانون المدني الذي نص على ((المقاولة عقد به يتعهد احد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الأجر))[١] نجد أن التعريف جاء واسع ومطلق فبالتالي يشمل العقود المدنية والعقود الحكومية (الإدارية)التي تتطلب تحقيق نتيجة بصنع شي أو أداء عمل دون تحديد ماهيته ،كما نستخلص منه انه عقد رضائي وإنه من العقود الملزمة للطرفين فيلتزم المقاول بصنع شي أو يؤدي عملا مقابل أجر الذي يلتزم الطرف الأخر صاحب العمل بتسديده له مقابل استلامه الشيء أو تأدية العمل له وبذلك ينتهي عقد المقاولة بطريق طبيعي وهو انجاز العمل المطلوب من المقاول واستلامه ودفع المقابل عنه من قبل صاحب العمل ، إلا إنه نظرا لكثرة الحروب الدولية والداخلية والكوارث الطبيعية والأزمات المالية التي يعاني منها البلد بعدها أو لأي سبب أخر يتفق طرفا العقد إنه خارج عن إرادتهما ولا يمكن توقعه أو دفعه من قبل أي منهما ، فقد تلكأ تنفيذ العديد من العقود الحكومية بسبب لا دخل لإرادة أي من المقاول وصاحب العمل فيه ولم يمكن دفعه ولا توقعه مما تمنع تارة المقاول من تنفيذ أو إكمال التزامه نحو صاحب العمل وتارة أخرى تمنع صاحب العمل من تنفيذ التزامه نحو المقاول مما يترتب عليها انتهاء عقد العقد المقاولة لاستحالة التنفيذ ،ولما كانت العقود الحكومية تختلف بطبيعتها عن العقود المدنية ،حيث يحكم العقود الأخيرة مبدأ المساواة بين الطرفين المتعاقدين . وهو ما يمكن ملاحظته من خلال ما تتمتع به دوائر الدولة فيما يتعلق بالعقود الحكومية من سلطات وامتيازات ترجح كفتها على حساب الطرف الأخر الذي يكون في طرف أدنى ،ولدرء ظاهرة الفساد في العقود الحكومية والتي أصبحت آفة تصيب الدول النامية من خلال استشرائها في الأجهزة الحكومية ،فكان لابد للدولة أن تضع ضوابط

---

[١]أنظر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

وشروط لإبرام العقود الحكومية وتنفيذها وانتهائها ، وهذا ما قامت به وزارة التخطيط العراقية بإصدار الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني والتي بينت حالات انتهاء العقد الحكومي (المقاولة)لاستحالة التنفيذ والآثار المترتبة عليها، إضافة إلى الحالات التي وردت بالقانون المدني ،وأصبحت تلك الشروط جزءا لا يتجزء من العقد الحكومي عند التنفيذ،وحيث أن موضوع بحثنا هو يتحدث عن انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية فنرى لزاما علينا أن نبين أهمية البحث وأسباب اختيار موضوع البحث والمشكلة التي نروم علاجها فيها والأسلوب الذي سننتهجه في كتابة البحث وأخيرا نبين خطة البحث .

أهمية البحث

نظرا لما مر به البلد من حروب وأزمات مالية وخاصة بعد سيطرة عصابات تنظيم داعش الإرهابي على بعض المحافظات العزيزة ،مما اثر سلبا سواء أكان تأثير امني أو مالي على إكمال الأعمال لكثير من العقود الحكومية ،وترتب عليه استحالة مطلقة في التنفيذ لسيطرة عصابات داعش على مواقع الأعمال تارة، ولعدم وجود سيولة نقدية لوجود عجز في الموازنة ،وبالتالي عمدت كافة الدوائر الحكومية بتشكيل لجان لغرض إنهاء العقود وتصفية الأعمال الخاصة بها لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة ٦٧ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ،وشهدت المحاكم تطبيقات كثيرة للمادة أعلاه، فكان لا بد من الوقوف على ذلك.

أسباب اختيار موضوع البحث

قد لا نبالغ إن قلنا إنه لم يسبق لأي كاتب أو باحث وان عرج إلى الكتابة في هذا الموضوع ،وأن كانوا قد عرجوا الى الاستحالة بصورة عامة أو انتهاء عقد المقاولة بصورة عامة ،إلا انه لم يتطرق احد منهم للكتابة في الاستحالة كسبب من أسباب انتهاء عقد المقاولة وفي نطاق الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ،ويرجع ذلك أيضا لحداثة الموضوع وظهور تطبيقاته بكثرة بعد الحروب التي مر بها البلد العزيز.

مشكلة البحث

فبرغم من التطبيقات الكثيرة للمحاكم لإنهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ استنادا لأحكام المادة ٦٧ و٦٨ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ،إلا انه لايوجد معايير ثابتة وواضحة سواء في القانون المدني أو في الشروط العامة تبين متى تتحقق الاستحالة المترتبة عليها إنهاء عقد المقاولة ،وإنما كل ما وجد هو من اجتهاد المحاكم في تفسير المواد وتحليل وقائع الدعوى المرفوعة أمامها ،كما ان بعض شروط تحقق الاستحالة بصورة عامة تخالف ما ورد في الشروط العامة ،كشرط أن لا يكون الاستحالة في التزام محله مبلغ من النقود ،وهو شرط من شروط تحقق الاستحالة لكي يعتد بها كسبب من أسباب انتهاء الالتزام ،وفي الشروط العامة جعلت عدم توفر السيولة النقدية سبب من أسباب الاستحالة التي يترتب عليها انتهاء العقد،فكان لابد البحث في الاستحالة في العقود المدنية والحكومية وتناول جميع النصوص التي جاءت في القانون المدني والشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية وكذلك الوقوف الى استقرار محاكم التمييز في قراراتها لكي تصبح الرؤية واضحة للقارئ.

منهج البحث

اتبعت في كتابة البحث منهجين:

المنهج التحليلي

من خلال استقراء جميع النصوص التي أشارت إلى موضوع بحثنا وتحليلها حسب وجهة نظرنا المتواضعة ،وعززنا وجهة النظر على ما استقرت عليه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قراراتها

المنهج التأصيلي

حيث عمدنا بإرجاع الفروع إلى أصولها، فبينا أصل ضرورة الالتزام ببعض الشروط التي لم تكن وردت بتشريع .

خطة البحث

بما إن موضوع بحثنا هو انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ،فرأينا من الضروري أن نسلط الضوء على مفهوم الاستحالة وشروطها وماهية أثرها في تنفيذ الالتزام العقدي في مبحث ،وعلى حالات الاستحالة في ضوء القانون المدني والشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية في مبحث ،وعلى سلطة المحكمة ودور المهندس في عقد المقاولة المنتهي لاستحالة التنفيذ قي ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية في مبحث ، والآثار المترتبة على انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في المبحث الأخير وعمدنا إلى تقسيمه على ما يلي:

المبحث الأول//الاستحالة في التنفيذ

المطلب الأول// مفهوم الاستحالة وصورها

المطلب الثاني //شروط تحقق الاستحالة وآثرها على تنفيذ الالتزام العقدي

المبحث الثاني//انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

المطلب الأول//حالات انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في القانون المدني العراقي

المطلب الثاني//حالات انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية

المبحث الثالث//سلطة المحكمة ودور المهندس في عقد المقاولة المنهي لاستحالة التنفيذ في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية

المطلب الأول//سلطة المحكمة في إنهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

المطلب الثاني// دور المهندس قبل وبعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

المبحث الرابع// الأثر المترتب على انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

المطلب الأول//التزامات وحقوق رب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة في القانون المدني

المطلب الثاني//التزامات وحقوق رب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية.

المبحث الأول
الاستحالة في التنفيذ

لبحث أي موضوع لابد من معرفة مصطلحاته وألفاظه على وجه الدقة ،وعليه نرى أن موضوع بحثنا يقتضي أن نقف على مفهوم الاستحالة اصطلاحا وفقها وقانونا ومن ثم التعرف على أهم صورها ، بما إن موضوع بحثنا أشار إلى إن الاستحالة كطريق من طرق انتهاء العقد ،فلابد أن نبين شروط تحقق الاستحالة وأثرها على تنفيذ الالتزام العقدي ،لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول //مفهوم الاستحالة وصورها

المطلب الثاني // شروط تحقق الاستحالة وأثرها على تنفيذ الالتزام العقدي

المطلب الأول

مفهوم الاستحالة وصورها

سنبحث في هذا المطلب مفهوم الاستحالة لغة واصطلاحا وفقها وقانونا في الفرع الأول والتعرف على أهم صور الاستحالة في الفرع الثاني .

الفرع الأول

مفهوم الاستحالة

تأتي الاستحالة لغة بمعنى: تغيير الشيء عن طبعه ووصفه.[١]والخروج عن حاله إلى حالة أخرى .[٢]، وتأتي أيضا بمعنى الامتناع وعدم الإمكان . [٣].

اصطلاحا استعمل الفقهاء هذا اللفظ بمعنى عدم الإمكان ،وتبدل الشيء إلى شيء أخر يعد في نظر العرف متولدا منه ،فيكون الأول منعدما والثاني حادثا . [٤].

قانونا لم يضع فقهاء القانون تعريفا للاستحالة على الإطلاق .وان ورد فليس المقصود به تعريف الاستحالة بالذات بل تعريف ما يضاف إليها من أوصاف أي إن التعريف يرد على ما يضاف ،أي إن التعريف يرد على الاستحالة المضافة إلى مفهوم أخر ومن ذلك ما جاء بالوسيط بأن (المقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة وهي أن يكون الالتزام مستحيلا في ذاته)،[٥]وحيث إن هذا النص دل دلالة واضحة على إن معنى الاستحالة بحسب الاستعمال هو الامتناع[٦]. كما إن المقصود بالاستحالة في المفهوم القانوني هي الاستحالة الموضوعية وليست الذاتية

---

[١] احمد بن محمد بن علي ،الفيومي،المصباح المنير، مؤسسة الهجرة ،قم –إيران،١٤٠٥،ص١٥٧.

[٢]الفيروز آبادي،القاموس المحيط،دار إحياء التراث العربي ،بيروت–لبنان،ج٣ ،١٤١٢هـ،ص ٥٣٢.

[٣]المعلم بطرس البستاني ،محيط المحيط ،مكتبة لبنان ،بيروت –لبنان ،١٩٨٧ م ،ص٢٠٧.

[٤]محمد كاظم ، اليزدي،العروة الوثقى،مؤسسة النشر الإسلامي،قم–إيران ،ج١ ،١٤١٧ هـ،ص٢٦٧.

[٥]عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ،ج١ ،١٩٥٢ ،ص٣٨٤.

[٦] عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد ،دار الفكر للطباعة والنشر ،ص٧٠٠ .

،حيث إن الأخيرة لا ينعقد العقد معها على الإطلاق لأنها تمنع الالتزام من القيام ،أما الوقوعية في التي ينعقد العقد معها وابتداء" لم يكن الالتزام مستحيلا بل كان ممكنا ،ثم طرأ له مانع من تنفيذه فاستحال تنفيذه هي الاستحالة التي يترتب عليها انتهاء عقد المقاولة في القانون المدني وفي ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية و الأخيرة هي هي موضوع بحثنا ،حيث إن استحالة التنفيذ مبدأ من المبادئ المهمة والمقررة في القانون المدني بوجه عام وفي نظرية الالتزام بوجه خاص ، إذ انه يتماشى مع الواقع العملي فعندما يستحيل تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا إرادة للمدين فيه،تنقضي مسؤولية المدين ويتخلص المدين من مسؤوليته ، وقد أورد القانون المدني العراقي عدة نصوص قانونية في استحالة التنفيذ ،فنصت المادة ١٦٨ منه على انه (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه ،وكذلك الحكم إذا تأخر الملتزم بتنفيذ التزامه)،كما نصت المادة ٤٢٥ منه على انه (ينقضي الالتزام أذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه ، لسبب أجنبي لا يد له فيه)،كما أوردت الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية أحكام انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في ضوء المادتين ٦٧ و٦٨ منها و وهي موضوع بحثنا التي سنتطرق إليها في المبحث الثاني بالتفصيل .

الفرع الثاني

صور الاستحالة

للاستحالة صور كثيرة ومنها الذاتية والتي تمنع انعقاد العقد وهي لاتهمنا لأنها تعدم العقد ومنها الاستحالة الموضوعية التي تظهر بعد إبرام العقد وهي التي تهم موضوع بحثنا ولها صور كثيرة ولكن أهمها وأكثرها شيوعا هي الصور الآتية :

أولا//الاستحالة المطلقة

وهي الاستحالة التي لا يستطيع معها المدين تنفيذ التزامه مطلقا ،لذا فلا يعتبر في حكم الاستحالة المطلقة الاستحالة المؤقتة ،ففي هذه الحالة يؤجل تنفيذ الالتزام اذ لم يكن هذا التأجيل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من اجله .[١]

كما إن الاستحالة المطلقة تكون استحالة عامة ،إذ أن الالتزام إذا استحال استحالة مطلقة تعذر تنفيذه على المدين وغيره وتعرف الاستحالة المطلقة بالاستحالة الذاتية لأنها راجعة إلى ذات الالتزام ، فالالتزام في ذاته يعد مستحيلا . [٢]

ثانيا// الاستحالة النسبية

تختلف الاستحالة النسبية أو ما تسمى بالجزئية عن الاستحالة المطلقة بأنها لا يكون معها عدم استطاعة المدين تنفيذ التزامه مطلقا ،وإنما يكون تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين لاختلال التوازن المالي للعقد لحدوث ظروف طارئة استجدت بعد العقد ولم يكون بالمقدور توقعها وهنا للمحكمة أن تطبق نظرية الظروف الطارئة(م٢/١٤٦

---

[١]عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ،شركة الطبع والنشر الأهلية ،بغداد،ط١،ج٢، ١٩٦٥،ص٤٤٤ .

[٢]القاضي عادل بدر علوان ، الوجيز في استحالة التنفيذ ، مكتبة صباح ،بغداد ،٢٠١٨،ص٢٤.

مدني عراقي)لا تبرر القول بانفساخ العقد ، وإنما يثبت للدائن الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي ممكنا من محل الالتزام.[١]

ثالثا// الاستحالة المادية

تعرف بأنها الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام لهلاك محله هلاكا ماديا ،كأن يحترق الشيء محل الالتزام أو يتلف أو يهلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ،هذا يعني أن محل الالتزام موجودا في البداية ،ثم هلك أو تلف بعد ذلك ، فلم يعد للالتزام محل، ومن ثم ينقضي الالتزام ، مثال ذلك أن يستحيل تنفيذ التزام البائع بالتسليم بسبب هلاك المبيع ،أو أن يستحيل تنفيذ التزام الممثل بتأدية دوره في مسرحية بسبب مرضه ووفاته في وقت حلول ميعاد التنفيذ،كما انه لا يعتبر من قبيل الاستحالة المادية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يكون مصدرها الظواهر الطبيعية ،كوجود طبقات غزيرة من المياه أثناء تنفيذ عقد بناء معين وتحتاج إلى سحبها وتجفيفها نفقات غير عادية ،أو وجود طبقات صخرية عند حفر احد الآبار الارتوازية تحتاج إلى ألآت خاصة لقطعها ورفعها لتنفيذ الأعمال ،مما يكلف المتعاقد نفقات باهضة أو وجود أساسات خرسانية وخزانات مجار ومياه تحت ارض منطقة تنفيذ العقد ،وقد يكون مصدرها الإنسان (فعل الغير) ،كإصلاح طريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجة المتعاقد إليه حتى يستطيع أن يصل إلى مكان تنفيذ العقد ،حيث تطبق على الأخيرة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي هي تشابه نظرية الظروف الطارئة بان كلاهما تجعل الالتزام مرهقا على المدين وليس مستحيلا إلا إن الصعوبات المالية غير المتوقعة موجودة فعلا قبل إبرام العقد ولكنها غير معروفة وغير متوقعة على عكس نظرية الظروف الطارئة تستجد بعد إبرام العقد [٢]،وان نظرية الظروف الطارئة تطبق في العقود المدنية والإدارية،إما نظرية الظروف المادية

---

[١] علي نعمان جبار سهيل ،القوة القاهرة وأثرها في تنفيذ الالتزام ،بحث تخرج مقدم إلى مجلس المعهد القضائي ،٢٠١٤،ص٢٧.

[٢] د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ،حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان ،الطبعة الأولى ،٢٠١٤ ، ص ٦٨٣.

تطبق على العقود الإدارية فقط ، وهي من ابتكارات مجلس الدولة الفرنسي وإذا توافرت شروطها فأنه يترتب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته ،رغم وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة وحق المتعاقد في الحصول على تعويض[١].

رابعا // الاستحالة القانونية

تتمثل الاستحالة القانونية في صدور أمر يجب على الملتزم أن يتقيد فيه ،وان يمتثل لأحكامه،وإلا أوقع نفسه تحت طائلة العقاب ،سواء أكان ذلك الأمر في صورة قوانين مثل صدور تشريع يقصر مزاولة مهنة معينة على طائفة معينة من الناس وبشروط محدودة .أم كان في صورة قرارات ،قرار بمصادرة أموال ، أوامر إدارية كأمر إغلاق منشآت ومن المعلوم بداهة أن تنشأ الاستحالة من لحظة أن يأخذ هذا الأمر مجراه في التنفيذ ،ولا تقتصر الاستحالة القانونية على صدور قانون داخل الدولة نفسها يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل إن الأمر يعد كذلك إذا ما صدر قانون في دولة أخرى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ،كأن تصدر دولة تشريعا يقضي بحظر تصدير سلعة معينة، مما يجعل تنفيذ العقود المرتبطة فيه مستحيلا ،أو تصدر تشريعا يجعل إجراء بعض العقود للأجانب غير مشروع .[٢]أو قد يصدر قانون بمنع إيفاء الديون الأجنبية فيتعذر على المدين دفع دينه ،ففي هذه الحالة قد لا توجد استحالة مادية ولكن القانون يمتثل لأمر القانون ، وسواء كان مبعث الامتثال الرغبة في إطاعة القانون ،كما يفعل الرجل المعتاد ،أو رغبة في تحاشي العقاب فأن استحالة التنفيذ أمر معترف فيه ويعفي المدين من المسؤولية . [٣]

---

[١] المصدر السابق ،ص ٦٩٧.

[٢]علي نعمان جبار سهيل ،المصدر السابق،ص٢٩. نقلا عن د.محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ،استحالة تنفيذ الالتزام ،١٤٢٨ هـ –٢٠٠٧م ،ص٥٩.

[٣]عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،مطبعة اليرموك ،بغداد –العراق ،الطبعة الأولى ،١٩٧٤،ص١٦١.

المطلب الثاني
شروط تحقق الاستحالة وأثرها في تنفيذ الالتزام العقدي

الفرع الأول
شروط تحقق الاستحالة

لغرض الاعتداد بتحقق الاستحالة أوجب القانون تحقق شروط معينة تتمثل بالآتي:

الشرط الأول // أن تكون هناك استحالة في التنفيذ

حيث إن الاستحالة إذ لم تكن في التنفيذ فأنها تخرج من نطاق دراسة القانون المدني كله،ويمكن إلحاقها بفروع أخرى من فروع المعرفة ، كما في حالة استحالة الجمع بين الحرمة والوجوب في فعل واحد من جهة واحدة ،وذلك في مباحث أصول الفقه.[١]كما لابد أن تكون الاستحالة في التنفيذ كاملة وعامة ومطلقة ومستمرة لكي تكون سببا من أسباب انقضاء الالتزام .[٢]

الشرط الثاني // أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي

حيث لا يستطيع المدين أن ينفي مسؤوليته عن الضرر الذي لحق بالدائن،إلا بقطع العلاقة السببية بين الخطأ الصادر منه والضرر الذي أصاب الدائن بالسبب الأجنبي ،وأن السبب الأجنبي قد أورده المشرع العرقي بالنصوص التالية م(١٦٨)مدني عراقي حيث نصت (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض، لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه.وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)، كما نصت

---

[١]القاضي علي محمد هاشم الناجي،انتهاء عقد المقاولة من دون اتفاق أطرافها في ضوء أحكام القضاء والتشريع ،مكتبة الصباح ،الكرادة –بغداد،٢٠١٦،ص٨٢.

[٢]القاضي عادل بدر علوان ،المصدر السابق ،ص٤١و٤٢.

المادة(٢١١)مدني عراقي على انه (إذا اثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية،أو حادث فجأئياً، أو قوة قاهرة ،أو فعل الغير ،أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ،ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك) ،كما نصت المادة (٤٢٥)مدني عراقي على انه (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه) ولو أمعنا النظر في النصوص أعلاه لوجدنا إن المشرع من إثبات المدين للسبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة تنفيذ التزامه سببا لانتهاء العقد بحكم القانون ودون أن يحكم عليه بالتعويض ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، كما نجد إن المشرع لم يعرف السبب الأجنبي في النصوص أعلاه إنما ترك ذلك الأمر للفقهاء وخير ما فعل لكي لا يضيق من معناه ،وقيل إن السبب الأجنبي هو أمر لا دخل لإرادة المدين فيه،وهو الذي أدى إلى حصول الضرر ويتمثل بالصور التالية التي جاءت على سبيل المثال وهي القوة القاهرة ،أو الحادث الفجائي ،أو خطأ المتضرر ،أو الآفة السماوية ،أو خطأ الغير .[١]

الصورة الأولى// القوة القاهرة

أن المشرع العراقي لم يعرف القوة القاهرة إلا إننا من خلال استقراء النصوص(١٦٨ و٢١١)مدني عراقي نجد انه اعتبر القوة القاهرة إحدى صور السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وينفي المسؤولية عن المدين.إلا إن الفقه حاول تعريف القوة القاهرة من خلال وضع تعريف محدد لها. فقد عرفها الأستاذ علي حسن ذنون بأنها(كل أمر خارج عن إرادة المدين غير متوقع الحصول ولا يمكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.[٢]كما عرفها الأستاذ عبد المجيد الحكيم بأنها (أمر غير متوقع

---

[١]فوزي كاظم المياحي ،المسؤولية العقدية فقها وقضاء ،مطبعة السيماء ،شارع المتنبي–بغداد،الطبعة الأولى ،٢٠١٩،ص١٠٨.

[٢]د.حسن علي ذنون ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،مطبعة المعارف –بغداد،الجزء الأول ،١٩٤٩،ص٢٢٧.

الحصول ولا يمكن دفعه ،يقع فيكون السبب في حصول الضرر).[١]أما الفقه المصري فقد عرفها الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنها (أمر غير متوقع الحصول ،غير ممكن الدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون خطأ من جانب المدين [٢].وعليه فمن استقراء النصوص والتعريفات الفقهية السالفة الذكر ،والتي وردت على القوة القاهرة يمكن استخلاص العناصر المكونة لها بالاتي:

ا-حاث فجائي لا يستطيع احد أن يتوقعه.

ب-لا يمكن مقاومة حصوله وتحمل نتائجه بعد حصوله.

ج- هذا الحادث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة حقيقية.

د- القوة القاهرة لا يمكن تحديد مجالها (إلا انه اغلب الأمثلة عليها هي كالحروب والكوارث الطبيعية).

هـ -الحادث في نظرية القوة القاهرة لا يتعدى أثره احد أطراف العقد.

م -لا يسأل فيها أطراف العقد عن الحادث وغير مطلوب منهم الإثبات.

و- القوة القاهرة مداها الاستحالة الكلية المطلقة ،والتي يترتب عليها انفساخ العقد بقوة القانون.

كما إن الجدير بالذكر بأنه عند انتهاء العقد نتيجة القوة القاهرة فأنه يترتب على ذلك إعفاء الطرفان من استمرار في أداء التزاماتهم في العقد ،ولكن بدون الإخلال بحقوق أي منهما بخصوص أي إخلال سابقا بالعقد .[٣]

---

[١]عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي،مصادر الالتزام ،مطبعة المعارف – بغداد ،الجزء الأول ،١٩٧١،ص٤٧٣.

[٢]عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،النظرية بوجه عام ،النهضة العربية – القاهرة ،الجزء الأول،القاهرة،١٩٦٤،ص٣١٠.

[٣]حميد لطيف نصيف ،العقود الهندسية،مكتبة الصباح ،الكرادة-بغداد ،الطبعة الثالثة ،٢٠١٦ ،ص١٣٤.

الصورة الثانية// الحادث الفجائي

أن الحادث الفجائي والقوة القاهرة من المصطلحات التي لا يكاد يمر ذكر السبب الأجنبي بمعزل عن ذكرهما ، فكلاهما ينفي الرابطة السببية ،ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ،إلا إن القوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع ،والحادث الفجائي تبرز خصيصة عدم إمكان التوقع .[١]

في الواقع ان الفقه والقضاء لا يفرق بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة ويعتبران كل منهما اسمين لمسمى واحد ،يدل أولهما على استحالة دفعه وثانيهما عدم إمكان توقعه ، وبحسبانه سببا أجنبيا غير منسوب إلى المدين ،فكلاهما لا ينسب إلى المدين ،ليس متوقعا حصوله وغير ممكن دفعه ،يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام.[٢]

الصورة الثالثة // الآفة السماوية

وردت الآفة السماوية في الاصطلاح الفقهي العربي وتعريفها بوجه عام إنها كل (أمر من الله أو حادث لا صنع للآدمي فيه).[٣]

فالآفة السماوية هي كل نازلة من السماء ،فلا دخل لإرادة الإنسان في وجودها ولا حول له ولا قوة في دفعها كالزلزال والصاعقة والوباء والريح العاتية التي لا تبقي ولا تذره فهي كل أمر عارض لا دخل لإرادة الإنسان فيه،وليس بالإمكان التحرز منه ولا يمكن دفعه ،وهو أمر غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وبناء على هذه الحقيقة انه لاضمان ولامسؤولية على المدين إن هو اثبت إن الضرر قد حصل

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الداية بيروت – لبنان ،المجلد الثاني ،ج ٥ ، د.ت ،ص ١٢٩.

[٢] د. محمد جمال الدين زكي ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ،مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ،القاهرة ،١٩٦٨،ص١٣٨.

[٣] فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ،ص١١٠.نقلا عن د.صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ،دار العلم للملايين،بيروت، الطبعة الثانية ١٩٧٢، ،ص٤٩٧.

بسبب آفة سماوية والدليل على هذا الحكم هو ما قصده الفقهاء حيث نصوا على إن (ما لم يمكن الاحتراز عنه لاضمان فيه).[١]

الصورة الرابعة // فعل الغير

يمكن أن يحدث الضرر ليس بخطأ المدين وإنما بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ،متمثلا بخطأ شخص من الغير لا علاقة له بالعقد المبرم بين المدين والمضرور،كما لو عهد صاحب بضاعة من الزجاج يراد نقلها من مكان إلى أخر في تغليفها وحزمها إلى شخص متخصص في هذه الأمور ،إلا أن هذا الأخير لم يقم بما عهد إليه كما يجب ومن ثم تكسر عدد من محتويات صناديق هذه البضاعة عندما قام ناقل سيارته بقيادة مركبته ،فأن حدوث الضرر في هذه الحالة لم يكن نتيجة سرعة وإنما نتيجة سوء تعبئة البضاعة وحزمه ، كما انه قد يحدث ضرر بفعل الغير في عملية التشييد البناء عند قيام الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أسس ذلك البناء، أو استخدام ألآت ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه،مما يؤدي إلى حدوث تصدع به ،أو حدوث تهدم كلي او جزئي ،فان من شان هذا الخطأ إعفاء المهندس أو المقاول من مسؤوليتهما بشرط أن لا يكونا مقصرين بارتكاب أخطاء مميتة في تصميم وتنفيذ الأسس تسهم في إحداث التصدع،أو تفاقم ما كان به أصلا فعندئذ توزع المسؤولية على المهندس والمقاول والغير ،وفق نسبة إسهامه في إحداث الضرر.[٢]

---

[١]نفس المصدر ،ص١١١.نقلا عن د. ناصر احمد إبراهيم الشوي ، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة ، نشر مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣،ص٧٤٠.

[٢]حميد لطيف نصيف ،المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد،دار وائل للنشر عمان–الأردن ،الطبعة الأولى ،٢٠١٥ ، ص٢٧٥.

الصورة الخامسة // خطأ الدائن المتضرر

قد يكون السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية أو الالتزام هو خطأ الدائن ،فإذا كان خطئه كافيا وحده لأحداث النتيجة فالخطأ في هذه الحالة يكون كافيا لقطع العلاقة السببية ،فإذا ادعى رب العمل بحصول تهدم في البناء ودفع المقاول بأن سبب التهدم هو خطأ رب العمل وحده ،واثبت ذلك انتفت مسؤوليته.[١]،حيث أن الضرر الذي لحق بالدائن كان بفعله هو ،وليس بخطأ المدين ،ومن ثم تنتفي في هذه الحالة العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق الدائن.[٢]

الشرط الثالث//أن لايكون الدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك

ولابد كذلك للقول بانقضاء الالتزام نتيجة استحالة التنفيذ من أن لا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك ، فالمدين إذا كان قد قبل ذلك عند نشوء العقد فانه يقوم عندئذ بدور المؤمن لمصلحة الدائن ،وعندئذ لا تبرأ ذمته منه إذا استحال عليه تنفيذ التزامه، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ،وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٥٩)مدني بقولها ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة))[٣]

الشرط الرابع// أن تكون الاستحالة لاحقة على نشوء العقد

للقول بانقضاء الالتزام بتحقق استحالة تنفيذه لابد من نشوئه صحيحا،ثم يستحيل تنفيذه فينقضي .وهذا يعني إن الاستحالة لابد أن تقع بعد نشوء الالتزام . أما لوقعت الاستحالة قبل نشوء الالتزام .فأن الالتزام سوف لا ينشأ لامتناع محله[٤]. إذن فالوقت

---

[١]القاضي صالح عباس صالح ،مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد انجاز العمل وتسليمه–دراسة مقارنة ،رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة القانونية المتخصصة العليا القسم المدني،١٩٨٩،ص١٠١.

[٢]فوزي كاظم المياحي ،المصدر السابق ،ص١٢٤.

[٣]عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني العراقي ،المصدر السابق ،ص٤٤٥.

[٤]انظر إلى المادة ١/١٢٧ من القانون المدني العراقي.

المحدد لوقوع الاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو بعد نشوئه. وقبل تنفيذه. أما إذا وقعت الاستحالة بعد تنفيذ الالتزام فلا يكون لها اثر على الالتزام مطلقا لسبق تنفيذه.وقد سارت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية على ذلك في قرارها الصادر بالعدد (٣٦٢/س/٢٠٠٩في ٢٠١٠/١٠/٤) ، حيث نص على ما يلي(حيث استقرأت الهيئة وقائع الدعوى وتبين إن تاريخ نشوء الالتزام قبل ظهور استحالة التنفيذ، وان المستأنف جمعية إسكان كربلاء التعاونية قد بذلت جهودا لغرض الوفاء بالتزامها دون جدوى، وهذا ما تشير إليه الكتب والأحكام القضائية المادة ١٦٨ و٢٤٥ مدني ،لذا قررت المحكمة بالاتفاق فسخ الحكم البدائي).[١]

الشرط الخامس// أن لايكون المدين في حالة أعذار

لابد لانقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين نتيجة لاستحالة التنفيذ من أن لا يكون المدين في حالة أعذار قبل الاستحالة .فإذا كان في حالة أعذار فهو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ،أي تبعة الهلاك ،ولو لم تقع الاستحالة بخطئه ،أي ترجع إلى سبب أجنبي لايد له فيه . ويكون المدين في حالة أعذار أما نتيجة أعذار الدائن له أو بحكم القانون. [٢]فإذا أعذر الدائن مدينه بوجوب تنفيذ التزامه ولم ينفذه ثم استحال عليه تنفيذه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ولو كانت لسبب أجنبي.[٣]

الشرط السادس// أن لا تقع الاستحالة على مبلغ من النقود

وهذا الأمر يبدو واضحا وجليا مما يجعله من الأمور المسلم بها ،فالتنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر ممكنا دائما.ولا يعتبر التنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ من النقود مستحيلا لمجرد كون المدين معسرا،ولذلك لايتصور في هذا النوع من

---

[١]القاضي عادل بدر علوان ،المصدر السابق ،ص٥٠.

[٢]انظر إلى نص المادة ٢٥٨ من القانون المدني العراقي .

[٣]عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ص٤٤٦.

الالتزام ،وقوع استحالة التنفيذ.ولكن من الجائز اللجوء إلى التعويض في حالة التأخير في التنفيذ.[١]

الشرط السابع //أن لا تقع الاستحالة على شيء معين بنوعه

ومعنى ذلك انه إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بنوعه لا بذاته ،فأنه لا محل لإعفاء المدين في تنفيذ ما التزم به . إذ إن البائع الذي يلتزم بتسليم قدر معين من مادة غير معينة بذاتها ،لا يعفي من التنفيذ العيني للالتزام ،بحجة أنه لا يوجد في مخازنه من هذه المادة ،أو إنه قد هلك بقوة قاهرة. ولا يعد هذا الحكم استثناء من قاعدة الأثر الإعفائي للاستحالة .لأننا لا نكون بصدد حالة استحالة تنفيذ . لأن النوع لا ينعدم ،ولا يزال التنفيذ العيني ممكنا .وهذا هو الأصل .على إن القول لا يؤخذ على إطلاقه ،فقد يكون النوع محدد القدر فيعرض للمدين مانع مطلق يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا،وفي هذه الحالة يجب أن يعفى مما التزم به ،والمسألة في الحقيقة مسألة واقع وبالتالي يترك تقديرها للقضاء ، ولكن القاعدة العامة لا توجد استحالة إذا كان محل الالتزام المدين شيئا معينا بنوعه،لان النوع لا ينعدم[٢]

الشرط الثامن //أن تقع الاستحالة على الالتزامات الأصلية

ويعد هذا الأمر أيضا من الأمور المسلم بها،إذ أن استحالة تنفيذ الالتزامات الفرعية لا يؤدي بدوره إلى انقضاء العقد من تلقاء نفسه ،فينبغي أن يطالب المدين بتنفيذ الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتقه ،ولكن الأمر يختلف ،إذا فرض عكس ذلك ،بأن وقعت استحالة التنفيذ على الالتزامات الأصلية ،فأن الاستحالة في هذه الحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام برمته .كما إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام على التزام

---

[١] القاضي علي محمد هاشم الناجي،المصدر السابق ،ص٨٤ . نقلاعند.عبد المنعم البدراوي،النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام ،دار القومية العربية للطباعة ،القاهرة،ج١ ،١٩٨٩،ص٢٩٩.

[٢] القاضي مجيد محيسن علي العظيمي،الاستحالة في التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي ،مكتبة الصباح –بغداد–الكرادة ،٢٠١٧،ص٣٦.

البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه إلى المشتري ،أو وقعت الاستحالة على التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر. [١]

الفرع الثاني

الأثر المترتب على استحالة التنفيذ في الالتزام العقدي

إذا توافرت الشروط المتقدمة في الاستحالة ترتب عليها حكمها وهو انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه .ويترتب على ذلك أيضا انقضاء التأمينات الشخصية والعينية التي كانت تضمن تنفيذ الالتزام[٢]، وفي العقود الملزمة للجانبين ،فان استحالة تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه يؤدي إلى انفساخ العقد بحكم القانون وانقضاء الالتزام المقابل. وقد نصت على ذلك المادة (١٧٩) من القانون المدني [٣]أما تبعة الهلاك في استحالة التنفيذ ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة اليد. فإذا كانت يد الشخص على الشيء يد أمانة فهو لا يضمنه ،أي لايتحمل تبعه هلاكه وإذا كانت يد ضمان فهو ضامن له، أي يتحمل تبعة هلاكه.وقد نص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة في

---

[١]القاضي علي محمد هاشم الناجي ،المصدر السابق ،ص٨٢.

[٢]عبد المجيد الحكيم المصدر السابق ،ص٤٤٦.

[٣]نصت المادة ١٧٩ من القانون المدني على (١- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولاشي على المشتري .

المادة (٤٢٦).[١]،ثم وضع في المادة ٤٢٧ و٢٤٨ منه معيارا لتمييز يد الأمانة من يد الضمان وتحول يد الأمانة إلى يد ضمان وبالعكس . [٢]

المبحث الأول
الاستحالة في التنفيذ

لبحث أي موضوع لابد من معرفة مصطلحاته وألفاظه على وجه الدقة ،وعليه نرى أن موضوع بحثنا يقتضي أن نقف على مفهوم الاستحالة اصطلاحا وفقها وقانونا ومن ثم التعرف على أهم صورها ، بما إن موضوع بحثنا أشار إلى إن الاستحالة كطريق من طرق انتهاء العقد ،فلابد أن نبين شروط تحقق الاستحالة وأثرها على تنفيذ الالتزام العقدي ،لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول //مفهوم الاستحالة وصورها

المطلب الثاني // شروط تحقق الاستحالة وأثرها على تنفيذ الالتزام العقدي

---

[١] نصت المادة ٤٢٦ من القانون المدني على ((إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد. وان كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه)) .

[٢] نصت المادة ٤٢٧ من القانون المدني على ((١-تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ،وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك.٢-وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه)) والمادة ٤٢٨ من القانون المدني على ((إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان.وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)) .

المطلب الأول

مفهوم الاستحالة وصورها

سنبحث في هذا المطلب مفهوم الاستحالة لغة واصطلاحا وفقها وقانونا في الفرع الأول والتعرف على أهم صور الاستحالة في الفرع الثاني .

الفرع الأول

مفهوم الاستحالة

تأتي الاستحالة لغة بمعنى: تغيير الشيء عن طبعه ووصفه.[١]والخروج عن حاله إلى حالة أخرى .[٢]، وتأتي أيضا بمعنى الامتناع وعدم الإمكان . [٣].

اصطلاحا استعمل الفقهاء هذا اللفظ بمعنى عدم الإمكان ،وتبدل الشيء إلى شيء أخر يعد في نظر العرف متولدا منه ،فيكون الأول منعدما والثاني حادثا . [٤].

قانونا لم يضع فقهاء القانون تعريفا للاستحالة على الإطلاق .وان ورد فليس المقصود به تعريف الاستحالة بالذات بل تعريف مايضاف إليها من أوصاف أي إن التعريف يرد على مايضاف ،أي إن التعريف يرد على الاستحالة المضافة إلى مفهوم أخر ومن ذلك ماجاء بالوسيط بأن (المقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة وهي أن يكون الالتزام مستحيلا في ذاته)،[٥]وحيث إن هذا النص دل دلالة واضحة على إن معنى الاستحالة بحسب الاستعمال هو الامتناع[٦]. كما إن المقصود بالاستحالة في المفهوم القانوني هي الاستحالة الموضوعية وليست الذاتية ،حيث إن

---

[١] احمد بن محمد بن علي ،الفيومي،المصباح المنير، مؤسسة الهجرة ،قم –إيران،١٤٠٥،ص١٥٧.

[٢]الفيروز آبادي،القاموس المحيط،دار إحياء التراث العربي ،بيروت–لبنان،ج٣ ،١٤١٢هـ،ص ٥٣٢.

[٣]المعلم بطرس البستاني ،محيط المحيط ،مكتبة لبنان ،بيروت –لبنان ،١٩٨٧ م ،ص٢٠٧.

[٤]محمد كاظم ، اليزدي،العروة الوثقى،مؤسسة النشر الإسلامي،قم–إيران ،ج١ ،١٤١٧ هـ،ص٢٦٧.

[٥]عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ،ج١ ،١٩٥٢ ،ص٣٨٤.

[٦] عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد ،دار الفكر للطباعة والنشر ،ص٧٠٠ .

الأخيرة لاينعقد العقد معها على الإطلاق لأنها تمنع الالتزام من القيام ،أما الوقوعية في التي ينعقد العقد معها وابتداء" لم يكن الالتزام مستحيلا بل كان ممكنا ،ثم طرأ له مانع من تنفيذه فاستحال تنفيذه هي الاستحالة التي يترتب عليها انتهاء عقد المقاولة في القانون المدني وفي ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية و الأخيرة هي هي موضوع بحثنا ،حيث إن استحالة التنفيذ مبدأ من المبادئ المهمة والمقررة في القانون المدني بوجه عام وفي نظرية الالتزام بوجه خاص ، إذ انه يتماشى مع الواقع العملي فعندما يستحيل تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا إرادة للمدين فيه،تنقضي مسؤولية المدين ويتخلص المدين من مسؤوليته ، وقد أورد القانون المدني العراقي عدة نصوص قانونية في استحالة التنفيذ ،فنصت المادة ١٦٨ منه على انه (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه ،وكذلك الحكم إذا تأخر الملتزم بتنفيذ التزامه)،كما نصت المادة ٤٢٥ منه على انه (ينقضي الالتزام أذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه ، لسبب أجنبي لايد له فيه)،كما أوردت الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية أحكام انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في ضوء المادتين ٦٧ و٦٨ منها و وهي موضوع بحثنا التي سنتطرق إليها في المبحث الثاني بالتفصيل .

الفرع الثاني

صور الاستحالة

للاستحالة صور كثيرة ومنهاالذاتية والتي تمنع انعقاد العقد وهي لاتهمنا لأنها تعدم العقد ومنها الاستحالة الموضوعية التي تظهر بعد إبرام العقد وهي التي تهم موضوع بحثنا ولها صور كثيرة ولكن أهمها وأكثرها شيوعا هي الصور الآتية :

أولا//الاستحالة المطلقة

وهي الاستحالة التي لايستطيع معها المدين تنفيذ التزامه مطلقا ،لذا فلايعتبر في حكم الاستحالة المطلقة الاستحالة المؤقتة ،ففي هذه الحالة يؤجل تنفيذ الالتزام اذ لم يكن هذا التأجيل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من اجله .[١]

كما إن الاستحالة المطلقة تكون استحالة عامة ،إذ أن الالتزام إذا استحال استحالة مطلقة تعذر تنفيذه على المدين وغيره وتعرف الاستحالة المطلقة بالاستحالة الذاتية لأنها راجعة إلى ذات الالتزام ، فالالتزام في ذاته يعد مستحيلا . [٢]

ثانيا// الاستحالة النسبية

تختلف الاستحالة النسبية أو ما تسمى بالجزئية عن الاستحالة المطلقة بأنها لايكون معها عدم استطاعة المدين تنفيذ التزامه مطلقا ،وإنما يكون تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين لاختلال التوازن المالي للعقد لحدوث ظروف طارئة استجدت بعد العقد ولم يكون بالمقدور توقعها وهنا للمحكمة أن تطبق نظرية الظروف الطارئة(م٢/١٤٦ مدني عراقي)لاتبرر القول بانفساخ العقد ، وإنما يثبت للدائن الخيار بين طلب الفسخ أوالتنفيذ العيني لما بقي ممكنا من محل الالتزام.[٣]

ثالثا// الاستحالة المادية

تعرف بأنها الاستحالة التي تؤديإلى انقضاء الالتزام لهلاك محله هلاكا ماديا ،كأن يحترق الشيء محل الالتزام أو يتلف أو يهلك بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ،هذا يعني أن محل الالتزام موجودا في البداية ،ثم هلك أو تلف بعد ذلك ، فلم يعد للالتزام محل، ومن ثم ينقضي الالتزام ، مثال ذلك أن يستحيل تنفيذ التزام البائع بالتسليم

---

[١]عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ،شركة الطبع والنشر الأهلية ،بغداد،ط١،ج٢، ١٩٦٥،ص٤٤٤ .

[٢]القاضي عادل بدر علوان ، الوجيز في استحالة التنفيذ ، مكتبة صباح ،بغداد ،٢٠١٨،ص٢٤.

[٣] علي نعمان جبار سهيل ،القوة القاهرة وأثرها في تنفيذ الالتزام ،بحث تخرج مقدم إلى مجلس المعهد القضائي ،٢٠١٤،ص٢٧.

بسبب هلاك المبيع ،أو أن يستحيل تنفيذ التزام الممثل بتأدية دوره في مسرحية بسبب مرضه ووفاته في وقت حلول ميعاد التنفيذ،كما انه لا يعتبر من قبيل الاستحالة المادية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يكون مصدرها الظواهر الطبيعية ،كوجود طبقات غزيرة من المياه أثناء تنفيذ عقد بناء معين وتحتاج إلى سحبها وتجفيفها نفقات غير عادية ،أو وجود طبقات صخرية عند حفر احد الآبار الارتوازية تحتاج إلى ألآت خاصة لقطعها ورفعها لتنفيذ الأعمال ،مما يكلف المتعاقد نفقات باهضة أو وجود أساسات خرسانية وخزانات مجار ومياه تحت ارض منطقة تنفيذ العقد ،وقد يكون مصدرها الإنسان (فعل الغير) ،كإصلاح طريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجة المتعاقد إليه حتى يستطيع أن يصل إلى مكان تنفيذ العقد ،حيث تطبق على الأخيرة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي هي تشابه نظرية الظروف الطارئة بان كلاهما تجعل الالتزام مرهقا على المدين وليس مستحيلا إلا إن الصعوبات المالية غير المتوقعة موجودة فعلا قبل إبرام العقد ولكنها غير معروفة وغير متوقعة على عكس نظرية الظروف الطارئة تستجد بعد إبرام العقد [١]،وان نظرية الظروف الطارئة تطبق في العقود المدنية والإدارية،إما نظرية الظروف المادية تطبق على العقود الإدارية فقط ، وهي من ابتكارات مجلس الدولة الفرنسي وإذا توافرت شروطها فأنه يترتب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته ،رغم وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة وحق المتعاقد في الحصول على تعويض[٢].

رابعا // الاستحالة القانونية

تتمثل الاستحالة القانونية في صدور أمر يجب على الملتزم أن يتقيد فيه ،وان يمتثل لأحكامه،وإلا أوقع نفسه تحت طائلة العقاب ،سواء أكان ذلك الأمر في صورة قوانين مثل صدور تشريع يقصر مزاولة مهنة معينة على طائفة معينة من الناس وبشروط محدودة .أم كان في صورة قرارات ،قرار بمصادرة أموال ، أوامر إدارية كأمرإغلاق

---

[١] د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ،حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان ،الطبعة الأولى ،٢٠١٤ ، ص ٦٨٣.

[٢] المصدر السابق ،ص ٦٩٧.

منشآت ومن المعلوم بداهة أن تنشأ الاستحالة من لحظة أن يأخذ هذا الأمر مجراه في التنفيذ ،ولاتقتصرالاستحالة القانونية على صدور قانون داخل الدولة نفسها يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل إن الأمر يعد كذلك إذا ماصدر قانون في دولة أخرى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ،كأن تصدر دولة تشريعا يقضي بحظر تصدير سلعة معينة، مما يجعل تنفيذ العقود المرتبطة فيه مستحيلا ،أوتصدر تشريعا يجعل إجراء بعض العقود للأجانب غير مشروع .[١]أو قد يصدر قانون بمنع إيفاء الديون الأجنبية فيتعذر على المدين دفع دينه ،ففي هذه الحالة قد لاتوجد استحالة مادية ولكن القانون يمتثل لأمرالقانون ، وسواء كان مبعث الامتثال الرغبة في إطاعة القانون ،كما يفعل الرجل المعتاد ،أو رغبة في تحاشي العقاب فأن استحالة التنفيذ أمر معترف فيه ويعفي المدين من المسؤولية . [٢]

---

[١]علي نعمان جبار سهيل ،المصدر السابق،ص٢٩. نقلا عن د.محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ،استحالة تنفيذ الالتزام ،١٤٢٨ هـ –٢٠٠٧م ،ص٥٩.

[٢]عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،مطبعة اليرموك ،بغداد –العراق ،الطبعة الأولى ،١٩٧٤،ص١٦١.

المطلب الثاني
شروط تحقق الاستحالة وأثرها في تنفيذ الالتزام العقدي

الفرع الأول
شروط تحقق الاستحالة

لغرض الاعتداد بتحقق الاستحالة أوجب القانون تحقق شروط معينة تتمثل بالآتي:

الشرط الأول // أن تكون هناك استحالة في التنفيذ

حيث إن الاستحالة إذ لم تكن في التنفيذ فأنها تخرج من نطاق دراسة القانون المدني كله،ويمكن إلحاقها بفروع أخرى من فروع المعرفة ، كما في حالة استحالة الجمع بين الحرمة والوجوب في فعل واحد من جهة واحدة ،وذلك في مباحث أصول الفقه.[١]كما لابد أن تكون الاستحالة في التنفيذ كاملة وعامة ومطلقة ومستمرة لكي تكون سببا من أسباب انقضاء الالتزام .[٢]

الشرط الثاني // أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي

حيث لايستطيع المدين أن ينفي مسؤوليته عن الضرر الذي لحق بالدائن،إلا بقطع العلاقة السببية بين الخطأ الصادر منه والضرر الذي أصاب الدائن بالسبب الأجنبي ،وأن السبب الأجنبي قد أورده المشرع العرقي بالنصوص التالية م(١٦٨)مدني عراقي حيث نصت (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض، لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه.وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)، كما نصت

---

[١]القاضي علي محمد هاشم الناجي،انتهاء عقد المقاولة من دون اتفاق أطرافها في ضوء أحكام القضاء والتشريع ،مكتبة الصباح ،الكرادة –بغداد،٢٠١٦،ص٨٢.

[٢]القاضي عادل بدر علوان ،المصدر السابق ،ص٤١و٤٢.

المادة(٢١١)مدني عراقي على انه (إذا اثبت الشخص إن الضرر قد نشأعن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية،أو حادث فجأئياً، أو قوة قاهرة ،أو فعل الغير ،أو خطأ المتضرر كان غيرملزم بالضمان ،مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك) ،كما نصت المادة (٤٢٥)مدني عراقي على انه (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لايد له فيه) ولو أمعنا النظر في النصوص أعلاه لوجدنا إن المشرع من إثبات المدين للسبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة تنفيذ التزامه سببا لانتهاء العقد بحكم القانون ودون أن يحكم عليه بالتعويض مالم يوجد اتفاق أونص يقضي بغير ذلك ، كما نجد إن المشرع لم يعرف السبب الأجنبي في النصوص أعلاه إنما ترك ذلك الأمر للفقهاء وخير مافعل لكي لايضيق من معناه ،وقيل إن السبب الأجنبي هو أمر لادخللإرادة المدين فيه،وهو الذي أدى إلى حصول الضرر ويتمثل بالصور التالية التي جاءت على سبيلالمثال وهي القوة القاهرة ،أو الحادث الفجائي ،أو خطأ المتضرر ،أو الآفة السماوية ،أو خطأ الغير [1]

الصورة الأولى// القوة القاهرة

أن المشرع العراقي لم يعرف القوة القاهرة إلا إننا من خلال استقراء النصوص(١٦٨ و٢١١)مدني عراقي نجد انه اعتبر القوة القاهرة إحدى صور السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وينفي المسؤولية عن المدين.إلا إن الفقه حاول تعريف القوة القاهرة من خلال وضع تعريف محدد لها. فقد عرفها الأستاذ علي حسن ذنون بأنها(كل أمر خارج عن إرادة المدين غير متوقع الحصول ولايمكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.[2]كما عرفها الأستاذ عبد المجيد الحكيم بأنها (أمر غير متوقع

---

[1]فوزي كاظم المياحي ،المسؤولية العقدية فقها وقضاء ،مطبعة السيماء ،شارع المتنبي–بغداد،الطبعة الأولى ،٢٠١٩،ص١٠٨.

[2]د.حسن علي ذنون ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،مطبعة المعارف –بغداد،الجزء الأول ،١٩٤٩،ص٢٢٧.

الحصول ولايمكن دفعه ،يقع فيكون السبب في حصول الضرر).[١]أما الفقه المصري فقد عرفها الأستاذ الدكتورعبد الرزاق السنهوري بأنها (أمر غير متوقع الحصول ،غير ممكن الدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون خطأ من جانب المدين [٢].وعليه فمن استقراء النصوص والتعريفات الفقهية السالفة الذكر ،والتي وردت على القوة القاهرة يمكن استخلاص العناصر المكونة لها بالاتي:

ا-حاث فجائي لايستطيع احد أن يتوقعه.

ب-لايمكن مقاومة حصوله وتحمل نتائجه بعد حصوله.

ج- هذا الحادث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة حقيقية.

د- القوة القاهرة لايمكن تحديد مجالها (إلا انه اغلب الأمثلة عليها هي كالحروب والكوارث الطبيعية).

هـ -الحادث في نظرية القوة القاهرة لايتعدى أثره احد أطراف العقد.

م -لايسأل فيها أطراف العقد عن الحادث وغير مطلوب منهم الإثبات.

و- القوة القاهرة مداها الاستحالة الكلية المطلقة ،والتي يترتب عليها انفساخ العقد بقوة القانون.

كما إن الجدير بالذكر بأنه عند انتهاء العقد نتيجة القوة القاهرة فأنه يترتب على ذلك إعفاء الطرفان من استمرار في أداء التزاماتهم في العقد ،ولكن بدون الإخلال بحقوق أي منهما بخصوص أي إخلال سابقا بالعقد .[٣]

---

[١]عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي،مصادر الالتزام ،مطبعة المعارف – بغداد ،الجزء الأول ،١٩٧١،ص٤٧٣.

[٢]عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،النظرية بوجه عام ،النهضة العربية – القاهرة ،الجزء الأول،القاهرة،١٩٦٤،ص٣١٠.

[٣]حميد لطيف نصيف ،العقود الهندسية،مكتبة الصباح ،الكرادة-بغداد ،الطبعة الثالثة ،٢٠١٦ ،ص١٣٤.

الصورة الثانية// الحادث الفجائي

أن الحادث الفجائي والقوة القاهرة من المصطلحات التي لايكاد يمر ذكر السبب الأجنبي بمعزل عن ذكرهما ، فكلاهما ينفي الرابطة السببية ،ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ،إلا إن القوةالقاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع ،والحادث الفجائي تبرز خصيصة عدم إمكان التوقع .[١]

في الواقع ان الفقه والقضاء لا يفرق بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة ويعتبران كل منهما اسمين لمسمى واحد ،يدل أولهما على استحالة دفعه وثانيهما عدم إمكان توقعه ، وبحسبانه سببا أجنبيا غير منسوب إلى المدين ،فكلاهما لاينسب إلى المدين ،ليس متوقعا حصوله وغير ممكن دفعه ،يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام.[٢]

الصورة الثالثة // الآفة السماوية

وردت الآفة السماوية في الاصطلاح الفقهي العربي وتعريفها بوجه عام إنها كل (أمر من الله أو حادث لاصنع للآدمي فيه).[٣]

فالآفة السماوية هي كل نازلة من السماء ،فلا دخل لإرادة الإنسان في وجودها ولاحول له ولاقوة في دفعها كالزلزال والصاعقة والوباء والريح العاتية التي لاتبقيولاتذره فهي كل أمر عارض لا دخل لإرادة الإنسان فيه،وليس بالإمكان التحرز منه ولا يمكن دفعه ،وهو أمر غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وبناء على هذه الحقيقة انه لاضمان ولا مسؤولية على المدين إن هو اثبت إن الضرر قد حصل

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الداية بيروت – لبنان ،المجلد الثاني ،ج ٥ ، د.ت ،ص ١٢٩.

[٢] د. محمد جمال الدين زكي ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ،مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ،القاهرة ،١٩٦٨،ص١٣٨.

[٣] فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ،ص١١٠.نقلا عن د.صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ،دار العلم للملايين،بيروت، الطبعة الثانية ١٩٧٢، ،ص٤٩٧.

بسبب آفة سماوية والدليل على هذا الحكم هو ما قصده الفقهاء حيث نصوا على إن (مالم يمكن الاحتراز عنه لاضمان فيه).[١]

الصورة الرابعة // فعل الغير

يمكن أن يحدث الضرر ليس بخطأ المدين وإنما بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ،متمثلا بخطأ شخص من الغير لا علاقة له بالعقد المبرم بين المدين والمضرور،كما لو عهد صاحب بضاعة من الزجاج يراد نقلها من مكان إلى أخر في تغليفها وحزمها إلى شخص متخصص في هذه الأمور ،إلاأن هذا الأخير لم يقم بما عهد إليه كما يجب ومن ثم تكسر عدد من محتويات صناديق هذه البضاعة عندما قام ناقل سيارته بقيادة مركبته ،فأن حدوث الضرر في هذه الحالة لم يكن نتيجة سرعة وإنما نتيجة سوء تعبئة البضاعة وحزمه ، كما انه قد يحدث ضرر بفعل الغير في عملية التشييد البناء عند قيام الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أسس ذلك البناء، أو استخدام ألآت ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه،مما يؤدي إلى حدوث تصدع به ،أو حدوث تهدم كلي او جزئي ،فان من شان هذا الخطأ إعفاء المهندس أو المقاول من مسؤوليتهما بشرط أن لايكونا مقصرين بارتكاب أخطاء مميتة في تصميم وتنفيذ الأسس تسهم في إحداث التصدع،أو تفاقم ما كان به أصلا فعندئذ توزع المسؤولية على المهندس والمقاول والغير ،وفق نسبة إسهامه في إحداث الضرر.[٢]

---

[١]نفس المصدر ،ص١١١.نقلا عن د. ناصر احمد إبراهيم الشوي ، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة ، نشر مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣،ص٧٤٠.

[٢]حميد لطيف نصيف ،المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد،دار وائل للنشر عمان–الأردن ،الطبعة الأولى ،٢٠١٥ ، ص٢٧٥.

الصورة الخامسة // خطأ الدائن المتضرر

قديكون السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية أو الالتزام هو خطأ الدائن ،فإذا كان خطئه كافيا وحده لأحداث النتيجة فالخطأ في هذه الحالة يكون كافيا لقطع العلاقة السببية ،فإذا ادعى رب العمل بحصول تهدم في البناء ودفع المقاول بأن سبب التهدم هو خطأ رب العمل وحده ،واثبت ذلك انتفت مسؤوليته.[١]،حيث أن الضرر الذي لحق بالدائن كان بفعله هو ،وليس بخطأ المدين ،ومن ثم تنتفي في هذه الحالة العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق الدائن.[٢]

الشرط الثالث//أن لايكون الدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك

ولابد كذلك للقول بانقضاء الالتزام نتيجة استحالة التنفيذ من أن لايكون المدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك ، فالمدين إذا كان قد قبل ذلك عند نشوء العقد فانه يقوم عندئذ بدور المؤمن لمصلحة الدائن ،وعندئذ لاتبرأ ذمته منه إذا استحال عليه تنفيذ التزامه، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ،وهذا مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٥٩)مدني بقولها ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة))[٣]

الشرط الرابع// أن تكون الاستحالة لاحقة على نشوء العقد

للقول بانقضاء الالتزام بتحقق استحالة تنفيذه لابد من نشوئه صحيحا،ثم يستحيل تنفيذه فينقضي .وهذا يعني إن الاستحالة لابد أن تقع بعد نشوء الالتزام . أما لوقعت الاستحالة قبل نشوء الالتزام .فأن الالتزام سوف لاينشألامتناع محله[٤]. إذن فالوقت

---

[١]القاضي صالح عباس صالح ،مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد انجاز العمل وتسليمه–دراسة مقارنة ،رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة القانونية المتخصصة العليا القسم المدني،١٩٨٩،ص١٠١.

[٢]فوزي كاظم المياحي ،المصدر السابق ،ص١٢٤.

[٣]عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني العراقي ،المصدر السابق ،ص٤٤٥.

[٤]انظر إلى المادة ١/١٢٧ من القانون المدني العراقي.

المحدد لوقوع الاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو بعد نشوئه. وقبل تنفيذه. أما إذا وقعت الاستحالة بعد تنفيذ الالتزام فلا يكون لها اثر على الالتزام مطلقا لسبق تنفيذه.وقد سارت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية على ذلك في قرارها الصادر بالعدد (٣٦٢/س/٢٠٠٩في ٢٠١٠/١٠/٤) ، حيث نص على مايلي(حيث استقرأت الهيئة وقائع الدعوى وتبين إن تاريخ نشوء الالتزام قبل ظهور استحالة التنفيذ، وان المستأنف جمعية إسكان كربلاء التعاونية قد بذلت جهودا لغرض الوفاء بالتزامها دون جدوى، وهذا ماتشير إليه الكتب والأحكام القضائية المادة ١٦٨ و٢٤٥ مدني ،لذا قررت المحكمة بالاتفاق فسخ الحكم البدائي).[١]

الشرط الخامس// أن لايكون المدين في حالة أعذار

لابد لانقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين نتيجة لاستحالة التنفيذ من أن لايكون المدين في حالة أعذار قبل الاستحالة .فإذا كان في حالة أعذار فهو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ،أي تبعة الهلاك ،ولو لم تقع الاستحالة بخطئه ،أي ترجع إلى سبب أجنبي لايد له فيه . ويكون المدين في حالة أعذار أما نتيجة أعذار الدائن له أو بحكم القانون. [٢]فإذا أعذر الدائن مدينه بوجوب تنفيذ التزامه ولم ينفذه ثم استحال عليه تنفيذه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ولو كانت لسبب أجنبي.[٣]

الشرط السادس// أن لاتقع الاستحالة على مبلغ من النقود

وهذا الأمر يبدو واضحا وجليا مما يجعله من الأمور المسلم بها ،فالتنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر ممكنا دائما.ولا يعتبر التنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ من النقود مستحيلا لمجرد كون المدين معسرا،ولذلك لايتصور في هذا النوع من

---

[١]القاضي عادل بدر علوان ،المصدر السابق ،ص٥٠.

[٢]انظر إلى نص المادة ٢٥٨ من القانون المدني العراقي .

[٣]عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ص٤٤٦.

الالتزام ،وقوع استحالة التنفيذ.ولكن من الجائز اللجوء إلى التعويض في حالة التأخير في التنفيذ.[١]

الشرط السابع //أن لاتقع الاستحالة على شيء معين بنوعه

ومعنى ذلك انه إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بنوعه لابذاته ،فأنه لامحللإعفاء المدين في تنفيذ ماالتزم به . إذ إن البائع الذي يلتزم بتسليم قدر معين من مادة غير معينة بذاتها ،لايعفي من التنفيذ العيني للالتزام ،بحجة أنه لايوجد في مخازنه من هذه المادة ،أو إنه قد هلك بقوة قاهرة. ولا يعد هذا الحكم استثناء من قاعدة الأثر الإعفائي للاستحالة .لأننا لانكون بصدد حالة استحالة تنفيذ . لأن النوع لاينعدم ،ولايزال التنفيذ العيني ممكنا .وهذا هو الأصل .على إن القول لايؤخذ على إطلاقه ،فقد يكون النوع محدد القدر فيعرض للمدين مانع مطلق يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا،وفي هذه الحالة يجب أن يعفى مما التزم به ،والمسألة في الحقيقة مسألة واقع وبالتالي يترك تقديرها للقضاء ، ولكن القاعدة العامة لاتوجد استحالة إذا كان محل الالتزام المدين شيئا معينا بنوعه،لان النوع لاينعدم[٢]

الشرط الثامن //أن تقع الاستحالة على الالتزامات الأصلية

ويعد هذا الأمر أيضا من الأمور المسلم بها،إذ أن استحالة تنفيذ الالتزامات الفرعية لايؤدي بدوره إلى انقضاء العقد من تلقاء نفسه ،فينبغي أن يطالب المدين بتنفيذ الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتقه ،ولكن الأمر يختلف ،إذا فرض عكس ذلك ،بأن وقعت استحالة التنفيذ على الالتزامات الأصلية ،فأن الاستحالة في هذه الحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام برمته .كما إذاوقعت استحالة تنفيذ الالتزام على التزام

---

[١]القاضي علي محمد هاشم الناجي،المصدر السابق ،ص٨٤ . نقلاعند.عبدالمنعم البدراوي،النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام ،دار القومية العربية للطباعة ،القاهرة،ج١ ،١٩٨٩،ص٢٩٩.

[٢]القاضي مجيد محيسن علي العظيمي،الاستحالة في التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي ،مكتبة الصباح –بغداد–الكرادة ،٢٠١٧،ص٣٦.

البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه إلى المشتري ،أو وقعت الاستحالة على التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر. [١]

الفرع الثاني

الأثر المترتب على استحالة التنفيذ في الالتزام العقدي

إذا توافرت الشروط المتقدمة في الاستحالة ترتب عليها حكمها وهو انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه .ويترتب على ذلك أيضا انقضاء التأمينات الشخصية والعينية التي كانت تضمن تنفيذ الالتزام[٢]، وفي العقود الملزمة للجانبين ،فان استحالة تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه يؤدي إلى انفساخ العقد بحكم القانون وانقضاء الالتزام المقابل. وقد نصت على ذلك المادة (١٧٩) من القانون المدني [٣]أما تبعة الهلاك في استحالة التنفيذ ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة اليد. فإذا كانت يد الشخص على الشيء يد أمانة فهو لا يضمنه،أي لا يتحمل تبعه هلاكه وإذا كانت يد ضمان فهو ضامن له، أي يتحمل تبعة هلاكه.وقد نص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة في

---

[١]القاضي علي محمد هاشم الناجي ،المصدر السابق ،ص٨٢.

[٢]عبد المجيد الحكيم المصدر السابق ،ص٤٤٦.

[٣]نصت المادة ١٧٩ من القانون المدني على (١- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولاشي على المشتري .

المادة (٤٢٦).[١]،ثم وضع في المادة ٤٢٧ و٢٤٨ منه معيارا لتمييز يد الأمانة من يد الضمان وتحول يد الأمانة إلى يد ضمان وبالعكس . [٢]

المبحث الثاني

انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

المطلب الأول

حالات انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في القانون المدني العراقي

الفرع الأول

استحالة التنفيذ لسبب أجنبي

فأن الالتزام يعتبر بحكم القانون منقضيا أن تمكن المدين من الإثبات إن الوفاء بالالتزام قد أصبح تنفيذه مستحيلا عليه لسبب أجنبي لم يكن من صنعه وليس لإرادته دخلا في وجوده حسب القواعد القانونية العامة في انقضاء الالتزام.[٣] فأنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فقد انقضت القوة الملزمة لتنفيذه وبرئت ذمة المقاول .وينقضي بذلك أيضا التزام رب العمل المقابل له وهو دفع الأجرة وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه دون حاجة لتوجيه الأعذار ،لأنه ليس للمدين فرصة للاختيار بين تنفيذ

---

[١] نصت المادة ٤٢٦ من القانون المدني على ((إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد. وان كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه)) .

[٢] نصت المادة ٤٢٧ من القانون المدني على ((١-تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ،وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لابقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك.٢- وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه)) والمادة ٤٢٨ من القانون المدني على ((إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان.وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)) .

[٣] انظر إلى المادة ٤٢٥ من القانون المدني.

العقد وتحمل المسؤولية التعاقدية[١].ومتى انتهى عقد المقاولة على هذا الوجه استحق المقاول تعويضا عما أنفقه أو عما قام به من عمل ولم يكمله بسبب الاستحالة. وان استحقاقه التعويض لا يكون بموجب المقاولة لان عقدها قد انتهى بالفسخ ولكن بموجب الإثراء بلا سبب وبذلك قضت الفقرة (٢) من المادة (٨٨٦)التي أوجبت إن يعوض المقاول بقدر ما انتفع به رب العمل عند استحالة التنفيذ لسبب قهري.[٢]

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ لخطأ رب العمل

فعندما يكون الاستحالة سببها صاحب العمل ففي هذه الحالة يمكن تطبيق المادة ٨٨٥ من القانون المدني والخاصة بتحلل صاحب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة ،لان الاستحالة الناتجة عن خطأ رب العمل تشبه حالة تحلله ممن عقد المقاولة .[٣]

الفرع الثالث

استحالة التنفيذ لخطأ المقاول

قد يرجع سبب الاستحالة إلى خطأ المقاول نفسه، فأنه يحق لرب العمل إن يرجع على ذلك المقاول ليطالبه بالتعويض ،أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذ كان للتعويض مبرر ورغم استحالة التنفيذ بخطأ المقاول ،فأن هذا الأخير يستطيع مطالبة رب العمل بتعويض يحدد مقداره بمقدار المنفعة التي عادت على رب العمل من

---

[١]حميد لطيف نصيف ،العقود الهندسية ،المصدر السابق ،ص ١٢٩.

[٢]فخر الدين الحسيني ،عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ،مكتبة النهضة –بغداد ،الطبعة الأولى ،١٩٨٤،ص٥٣.

[٣] حميد لطيف نصيف ، العقود الهندسية ،المصدر السابق، ص١٢٧.

عمل المقاول . [١]وقد يرجع سبب الاستحالة في تنفيذ العمل محل عقد المقاولة إلى خطأ المقاول من الباطن ،وبما أن المقاول الأصلي يكون في عقد المقاولة من الباطن بمثابة صاحب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن فأنه يحق له أن يرجع على المقاول من الباطن بالتعويض أو طلب الفسخ مع التعويض بنفس ما ورد أعلاه بالنسبة لصاحب العمل عليه إذا كانت استحالة التنفيذ بسببه ، كما أن للمقاول من الباطن حق الرجوع عليه بالتعويض بقدر ما انتفع من الأعمال . [٢]

الفرع الرابع

استحالة التنفيذ لموت المقاول

إن القاعدة العامة العقود لا تنتهي بموت عاقديها،إذ إن الأصل إن عقد المقاولة لا ينتهي بموت رب العمل أو المقاول ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك في العقد، ففي عقد المقاولة يبقى عقد المقاولة قائما بالرغم من موت المقاول ويكون الورثة ملزمين بالمضي في العمل إلى إن ينجزوه وتنتقل إليهم الحقوق من مورثهم ،وكذلك الالتزامات تنتقل إليهم التزاماته في حدود التركة.[٣]إلا إن هنالك حالة خاصة استثناء يترتب على حالة وفاة المقاول فيها انتهاء العقد بحكم القانون وهي حالة ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار ،فإذا لم تعقد المقاولة إلا مع مراعاة مؤهلات المقاول الشخصية ، فإذا ابرم العقد مع احد الفنانين أو احد المهندسين ،أو مع احد الأطباء،أو النحاتين ثم مات انتهى عقد المقاولة بحكم القانون والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل الصفات التي يتمتع بها المقاول وتكون ذات تأثير مباشر في حسن تنفيذ العمل، فيدخل من ضمنها سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية في هذا

---

[١]كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة ،مطبعة اوفسيت الوسام ،شارع المتنبي – بغداد ،الطبعة الأولى ،ج ٢، ،١٩٧٦،ص٣١٠.

[٢] د. سعيد عبد الكريم مبارك ،مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،دار الحكمة للطباعة والنشر،بغداد ،١٩٩٠ ،ص١٣٠.

[٣]د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل ’دار النهضة العربية ،القاهرة ،ج٧،المجلد الأول،١٩٦٤، ص ٢٦١.

التخصص، وما قام به من أعمال مماثلة وان مسألة تقدير مؤهلات المقاول فيما إذ كان محل اعتبار من عدمه مسألة موضوعية يفصل فيها القضاء على ضوء الظروف التي لابست التعاقد ،وبصفة خاصة بالنظر إلى طبيعة العمل وهو عمل فني دقيق يستدعي مقاولا متخصصا أم عمل عادي بسيط .[1]هذا وينتهي عقد المقاولة بموت المقاول ،إذا كانت مؤهلاته محل اعتبار ولا يحق لورثته إكمال العمل ،حتى إذ كانت لهم المواصفات نفسها التي يتمتع بها مورثهم .هذا إذا كان المقاول فرد عادي ،أما إذا كانت شركة ، فلا يؤثر مبدئيا،موت المقاول على الشركة إذا كانت محدودة المسؤولية أو شركة مساهمة ،بعكس شركة التضامن ، إلا إذا توقفت الشركة عن الدفع أو إذا حلت يبقى لوكيل التفليسة إكمال الأشغال أما موت صاحب العمل فلا يؤثر على المقاولة [2]ولو استقرأنا المادة(٨٨٨)من القانون المدني العراقي سنجد إنها نصت بشكل واضح إن عقد المقاولة يعتبر منتهي بحكم القانون إذا كانت شخصية المقاول المتوفى محل اعتبار ومن ثم نجد إن المشرع العراقي قد أورد على سبيل المثال الشخصيات التي تكون دائما محل اعتبار وكما نص المشرع العراقي حالة إذ لم يكن لشخصية المقاول المتوفى محل اعتبار بالتعاقد فأنه لا تأثير لموت المقاول على تنفيذ العقد بل تسري الالتزامات الناشئة عن العقد بحق الورثة في حدود التركة ،إلا انه إذ لم تتوفر في الورثة الضمانات الكافية فمن حق رب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد بعد إنذار الورثة .

الفرع الخامس

استحالة التنفيذ لعجز المقاول

إذا عجز المقاول عن إتمام العمل لسبب لا دخل فيه لإرادته،كأن يصاب بمرض أوعاهة يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه ،فإذا كان المقاول نحاتا وقطعت يده التي ينحت بها ،أو رساما ، وقطعت يده التي يرسم بها ،أو جراحا وأصيب بمرض مفاجئ

---

[1]د.جعفر الفضلي،الوجيز في العقود المدنية –البيع–الإيجار–المقاولة،العاتك –القاهرة ،د.ت ،ص٤٤٤.

[2]د.نعيم مغبغب (مقاولات البناء الخاصة –عقود البناء ومفاعيلها السلامة العامة في المصاعد والمباني)،الطبعة الرابعة ،٢٠٠٩ ، ص٢٦١.

أقعده عن إجراء العملية ،أو مهندس معماري وفقد بصره ، أو مؤلف وفقد ذاكرته [١].
وان عقد المقاولة هنا ينتهي كما ينتهي بموت المقاول ويأخذ العجز عن العمل حكم الموت ،وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (٨٨٩)من القانون المدني على هذا الحكم صراحة إذ نصت على انه (تسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه بسبب لا دخل فيه لإرادته) ويستوي أن يكون المقاول قد بدا بتنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا،أو أصبح عاجزا بعد إبرام المقاولة وقبل البدء بتنفيذ العمل.[٢]

المطلب الثاني

حالات انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية

نرى قبل التطرق إلى حالات انتهاء عقد المقاولة في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية إن نبين ماهية الشروط العامة لمقاولات أعمال مقاولات الهندسة المدنية،هي شروط معدة من قبل وزارة التخطيط تسري على جميع العقود الحكومية(العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية ممثلة برئاسة الجمهورية ،ومجلس الوزراء ،ومجلس النواب ،ومجلس القضاء الأعلى،والأمانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات، والجهات الغير مرتبطة والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ،مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة ،والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية ،وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية والشركات العامة ،عند تنفيذها لمشاريعها المدرجة في المنهاج الاستثماري ،أو الجاري الممول من الموازنة العامة). [٣]التي

---

[١] د. طارق كاظم عجيل ،الوسيط في عقد المقاولة ،دار السنهوري،شارع المتنبي–بغداد ،الطبعة الأولى ،٢٠١٦، ص٤٨٥.

[٢]القاضي علي محمد هاشم الناجي ،المصدر السابق ،ص٦٧.

[٣]انظر إلى المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢لسنة ٢٠١٤ .

تكون الجهات الحكومية احد أطرافها والتي تعتبر جزءا لا يتجزء من العقد عند إبرامه من الجهة الحكومية المتعاقدة مع أي من الأشخاص سواء كان شخصا طبيعياً و معنوي كشركة وهي تعد ملزمة لأطراف العقد وذلك استنادا لأحكام المادة ١٢ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ حيث نصت المادة أعلاه /أولا (على جهة التعاقد التزام بتطبيق شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٧ وشروط أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية و الكيمياوية لسنة ١٩٨٧ أو ما يحل محلها واعتبارها جزءا لا يتجزء من العقد)، حيث ان هذه العقود تعد واجب التقيد بها ولو لم ينص العقد المبرم في مضمونه على ذلك مادامت ملزمة بنص القانون كما مذكور أعلاه . تضمنت الشروط تعريف بعض المصطلحات وتنظيم كيفية إجراء المناقصة وما مطلوب من مقدمي العطاءات وكيفية رسوا المناقصة ،وكيفية تنفيذها من قبل أطرافها، وكيفية حل العراقيل التي تواجه تنفيذها من التوقف عن العمل ومشاكل بالتصاميم وموقع العمل من خلال إصدار أوامر غيار ،أو سحب العمل وإحالته على مقاول ثاني على حساب المقاول الأول ،أو كيفية الاستلام الأولي والنهائي و تحديد مدة مسؤولية المقاول عن صيانة العمل بعد استلامه .....إلى الخ.

من خلال استقراء النصوص المواد ٦٧ و٦٨ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية وقرارات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة والاطلاع على قرارات مجلس الوزراء الخاصة بتنفيذ المشاريع الحكومية يمكن إجمال حالات انتهاء عقد المقاولة بالاتي:

الفرع الأول

حالة نشوب الحرب

إن الحرب الدولية والداخلية والأعمال العدوانية والاحتلال جميعها تؤثر على تنفيذ العقود الحكومية ويغلب عليها الطابع السياسي.[١]وتعد من قبيل القوة القاهرة ،حيث

[١]د.فتوح محمد هنداوي،القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،المركز القومي للإصدارات القانونية،الطبعة الأولى ،٢٠١٦،ص٤٢١.

إن نشوب الحرب خارج عن سيطرة أطراف العقد ، ولا يستطيع أي طرف تجنب أو تلافي حدوثها ،كما لم يكن بمقدور أي طرف أن يتوقع حدوثها قبل إبرام العقد كما يقتضي الاعتداد بنشوب الحرب كسبب من أسباب انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ توفر عدة شروط وهي :

أولا:أن تنشب الحرب بعد إبرام العقد ،وخلال مدة انجاز الأعمال،أي خلال مدة العقد

ثانيا: أن تنشب ضمن حدود الجمهورية العراقية ،أو كان العراق طرفا فيها أي تعتبر سبب من أسباب للانتهاء سواء كانت حربا دولية ،أو داخلية مادامت واقعة ضمن حدود الجمهورية العراقية أو كانت طرفا فيها.

ثالثا: أن تكون الحرب مؤثرة على تنفيذ الأعمال سواء كانت امنيا (كوقوع المناطق المراد تنفيذ الأعمال عليها تحت سيطرة تنظيم داعش الإرهابي) ،أو ماليا أو من أي ناحية أخرى

رابعا : على المقاولان يبذل أقصى جهد للإكمال تنفيذ الأعمال ولا يتهاون أبدا في ذلك ،مال ينهى عقد المقاولة .

كما أعطت المادة ٦٧ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية الحق لصاحب العمل ،وفي أي وقت بعد نشوب الحرب أن ينهي المقاولة بعد إعطاء إشعار تحريري إلى المقاول ،وهنا تعتبر المقاولة قد انتهت من تاريخ تبليغ المقاول بالإشعار ،إلا إن المادة لم تبين هل إن الإشعار يوجه من قبل رب العمل مباشرة ،أم بواسطة كاتب عدل ، فقط اشترطت أن يكون تحريريا ،كما إن القواعد العامة لأحكام الإشعار أو الإنذار وفق المادة (٢٥٧)من القانون المدني العراقي لم تشترط للأعذار أو الإشعار شكل معين ، كما لم تشترط أن يكون بواسطة كاتب عدل ،وعليه فأن الإشعار يشترط فقط أن يكون تحريريا فقط لان شرط ذلك بنص المادة أعلاه ، سواء أكان موجها من رب العمل مباشرة ،أو بواسطة دائرة كاتب العدل، لان نص المادة لم يشترط أن يصدر من دائرة كاتب عدل وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها المرقم(١٣٦/هيئة موسعة مدنية / ٢٠١٩)حيث نصت في مضمون قراراها على المبدأ التالي(الإنذار عمل قانوني يصدر من جانب واحد وليس له شكل خاص إلا إذا نص القانون على ذلك الشكل ،أو صدوره من جهة حصرية

وان منح الوزارات صلاحيات تصديق العقود والتعهدات والكفالات استنادا إلى أحكام المادة (٩) من قانون كتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ لا يعتبر منعا لتلك الوزارات والدوائر من توجيه الإنذارات والإشعارات كافة ومنها الإنذارات التي توجه الى الجهات المتعاقدة معها كالشركات أو الأشخاص)[١]

وشهدت المحاكم العراقية الكثير من التطبيقات القضائية لحالة إنهاء عقد المقاولة ،بسبب نشوب الحرب ،حيث نصت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بمضمون قرارها بالعدد (٩٢٠/الهيئة الإستئنافية المنقول /٢٠١٧ في ٢٠١٧/٩/١٨) على المبدأ (إذا كانت المقاولة موضوع العقد المبرم بين الطرفين تقع ضمن المناطق التي سيطرت عليها التنظيمات الإرهابية فأن المقاولة تعد منتهية لاستحالة التنفيذ وعلى صاحب العمل دفع مستحقات المقاول عن الأعمال المنجزة استنادا لأحكام المادتين ٦٧ و٦٨ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية) .[٢]

كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (٦٨٥/الهيئة الاستئنافية المنقول /٢٠١٥) بذلك والذي تتلخص وقائعه بما يلي (ادعى وكيل المدعى لدى محكمة البداءة المتخصصة بدعاوى عقود المقاولات الحكومية في بغداد انه سبق لموكله وان تعاقد مع المدعى عليه على تنفيذ أعمال مشروع أنشاء المجمع السكني في محافظة صلاح الدين –تكريت المطاردة ،وبعد مدة تعاقدية أمدها (سنتان)من تاريخ توقيع العقد ،وبعد أن باشر موكله بالعمل تعرضت المنطقة إلى ظروف أمنية صعبة، مماجعل استحالة التنفيذ فقرات المشروع ، وتم إنذار المدعى عليه ولكن دون جدوى ،لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة ،والحكم بفسخ العقد ،وإلزامه بمبالغ التعويضات والمصاريف الإدارية وفوات المنفعة الذي يقدرها الخبراء ، وقد أصدرت محكمة عقود المقاولات بالعدد ٢٦٧/ب/٢٠١٤ في ٢٠١٥/١/٢٥حكما حضوريا

---

[١]قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٦/هيئة موسعة مدنية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/٢٢،القرار منشور على الصفحة الرسمية الالكترونية لمجلس القضاء الأعلى ،قرارات محكمة التمييز الاتحادية ،٢٠١٩.

[٢]القاضي حيدر عودة كاظم ،الإجراءات العملية في الدعوى المدنية –دراسة معززة بالتطبيقات القضائية ،مكتبة القانون المقارن ،بغداد،الطبعة الثانية ،ج١، ١٣٨ .

،يقضي برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف ،وقد طعن وكيل المدعي بالحكم استئنافا بلائحته المؤرخة ٢٠١٥/٢/٤ ، وقد أصدرت محكمة الاستئناف حكما حضوريا يقضي بتأييد الحكم البدائي ،ورد الطعن الاستئنافي ،ولعدم قناعة المستأنف طعن به تمييزا.

القرار:

لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ، لذا قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز،ولدى عطف النظر على الحكم المميز ،فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون ،لان المدعي أسس دعواه البدائية بالمطالبة بفسخ عقد المقاولة ، والتعويض عن قيمة الأعمال المنجزة ،بسبب استحالة تنفيذ عقد المقاولة ،للظرف الأمني الذي تمر به محافظة صلاح الدين ،مما يحول دون الاستمرار في تنفيذ العقد ، وحيث أن وكيل المدعي حصر دعواه أمام محكمة الاستئناف بالمطالبة بفسخ العقد ،والاحتفاظ بدعوى مستقلة بالمستحقات ، وحيث ان طلب فسخ العقد يستوجب حصول إخلال من احد الأطراف المتعاقدة ،عملا بأحكام المادة (١/١٧٧)من القانون المدني العراقي ،وحيث إن المدعى عليه لم يخل بالتزاماته التعاقدية ،وان توقف العمل خارج عن إرادته لسبب أجنبي مما تكون أعمال المطالبة بفسخ العقد لا سند لها في القانون و بإمكان المدعين المطالبة بتصفية عقد المقاولة وفقا للمادة ٦٨ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ،لذا قرر تصديق الحكم ، ورد الطعن التمييزي ،وصدر القرار بالاتفاق . [١]

ومن الجدير بالذكر إن الظرف الأمني الصعب لا يعد من قبيل القوة القاهرة حيث انه لا يؤدي إلى تحقق استحالة مطلقة وإنما استحالة نسبية وحيث إن الاستحالة النسبية لا تجعل الالتزام مستحيلا وإنما تجعله مرهقا للمدين وبالتالي لا مجال لإنهاء العقد وفق نص المادة (٢/٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بحجة الظرف الأمني الصعب للمنطقة وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية

---

[١] قرار محكمة التمييز بالعدد ٦٨٥/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣/١٧،قرار غير منشور .

بمنطوق قرارها المرقم (٢٧/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٦) الذي نص على ما يلي:((لدى التدقيق والمداولة من الهيئة المدنية الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك إن محكمة الاستئناف أصرت على حكمها السابق المنقوض ولم تتبع ماورد في قرار النقض التمييزي المرقم ٢٥٢٤/الهيئة الإستئنافية منقول /٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/٢٤ وكان لإصرارها على حكمها المنقوض سند من القانون حيث أجرت المحكمة التحقيقات اللازمة في موضوع الدعوى التي انصب ادعاء المدعي /المستأنف عليه/المدير المفوض لشركة النجم الذهبي للمقاولات العامة المحدودة –إضافة لوظيفته على مطالبة المدعى عليه /المستأنف/وزير الأعمار والإسكان –إضافة لوظيفته بإنهاء العقد المرقم ٥ في ٢٠١٠/١/٢٠ الخاص بتنفيذ أعمال مشروع المجمع السكني في محافظة صلاح الدين –تكريت– قدره (٧٠٣،٥٠٠،٥٨،٢٩٠)دينار المبرم استنادا لأحكام المادة ٢/٦٧ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لاستحالة التنفيذ، وطلب الحكم بالتعويض استنادا للمادة ٦٨ من الشروط المذكورة والذي قدره بمبلغ (١٥،٠٠٠،٠٠٠،٠٠٠)خمسة عشر مليار دينار ،مع الاحتفاظ بالزيادة التي يقدرها الخبراء وحيث أن الثابت من بنود العقد إن مدة تنفيذه (٢٤)شهرا تبدأ وفقا لما جاء في قرار الإحالة (من تاريخ العقد أو بعد (١٤) يوما من تاريخ كتابة الإحالة في ٢٠٠٩/١٢/٢٠ ،كما تضمن العقد في البند عاشرا أحكام عامة حيث ورد في الفقرة (٨)منه،من حق الطرف الأول/المدعى عليه –إضافة لوظيفته /المستأنف إيقاف العمل كليا أو جزئيا وفقا للأسباب المذكورة فيها ،وان المدعي –إضافة لوظيفته /المستأنف عليه بدأ بالعمل ووصلت نسبة الانجاز (٧١،٢٧%) حسبما ورد ذلك تقرير الخبراء وبذلك يكون السند الذي يستند إليه المدعي –إضافة لوظيفته /المستأنف عليه المتمثل بالظرف الأمني الذي تعرضت له المنطقة لا يعد سببا لإنهاء العقد إذ إن الاستحالة التي توجب إنهاء العمل هي الاستحالة المطلقة ولست الاستحالة النسبية لاسيما وان محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية أنابت محكمة بداءة تكريت بإجراء الكشف الموقعي على موقع العمل التي أجرت الكشف

بتاريخ ٢٠١٥/٩/٨ والمثبت فيه ان المشروع تم تنفيذه بدرجات متقدمة مع وجود مواد إنشائية مطروحة داخل المشروع مع كرفانات إدارة المشروع والعمل متوقف فيه وهذا دليل على إن التي يوجد فيها موقع العمل آمنة وبإمكان المقاول انجاز ما تبقى من الأعمال، وحيث إن الاستحالة المطلقة هي أن يكون العمل الذي التزم به المدعي –إضافة لوظيفته /المستأنف عليه مستحيلا بالنسبة له ولغيره مما لا يكون هناك سند من القانون لإنهاء المقاولة وفقا لأحكام المادتين ٦٧ و٦٨ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية خاصة وان المادة ٦٧ اشترطت على المقاول أن يبذل أقصى جهد لإكمال تنفيذ الأعمال وحيث إن الحكم الاستئنافي المميز ،قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز ،وصدر القرار بالأكثرية .[١]

الفرع الثاني

حالة مرور البلد بالأزمة المالية

سبق وان ذكرنا بأن الاستحالة لا ترد على الالتزام بمبلغ من النقود حسب القواعد العامة للاستحالة [٢]،إلا انه ونظرا للازمة المالية التي مر بها البلد بعد عام ٢٠١٤ واحتلال عصابات داعش الإرهابية لعدد من المحافظات العراقية فقد صدر قرار مجلس الوزراء المرقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٥ المتضمن إيقاف تنفيذ المشاريع وتجميد العمل بها إلى حين توافر السيولة المالية ، وبما إن الخاص يقيد العام ،فقد استقرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على اعتبار عدم تسديد الجهة الحكومية للمبالغ المستحقة للمقاول لعدم توفر السيولة النقدية سببا من أسباب انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي لادخل لإرادة المتعاقدين فيه ،وبالتالي يعتبر العقد منحلا استنادا لأحكام المادة ٢/٦٧من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية .

---

[١]قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧/الهيئة ا الموسعة المدنية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٣/١٦ ،قرار غير منشور.

[٢]انظر إلى ص١٤ .

إلا انه يشترط لاعتبار المقاولة منتهية لاستحالة التنفيذ بسبب وجود الأزمة المالية ما يلي:

أولا/أن تكون الأزمة قد حلت بعد العقد .

ثانيا /أن تكون الأزمة قد حلت خلال مدة إكمال أو انجاز العمل .

وعليه فإذا لم يقم المقاول بإنجاز العمل المطلوب منه خلال المدة المنصوص عليها في العقد ،وبعد ذلك حدثت الأزمة المالية فهنا لا مجال لانتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في منطوق قرارها المرقم (٥٩٥/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٨) الذي نص على إنه((لدى التدقيق والمداولة وجد بأن الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ولاشتماله على أسبابه قرر قبوله شكلا، وعند عطف النظر على الحكم المميز تبين بأنه لما استند إليه من أسباب موافق للأصول وأحكام القانون ،وذلك لان الثابت من وقائع الدعوى وأدلتها الثبوتية بأن المدعيين (المميزين)لم ينجزا أعمال المقاولة المرقمة ٢٠٠٩/٢٤ الخاصة باستصلاح مساحة (٧٣٠٠)دونم من أراضي محافظة القادسية ضمن مشروع حرية دغارة خلال المدة التعاقدية والمدد الإضافية والتي انتهت جميعها قبل الأزمة المالية التي يشهدها البلد في الوقت الحاضر، وبذلك يكون الإخلال صادر من جانبهما بالالتزامات التعاقدية ولا يحق لهما المطالبة بإنهاء المقاولة لاستحالة التنفيذ على وفق المادة ٦٧ من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية وما يستتبع ذلك من الحقوق الواردة بعريضة الدعوى ،لذا واستنادا للمادتين ٢/٢١٠ و٢١٨ مرافعات مدنية قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق)).[١]

هذا وقد عمدت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على تأكيد استقرارها على إن عدم دفع رب العمل مستحقات المقاول ، بسبب عدم توفر السيولة النقدية التي هي خارج عن إرادة رب العمل تعد سببا من استحالة التنفيذ، لكونها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٩٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٨في ٢٠١٨/٣/١ ، قرار غير منشور .

،وبالتالي تعتبر المقاولة منتهية وفقا لما منصوص عليه بالمادة (٢/٦٧) من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية ،وذلك من خلال نقضها لأكثر من مرة لقرار محكمة الاستئناف ،لكون الأخيرة رفضت الاستجابة لطلب المدعين /المستأنف ينب إنهاء عقد المقاولة ،لعدم صرف مستحقاتهم بسبب عدم توفر السيولة المالية لرب العمل بسبب الأزمة المالية التي يمر بها البلد ،وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم(٣٨٤/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٦) ،والذي تتلخص وقائعه بما يلي (ادعى المدعيين كل من (المدير المفوض لشركة قمة الكفاءة للمقاولات العامة المحدودة –إضافة لوظيفته والمدير المفوض لشركة التطوير والإسكان للتجارة والمقاولات العامة – إضافة لوظيفته)لدى محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية في الرصافة بأنه سبق لهم التعاقد مع المدعى عليه مدير عام الهيئة العامة للإسكان – إضافة لوظيفته لتنفيذ العقد المرقم (٢٥)في ٢٠١٣/٦/٣ الخاص بتنفيذ وإنشاء المجمع السكني في كميت /محافظة ميسان بمبلغ مقداره اثنان وتسعون مليار وثمانمائة وخمسة وستون ومائتان وأربعة وسبعون ألف وخمسمائة وعشرون دينار عراقي وبمدة تعاقدية مقدارها (٩٠٠) يوم ،وبعد أن تمت المباشرة بالعمل تم تقديم السلفة رقم (٥) عن الأعمال المنجزة بتاريخ ٢٠١٤/١١/٢٩ بمبلغ خمسمائة مليون دينار ، وبعد ذلك تم تقديم السلفة رقم (٦)بتاريخ ٢٠١٥/٣/٣١ بمبلغ مليارين وثلاثمائة وسبعون مليون دينار وقد تم تأييد هذه السلف من دائرة المهندس المقيم وكذلك مصادقتها من الأقسام المختصة في دائرة المدعى عليه وبالنظر لمرور أكثر من ثمانية أشهر على جاهزية السلف للصرف ،إلا إن المدعى عليه ممتنع عن الصرف دون وجه حق أو سند قانوني ،بخلاف ما نصت عليه المادة (٦٢–ط)من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،وقد سبق وأن تم الطلب على اعتبار العمل متوقف اعتبارا من ٢٠١٥/١/١٢ وقد تم تسيير إنذار صادر من كاتب العدل في الكرادة بالعدد (١٢١٥٧)في ٢٠١٥/٤/١٤ ،لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة وإصدار الحكم بإنهاء العقد المبرم بين الطرفين استنادا لأحكام المادة (٢/٦٧)من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لاستحالة تنفيذ العمل ،بسبب عدم توافر السيولة النقدية ،وطلب احتساب مستحقات

الشركتين بموجب المادة (٦٨) من الشروط العامة التي يقدرها بمبلغ عشرون مليار دينار ،أصدرت محكمة الموضوع بالعدد (٥٢٠/ب/٢٠١٥) في ٢٠١٥/١١/٢٩حكما حضوريا يقضي برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف ،ولعدم قناعة المدعي بالحكم المذكور أعلاه فقد طعن به استئنافا بلائحة وكيله المؤرخة ٢٠١٥/١٢/٦ أصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بالعدد (٢٠/س/٢٠١٦) في ٢٠١٦/٢/٢ حكما حضوريا يقضي بتأييد الحكم البدائي ورد الأسباب والطعون الاستئنافية وتحميل المستأنف الرسوم والمصاريف، ولعدم قناعة المستأنف بالحكم المذكور أعلاه فقد طعن به تمييزا بلائحة وكيله المؤرخة ٢٠١٦/٢/٣.

القرار// لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ،وذلك لاستحالة قيام المدعى بتنفيذ التزامه التعاقدي بدفع المبالغ المستحقة للمدين من خلال عدم صرفه سلف الأعمال المنجزة، وذلك بسبب عدم السيولة النقدية والتي هي خارج عن إرادته ، مما يصبح تنفيذ عقد المقاولة مستحيلا وتعتبر منتهية وفقا لما هو منصوص عليه بالمادة (٢/٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، مما كان على المحكمة الاستجابة لطلب المدعين بتصفية أعمال المقاولة وتحديد استحقاق المتداعيين،من خلال اللجوء إلى الخبراء مع ملاحظة عدم استحقاق المدعين لما فاتهم من الربح ،كون انتهاء عقد المقاولة تم خارج عن إرادة المدعى عليه ،لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق .[1]

إلاانه بالرغم من نقض الحكم الاستئنافي بالقرار التمييزي أعلاه ،إلا إن محكمة الاستئناف بغداد الرصافة الاتحادية – الهيئة الاستئنافية الثالثة أصرت على حكمها السابق،فأصدرت بعدد ٢٠/س٣/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٥/١٩ حكما حضوريا

---

[1] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٨٤/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٦في ٢٠١٦/٢/١٥ ،قرار غير منشور.

يقضي بالإصرار على قرارها في ٢٠١٦/٢/٢ بتأييد قرار محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية بالعدد ٥٢٠/ب/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/٢٩ ،ورد الاعتراضات والأسباب الإستئنافية وتحميل المستأنفين رسم الاستئناف واعتبار أتعاب المحاماة المحكوم بها لوكيلا المدعى عليه مبلغ خمسمائة ألف دينار توزع وفق النسب القانونية شاملة لمرحلتي التقاضي بداءة واستئنافا ،ولعدم قناعة المستأنفان بالحكم المذكور طعنا به تمييزا بلائحة وكيلهما المؤرخة في٢٠١٦/٥/٢٤.

وعليه أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها المرقم (١٩٨/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٦) الذي جاء بمنطوقه (لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية ولشموله على أسبابه قرر قبوله شكلا ،ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز فقد وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وان إصرار محكمة الاستئناف على حكمها المنقوض بقرار هذه المحكمة ٣٨٤/هيئة استئنافية منقول /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/٥ كانفي غير محله، ذلك إن البند الخامس (التسليف)من عقد تنفيذ وإنشاء المجمع السكني في محافظة ميسان –الكميت قد نص في الفقرة الأولى منه على (يجري صرف مستحقات الطرف الثاني وفق نظام السلف المعتمد لدى الطرف الأول /المميز عليه / المدعى عليه/ الهيئة العامة للإسكان)، وعلى أساس ذرعات العمل المنجز والمؤيد من قبل المهندس المقيم في المشروع بعد استكمال تدقيق هذه الذرعات من قبل الطرف الأول، وان التحقيقات القضائية قد أظهرت بأن المدعى عليه قد عجز عن دفع المبالغ المستحقة للمدعين من خلال عدم صرف ثلاث سلف عن الأعمال المنجزة، بسبب عدم توفر السيولة النقدية وهي خارج عن إرادته وحيث إن إذا نفذ العقد كان لازما ولايجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي طبقا للمادة (١/١٤٦)من القانون المدني ،وحيث إن المقاولة تنتهي باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه ،كما تقضي بذلك المادة (١/٨٨٦)من القانون المدني والمادة (٢/٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،وعليه كان على محكمة الاستئناف الاستجابة لطلب المدعيين وتقدير التعويض وفق مارسمه قرار النقض التمييزي بالعدد ٣٨٤/هيئة

استئنافية منقول/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/١٥ ،وحيث أن المحكمة قد سارت في الدعوى بخلاف ذلك مما اخل بصحة حكمها الاستئنافي المميز، فقرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ما تقدم وإصدار الحكم وفق القانون ،على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية. [١]

وإتباعا للقرار التمييزي أعلاه أصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية – الهيئة الاستئنافية الثالثة بالعدد ٢٠/س٣/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٠/٩حكما حضوريا يقضي بفسخ الحكم البدائي المستأنف الصادر من محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية في الرصافة بالعدد ٥٢٠/ب/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/٢٩ كلا والحكم بإنهاء عقد المقاولة موضوع هذه الدعوى المبرم مابين المدعيين /المستأنفين أعلاه/إضافة لوظيفتهما والمدعى عليه/المستأنف عليه –إضافة لوظيفته المرقم (٢٥)في ٢٠١٣/٦/٣ ،والخاص بتنفيذ وإنشاء المجمع السكني في كميت /محافظة ميسان والحكم كذلك بإلزام المستأنف عليه / المدعى عليه– إضافة لوظيفته بتأديته للمدعيين /المستأنفين –إضافة لوظيفتهما مبلغ مقداره فقط ثمانية عشر مليار ومائة وثلاثة وستون مليون ومائة وأربعة وتسعون ألف وأربعمائة وتسعة وثلاثون دينار عراقي عن المستحقات المدعين عن العقد أعلاه ،ورد دعوى المدعين بالزيادة المدعى بها في عريضة دعواهم وتحميل الطرفين المصاريف النسبية ،مع تحميل كل طرف أتعاب محاماة لوكيل الطرف الأخر مبلغ قدره خمسمائة ألف دينار ،واعتبار الأتعاب أعلاه والمحكوم بها لوكلاء الطرفين شاملة لمرحلتي التقاضي بداءة واستئنافا ،ولعدم قناعة المستأنف عليه بالقرار المذكور طعن به تمييزا بلائحة وكيله وكيله المؤرخة في ٢٠١٦/١٠/١٦ .

وعليه أصدرت محكمة التمييز الموقرة قرارها المرقم (٣٦٠/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٦ الذي قضت بمنطوقه ما يلي (لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩٨/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/١٥ ،،قرار غير منشور.

القانونية فقرر قبوله شكلا، ولدى النظر في الحكم الاستئنافي المميز فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون وجاء إتباعا لما ورد بقراري النقض التمييزي بالعدد٣٨٤/هيئة استئنافية منقول /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/١٥ و١٩٨/هيئة موسعة مدنية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/١٥، ذلك ان الذي تبين بأن المميز /المدعى عليه قد عجز عن دفع المبالغ المستحقة للمميز عليهما /المدعيين ،بسبب عدم توفر السيولة النقدية وهي خارج عن إرادته ،فيعتبر العقد منحلا بحكم المادة (٢/٦٧)من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية واستعانت محكمة الاستئناف بتسعة من الخبراء المتخصصين لتقدير استحقاقات المدعين ،وقدموا تقريرهم المؤرخ ٢٠١٦/٩/٢٨ وان وكيل المميز لم يطلب انتخاب خبراء أخريين،وبذلك فان تقدير استحقاقات المدعين بملغ (١٨،١٦٣،١٩٤،٤٣٩)مليار دينار يكون مناسبا فاتخذته المحكمة سببا لحكمها المميز ،فقرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية .[1]

الفرع الثالث

حالة استحالة تنفيذ عقد المقاولة لأي سبب يتفق عليه صاحب العمل والمقاول بأنه خارج عن إرادتهما وأدى إلى استحالة التنفيذ

وفي هذه الحالة عادة ما تشكل لغرض إنهاء العقد وتصفية العمل وتتألف اللجنة من ممثلي عن صاحب العمل (الدائرة الحكومية) وعن المقاول ويتفق الطرفين في محضر أصولي على إنهاء العقد وتصفية العمل ،كحالة اتفاق وزير الثقافة والسياحة والاثار /إضافة لوظيفته مع المدير المفوض لشركة جبال أطلس للمقاولات العامة المحدودة المسؤولية /إضافة لوظيفته على إنهاء العقد المرقم ٢٠٠٨/١٢ في٢٠٠٩/٩/١٠المبرم بينهما بسبب قرب المشروع من أحدى المؤسسات الأمنية وهي وزارة الدفاع ،وبذلك تكون المقاولة منتهية وفق المادة ٢/٦٧ من الشروط العامة

[1]قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٦٠/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/١١/٢٨ ،قرار غير منشور.

لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،وهذا ما نصت عليه محكمة التمييز في قرارها المرقم ٥٠٨/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٧ الذي تتلخص وقائعه بما يلي (ادعى وكيل المدعي/المدير المفوض لشركة جبال أطلس للمقاولات العامة محدودة المسؤولية /إضافة لوظيفته لدى محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية إن موكله تعاقد مع المدعى عليه بموجب العقد المرقم ٢٠٠٨/١٢ في ٢٠٠٩/٩/١٠ الخاص بالأعمال التكميلية ،وبالنظر لانتهاء العقد وان المدعى عليه ممتنع عن إطلاق خطاب الضمان ،وكذلك عدم تسديد مستحقات المدعي والتي تشمل أمانات الصيانة والمستحقات الأخرى البالغة أقيامها مائة وثلاثة وتسعون مليون ومائة وستة وعشرون ألف وسبعة وتسعون دينار ،لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة وإلزامه بإطلاق خطاب الضمان وتسديد كافة الرسوم والمصاريف وتمديد خطاب الضمان المصرفية في ٢٠١٢/٥/٨ ولغاية أقامة الدعوى التي بلغت ثلاثون مليون ومائة وثمانية ألاف وثلثمائة وتسعة وسبعون دينار وتسديد المستحقات بما فيها أمانات الصيانة والرواتب والأعمال المنجزة البالغة مائة وثلاثة وستون مليون وسبعة عشر ألف وسبعمائة دينار ،أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٨٣٢/ب/٢٠١٦ في ٢٠١٧/٣/١٢ حكما حضوريا قضى بإبرام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغا مقداره ٢٩٠٦٣٢٠٨ دينار ثانيا إلزام المدعى عليه بإطلاق خطاب الضمان رقم ٢٠١٢/١٣٠٢ في٢٠١٥/٥/٢٧ الصادر عن المصرف الأهلي العراقي ٩١٥٦/٩٥١ في ٢٠١٥/٥/٧الصادر عن المصرف المتحد للاستثمار ٢٠١٠/٥٣٢ في ٢٠١٥/٦/٢٨ الصادر عن المصرف الأهلي العراقي ،ورد المطالبة بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف،طعن وكيل المدعى عليه بالحكم استئنافا بلائحته المؤرخة ٢٠١٧/٣/٢٢،أصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بعدد ٧٤٤/س/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٦/١١ حكما يقضي بتأييد الحكم البدائي ورد الاعتراضات والأسباب الإستئنافية وتحميل المستأنف المصاريف ،طعن وكيل المستأنف بالحكم تمييز بلائحته المؤرخة ٢٠١٧/٧/٩.

القرار// لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، وبعد عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق

للقانون، ذلك لان المدعى عليه /المميز وبموجب كتابه المرقم ٢٩٣ في ٢٠١٢/٥/٨ المتضمن إقرارا باستلام وتصفية مشروع تأهيل قاعة الشعب وحصول مصادقة الوزير بتاريخ ٢٠١٢/٥/٣ على محضر الاستلام النهائي ،حيث اتفق الطرفان على إنهاء المقاولة وتصفية العمل بسبب قرب المشروع من أحدى المؤسسات الأمنية وهي وزارة الدفاع ،وبذلك تكون المقاولة منتهية وفقا للمادة ٢/٦٧من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،وتم تشكيل لجنة خاصة باستلام العمل وتصفية مستحقات الشركة بموجب الأمر الإداري المرقم ٧١١٢ في ٢٠١٢/٤/٢ الصادر عن دائرة المدعى عليه والتي احتسبت نسب الانجاز، وإصدار الذرعة النهائية للأعمال المنفذة ومصادقة الوزير عليها بتاريخ ٢٠١٢/٥/٣ بعد أن تبين أن الأعمال المنجزة مطابقة للمواصفات المذكورة في العقد، مما يقتضي أطلاق خطابات الضمان الثلاثة ،إذ ليس هناك موجب لاستمرارها وحيث أن المحكمة استعانت بثلاثة خبراء لاحتساب استحقاق المدعي وأنهم قدموا تقريرهم المؤرخ ٢٠١٧/٥/٢٨، والذي جاء معللا ومسببا (م ١٤٠/أولا من قانون الإثبات)، وحيث أن الحكم البدائي قضى بأقل مماقدره الخبراء الثلاث وان المدعى عليه هو من استأنف الحكم البدائي ،لذا فأنه لايضار بطعنه ،عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق . [١]

المبحث الثالث

سلطة المحكمة ودور المهندس في عقد المقاولة المنتهي لاستحالة التنفيذ في ضوء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٠٨/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٢٢ ،قرار غير منشور .

إن لحل المنازعات بشأن تنفيذ العقود الحكومية وإنهائها هناك طريقان أمام أطراف العقد ،أما استخدام طريق الأول وهو الطريق الرضائي ويتمثل بعدة طرق تسوية ودية، كطريق التفاوض المباشر ،والذي يتفق فيه أطراف العقد مباشرة على انتهاء عقد المقاول بينهم دون تدخل الغير ،وقد يتم اللجوء إلى هذه الطريقة اختياريا بإرادة الأطراف ، أو قد يكون إلزاميا ،كأن يكون هناك شرط في العقد يقتضي ذلك ،وأيضا طريق الوساطة أو التوفيق ويقتضي وجود عنصر محايد يسمى الوسيط أو الموفق يقوم بممارسة دور الوسيط في مساعدة الأطراف ،لمحاولة حل النزاع وديا ،بالإضافة إلى طريق التوسط أو التوفيق والتحكيم وتتطلب تدخل شخصان يعملان منفصلين ،احدهما يتدخل موفقا والأخر محكما ،ويقوم الاثنان بنقل وتبادل الأفكار لغرض حل النزاع.[١]وإضافة لكل ما تقدم وإنه نظرا لتطور الفكر القانوني في خدمة المتعاقدين عمليا ، ظهرت وسائل جديدة لتفادي اللجوء إلى التقاضي عن طريق إعداد وثائق قانونية يتم تداولها بين الأفراد والمؤسسات الحكومية فتسهل لهم ما يريدون فضلا عن ذلك بعض المهن أرادت حماية المنتسبين إليها بمساعدتهم على مباشرة مهنهم ،وقد قامت دائرة العقود الحكومية في وزارة التخطيط وبالتعاون مع البنك الدولي بإعداد (١٩)وثيقة قياسية معمول بها عالميا ،وقد ضمت (٨)وثائق قياسية تخصصية و(١١)وثيقة قياسية غير تخصصية .[٢]وقامت وزارة التخطيط بنشرها على الموقع الرسمي لها وأعمامها على كافة الدوائر الحكومية ، أو الطريق الثاني فهو الطريق القضائي ،حيث يلجا إليه أطراف العقد عندما يتعذر حل النزاع وديا بينهم ، فيلجئ إلى المحكمة لحل ذلك النزاع ،حيث إن للمحكمة المدنية الولاية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة ،وتختص بالفصل بكافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص.[٣]،فأن لما للمحكمة من دور في حل المنازعات بين أطراف العقد الحكومي ومنها إنهائه ولما للمهندس في حل المنازعات،

---

[١]حميد لطيف نصيف ،تسوية المنازعات في عقود التشييد،مكتبة الصباح ،الكرادة –بغداد ،الطبعة الثانية ،٢٠١٦،ص١٨.

[٢]د. حميد لطيف نصيف ، شرح الشروط العامة لعقد الإشغال،المصدر السابق،ص٢.

[٣]انظر إلى المادة (٢٩)من قانون المرافعات المدنية .

وإجراء التسوية في حل المنازعات الناشئة عن العقد ومنها المنازعة في طلب إنهاء العقد تارة كممثل عن صاحب العمل وتارة أخرى المهندس الاستشاري الذي لا يكون طرفا في العقد،لذا نرى من الضروري أن نقسم هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول //سلطة المحكمة في إنهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ.

المطلب الثاني// دور المهندس قبل وبعد انتهاء العقود الحكومية لاستحالة التنفيذ.

المطلب الأول

سلطة المحكمة في إنهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ.

فالقضاء يعتبر الملاذ والملجأ لجميع السلطات العامة والأفراد الذي يلتجئ إليه للفصل في الخصومات والمنازعات الدائرة بينهم بشأن العقد المبرم بينهم،لما يتسم به من استقلال ونزاهة وحياد عن أطراف النزاع ،وان القضاء لا يتحرك من تلقاء نفسه، فلابد من تحريك دعوى ورفعها أمامه من قبل ذوي الشأن .[١]،وانه من المسلم به بأن العقد المدني بشكل عام يخضع إلى قانون الدولة الذي تم فيه ، وبذلك يقضي القانون المدني العراقي بأن العراقي يقاضي أمام محاكم العراق عما ترتب بذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج كما يقاضي الأجنبي في العراق أيضا إذا كان موضوع التقاضي عقدا تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق .[٢]

---

[١]فارس علي جانكير ، حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت – لبنان،الطبعة الأولى،٢٠١٤، ص٩٥ .

[٢]انظر إلى المواد ١٤و١٥ و٢٦ من القانون المدني العراقي.

أما إذا كانت الدولة طرفا في العقد ،فأننا نكون أمام عقد حكومي ، وبذلك تكون للمحاكم العراقية الولاية القضائية للنظر في جميع القضايا الناشئة عن العقد وهي تطبق في ذلك ما استقر عليه القضاء الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية بأجزائها مع الأخذ بقواعد القانون المدني أو التجاري بالقدر الذي لا تتعارض فيه أحكام تلك القوانين مع مبادئ وأسس العقود الحكومية ، هذا وأن ما درج عليه في كافة العقود التي تكون الدولة العراقية طرفا فيها هو إخضاعها لأحكام القانون العراقي ولولاية المحاكم العراقي ، وهو ما مستقر عليه في كافة العقود العراقية .[١]

وان هنالك محكمة بداءة متخصصة بالدعاوى التجارية مشكلة في رئاسة استئناف كل محافظة من محافظات العراق مختصة بالنظر بالنزاعات المتعلقة بالعقود الحكومية، أما عقود المقاولات المبرمة بين الأفراد العاديين فتنظر فيها أي محكمة بداءة وذلك حسب الاختصاص المكاني ،إلا أن المحكمة لا تنظر في نزاع اتفق أطرافه في نص العقد أو بعقد لاحق على تنفيذه بإحالة النزاع إلى جهة معينة ، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين ،مادام ليس في العقد ما يخالف نص أمر،أو اتفاق لاحق ، فأنه يبقى لازما للطرفين ، فاتفاق الطرفين على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم يمنع المحكمة من نظر الدعوى قبل اللجوء إلى التحكيم، و في حالة لجوء احد الطرفين إلى المحكمة لحل النزاع واعترض الطرف الثاني في الجلسة الاولى للمرافعة ودفع بوجود شرط التحكيم ،فعلى المحكمة أن تستأخر النظر في الدعوى لحين إجراء التحكيم ،وفي حالة عدم اعتراض الطرف الثاني /المدعى عليه على ذلك ،فتنظر المحكمة في الدعوى وتصدر قرارها وفق القانون.[٢]كما إذا اتفق الطرفان في العقد أو ملحقه على تعيين جهة معينة لحل المنازعات الناشئة عن العقد، فلابد للمحكمة قبل أن تصدر قرارها أن تجري تحقيقاتها فيما إذ تم لجوء الطرفين إلى تلك

---

[١]د. عادل عزت السنجقلي ،عقود الاستشارات الهندسية ،وزارة العدل ، منشورات مركز البحوث القانونية (٧) ،بغداد ،١٩٨٣، ص ١٣٨.

[٢]انظر الى المواد (٢٥٢ و٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية.

الجهة المعينة منقبلهم بالعقد وهل أصدرت قرارها بشأن النزاع حيث أن العقد ملزم للطرفين وهذا ماقضت به محكمة التمييز الاتحادية في منطوق قرارها المرقم (٦٣٩/٦٤٠/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٩) الذي نص على مايلي :

((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعنين التمييزيين واقعان ضمن المدة القانونية ولاشتمالهما على أسبابهما قرر قبولهما شكلا،ولتعلقهما بذات الحكم المميز،قرر توحيدهما ونظرهما معا ،ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه غير صحيح ومخالف للقانون ،لأن المحكمة قد أصدرته قبل استكمال تحقيقاتها في الدعوى ،لأن الثابت من وقائع الدعوى أن طرفي الدعوى قد تعاقدا بموجب العقد المرقم ٩٦في ٢٠٠٧/١/١١ على قيام الطرف الثاني /المدعى عليه /المميز أصليا بتنفيذ أعمال المقاولة (تسريع الأعمار المرحلة ٢/الوجبة /٢) والمتضمنة إنشاء مستشفى القلب التخصصي النموذجي لجراحة القلب والأوعية الدموية والمباني الخدمية الملحقة به وفقا للشروط الواردة في العقد ،ثم اتفق الطرفان بعد ذلك على إقالة العقد حسب كتاب المدعي /المميز عليه أصليا بالعدد ٦١٧ في ٢٠١٣/١٠/١٤، ورد في الفقرة (٢) من محضر الإقالة تصفية حساب الطرف الثاني /المدعى عليه استنادا لأحكام المادة (٦٨) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية من خلال تشكيل لجنة مختصة من الجهة المستفيدة ومحافظة البصرة والشركة المنفذة الشركة العامة للتصاميم والاستثمارات الصناعية على أن تنجز اللجنة مهامها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تشكيلها وفي حالة عدم توصل اللجنة إلى إجراء تسوية يصار إلى المكتب الاستشاري للكلية التقنية في جامعة البصرة لغرض تصفية حساب الشركة ويكون قرارها ملزم للطرفين وبالتالي كان على المحكمة التحقق هل شكلت اللجنة المتفق عليها ،وهل أصدرت توصيات وفي حالة عدم تشكيلها أو عدم إصدار توصيات هل تم مراجعة المكتب الاستشاري المتفق عليه وهل صدر قرار تسوية منه لان ما اتفق عليه الطرفين ملزم لهما ،وليس لأحدهما التحلل منه، فأن ثبت عدم اتخاذ الإجراءات المذكورة فهنا يكون المعول عليه رأي أهل الخبرة من المختصيين في المقاولات ،على أن يراع الخبراء الأسس الواردة في المادة الثامنة والستون من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية في احتساب ما يستحقه المدعى عليه عند إجراء الميزان الحسابي

بقدر المصاريف الفعلية الحقيقية الثابتة ،لان العمل لم ينفذ أساسا لوجود خلل في التصاميم مع ملاحظة الفرق الشاسع في تقارير الخبراء لعدم الدقة في التكليف ولمخالفة الحكم المميز لوجهة النظر القانونية المتقدمة ،قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم ،على أن يبقى رسم طعني التمييزين تابعا للنتيجة وصدر القرار استنادا لأحكام المادة (٢/٢١٠)مرافعات مدنية وبالاتفاق .[١]

وكما بينا ولاية المحاكم المدنية لنظر في النزاعات المعروضة أمامها بخصوص تنفيذ العقد وإنهائه ومتى يتم اللجوء إليها ،كما ورد أنفا فلابد من معرفة هل إذا استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي يحتاج إنهائه إلى أعذار، أو إصدار قرار قضائي من المحكمة المختصة يرى الأستاذ السنهوري إذا استحال تنفيذ العقد بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ،فأن العقد ينفسخ تلقائيا من دون حاجة إلى أعذار الطرف الدائن ،لأنه ليس للمدين فرصة للاختيار بين تنفيذ العقد وتحمل المسؤولية التعاقدية ،فأعذار الدائن للمدين ليس له أية قيمة من الناحية القانونية ،والحل الوحيد هو الفسخ .ولا يشترط إصدار حكم قضائي بالفسخ لان العقد ينفسخ تلقائيا بالسبب الأجنبي ، وإذا صدر حكم قضائي فإنما يقرر أمرا واقعا ويكشف عن وجود الفسخ لكنه ليس له اثر في إنشائه.[٢]ولكن هل يمنع الفسخ التلقائي المحكمة من نظر لدعوى ،الجواب كلا، حيث إن حكم الاستحالة لم يجعله المشرع من النظام العام ، ومن ثم يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على استبعاده ،بشرط أن يكتب بالعقد وهنا يبرز دور المحكمة عندما يعرض عليها النزاع في تدقيق مضمون العقد ،حيث أن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي تحكم برد دعوى المدعي بالإنهاء ،لان العقد تضمن اتفاق الطرفين على استبعاد الاستحالة ،وذلك عكس ما جاء بنظرية الظروف الطارئة حيث اعتبرها المشرع من النظام العام ،وبالتالي لا يمكن لأطراف العقد الاتفاق على خلافها ،كما إذا لم يتفق طرفي العقد على حدوث الاستحالة في تنفيذ العقد وأقام المدعي دعوى للمطالبة بإنهاء العقد ، ودفع المدعى عليه بعدم تحقق شروطها وطلب رد دعوى

---

[١]قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٤٠/٦٣٩/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٦.

[٢]القاضي علي محمد هاشم الناجي،المصدر السابق ،ص٨٩.

المدعي بالإنهاء ،فهنا يبرز دور المحكمة في إجراء تحقيقاتها هل أن استحالة انجاز الأعمال من قبل المدعي راجعة لسبب أجنبي لايد للمدين(المدعي) فيه وانه لا يستطيع توقعه ولا دفعه، وتطرأ بعد إبرام العقد والبدء في التنفيذ.[١]ومن ثم تقرر على ضوء ما توصلت إليه عن طريق تحقيقاتها أما بالحكم بإنهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ وهنا قرارها يكون كاشف وليس منشئ كما ذكرنا أعلاه ، أوان تقرر الحكم برد الدعوى إذ وجدت ان شروط الاستحالة غير متحققة ، لكن لابد من الإشارة إن المحكمة لا تكيف الطلبات، بل تكيف وقائع الدعوى ،وبالتالي ليس لها الحكم بالإنهاء إذ لم يطلب المدعي في عريضة الدعوى ذلك ، ولكن لها الحكم بالتعويض وفق الأحكام المترتبة على الإنهاء لاستحالة التنفيذ ، ذلك لان انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ يقع بحكم القانون، وبالتالي يترتب عليه أثاره مباشرة من تاريخ وقوعه وليس من تاريخ الحكم به، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بقرارها بالعدد (٧١/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/٥/١٦).[٢]

كما ان المحكمة سلطة تقديرية لتقدير فيما إذ احد المتداعيين يستحق تعويض من عدمه في كل نص تشريعي ورد فيه إن كان له مقتضى ،وتقدير إذا كان تقدير الخبراء للمستحقات المترتبة على انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ كان وفق ما نصت عليه النصوص التشريعية وفق القانون المدني والمادة ٦٨ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية من عدمه، وفيما إذا كان تقدير التعويض عادلا أو مغالى فيه، وفيما إذا اعتمد الخبراء الأسس القانونية لتقدير التعويض وجاء تقديرهم مفصل بكيفية احتسابهم التعويض من عدمه ،ولا ننسى دور محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ،فهي المثل الأعلى والقدوة التي ينظر القاضي إلى توجهها وقراراتها ليسير على نهجها ويتبع خطواتها . ويتجلى ذلك في منطوق قرار محكمة التمييز (٣٤٥/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠٠٨) الذي نص على ما يلي:

---

[١]مجيد محيسن علي العظيمي،المصدر السابق ،ص٩٢.

[٢] انظر إلى ص٦٦.

((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعنيين التمييزين واقعان ضمن المدة القانونية قرر قبولهما شكلا ، ولتعلقهما بدعوى واحدة قرر توحيدهما .ولدى النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لقانون ،وذلك لان تقرير الخبراء الذي اعتمدته المحكمة لا يصلح أن يكون سببا للحكم عملا بأحكام المادة ١٤٠/أولا من قانون الإثبات ،وذلك لان الخبراء قاموا باحتساب استحقاق المقاول (الشركة المدعية) على أساس فسخ عقد المقاولة من جانب واحد وفق أحكام المادة (٨٨٥) من القانون المدني ،وهذا غير صحيح لان ذلك يكون في حالة وجود الظروف الاعتيادية للعمل ،أما في حالة تعرض البلاد للحرب وتوقف مشاريعها فإن الذي يحكم واقعة الدعوى هو حكم المادتين (٦٧و٦٨)من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية التي تعتبر جزء لايتجزأ من عقد المقاولة ، وان المادة (٦٨)من الشروط المذكورة بينت بشكل واضح الفقرات التي يجري التعويض عنها وكان المتعين على الخبراء احتساب التعويض وفق ذلك ،أما الأمور التي تعالجها المادة المذكورة فلا يصح التعويض عنها ومن قبل ذلك احتساب الربح المتوقع للمقاولة ،وقيمة المواد المفقودة التي ليس لرب العمل دور في فقدانها ،والأمور الأخرى التي لم ترد ضمن فقرات المادة (٦٨)المشار إليها ،وحيث إن المحكمة أصدرت حكمها دون ملاحظة ما تقدم، مما اخل بصحته ،لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق م ما تقدم....))[١]

المطلب الثاني

دور المهندس قبل وبعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ.

على الرغم من تنوع واختلاف الأدوار التي يقوم بها المهندس في تنفيذ العقود الحكومية في ظل الشروط العامة لعمال الهندسة المدنية ،بداية من إعداد المخططات

---

[١] انظر إلى قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٤٥/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١ ، منشور في كتاب حميد لطيف نصيف ،سحب العمل في عقود الأشغال العامة والآثار المترتبة عليه تجاه صاحب رب العمل والمقاول ،مكتبة الصباح، كرادة –بغداد ،٢٠١٥،ص ١٠٢.

والتصاميم للمشروع ،ووضع المواصفات الفنية التي ينبغي الالتزام بها ،والمشاركة في إعداد جداول الكميات ووثائق المناقصة كمرحلة تمهيدية للتعاقد ، وبمجرد أن يبدأ العمل في المشروع ، فيكون له حق الأشراف على المشروع ومراقبة تنفيذ الأعمال طبقا للمواصفات. وغيرها من المهام المتعلقة بتنفيذ الأعمال السابقة على انتهاء العقد ، إلا إن له دور مهم أيضا بعد انتهاء العقد يتمثل في دوره في تسوية المنازعات التي تتعلق بالعقد وتنفيذ الأعمال بين المقاول وصاحب العمل ،والذي يتضح جليا في ظل أحكام المادة ٦٩ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ولبيان تلك الأدوار بصورة جلية ،سوف نقسم هذا المطلب على الفرعين التاليين :

الفرع الأول // دور المهندس قبل انتهاء العقد الحكومي لاستحالة التنفيذ

الفرع الثاني // دور المهندس بعد انتهاء العقد الحكومي لاستحالة التنفيذ

الفرع الأول

دور المهندس قبل انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

قبل التطرق إلى دور المهندس في تنفيذ العقود الحكومية لابد لنا أن نتعرف على مصطلح المهندس وممثل المهندس وفق ماعرفتهما الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ، فقد عرف المهندس (بأنه الشخص أو الأشخاص أو المؤسسة أو الشركة المسمى في القسم الثاني من شروط المقاولة ،أو من يعينه صاحب العمل من وقت لأخر ليمارس سلطات المهندس في المقاولة والذي يجب إبلاغ اسمه تحريريا إلى المقاول) ،وعرف ممثل المهندس بأنه(أي مهندس مقيم أو مساعد للمهندس يعين من وقت لأخر من قبل صاحب العمل أو المهندس لأداء الواجبات المنصوص عليها في المقاولة والذي يجب إبلاغ صلاحياته تحريريا إلى المقاول من قبل المهندس).[1]ولذلك فأنه يتعين على صاحب العمل القيام بتعيين المهندس للقيام بالواجبات المحددة له بالعقد ،فالمهندس ليس طرفا بعقد المقاولة ولكنه مسمى من قبل صاحب العمل ويعطيه العقد وأحكام الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية

[1]انظر إلى المادة الأولى/١/ د ،ه من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية.

مجموعة من الحقوق والواجبات تتطلب خبرته في التصميم الفني والإدارة ،وبالتالي فلايمكنه تعديل العقد المبرم بين المقاول وصاحب العمل ولا يعفي المقاول من أي من التزاماته ، ويجب أن يكون المهندس ممن يتحلون بأعلى مبادئ الشرف في جميع معاملاته على الصعيدين الفني والخلقي ، ويلتزم بحماية مصلحة العمل وصاحب العمل بالطريق العادل المشروع ،وممن لا يتسامح في حقوق مهنته وكرامتها ولا يسمح لأشخاص غير فنيين بالتحكم أو التأثير في أحكامه أو قراراته في الأمور الهندسية البحتة ،وان يكون مستقلا تماما عن أية علاقة مالية مع المقاولين والمنتجين والمجهزين ،وان لا يقبل منهم أية أفضال مما يؤدي إلى الإخلال بواجباته تجاه رب العمل ،ليكون بذلك تحررا من احتمال تضارب المصالح الذي ينجم عن ذلك.[١] كما يجب أن يتوفر ما ورد أعلاه في مستخدمو المهندس، وان يكونوا أيضا من مهندسيين ومهنيين متمتعيين بالخبرة العلمية والتأهيل المناسب لأداء جميع الواجبات المناطة بهم .[٢]

وفي العقود الحكومية عادة ،عندما يحال تنفيذ العقد على شركة معينة ،تعمل الجهة الحكومية (صاحب العمل) بإصدار أمر يتضمن اسم المهندس أو المهندسين فقد تكون لجنة الذي يتولى أو تتولى الأشراف على تنفيذ أعمال العقد ويبلغ المقاول بهذا الأمر .ومن أهم الواجبات الممنوحة للمهندس بموجب أحكام الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية هي:

١-المراقبة والأشراف على تنفيذ الأعمال التي يقوم بها المقاول وإصدار التعليمات الضرورية لتأمين حسن تنفيذها .

٢-تطبيق المواصفات الفنية المطلوبة ضمن العقد ،وملاحظة تطبيق الخرائط والتفاصيل الإنشائية .

٣-اتخاذ القرارات اللازمة في القضايا التي تعرض عليه والبت فيها وخاصة القضايا المستعجلة لغرض تسهيل مهمة الاستمرار بتنفيذ العمل دون توقف.

---

[١]د. عادل عزت السنجقلي ،المصدر السابق ،ص٢٦.

[٢]د. حميد لطيف نصيف ، شرح أحكام الشروط العامة لعقد الأشغال ،المصدر السابق ،٢٠١٦ ،ص٣٣.

٤-إعطاء موافقة بخصوص استخدام مقاوليين ثانويين ،وإصدار الأوامر التغييرية عند الطلب من المقاول إجراء بعض التعديلات أو الإضافات في الأعمال .

٥-المصادقة على الدفعات الشهرية عن الأعمال المنجزة للمشروع في المواعيد المحددة لتسهيل تدفقات السيولة النقدية للمقاول لتحقيق استمرار العمل دون توقف ، ومتابعة نسب الانجاز حسب البرنامج المنفذ الفعلي على الطبيعة ومدى تناسبه مع البرنامج الزمني للمشروع.[١]

وإضافة إلى ما ورد أنفا وغيرها من قرار رفع الأعمال المعيبة وإيقاف العمل الوقتي واستئنافه مرة أخرى وقراره حول العمل ليلا وأيام العطل الرسمية ...الخ ،فأن للمهندس دور مهم قبل انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ ،حيث الدائرة الحكومية تستند على رأيه فيما إذ اقر وجود الاستحالة في التنفيذ بسبب أجنبي لايد للمقاول فيه ، كما إن المهندس لابد أن يكون احد أعضاء اللجنة المشكلة لغرض إنهاء عقد المقاولة وتصفية العمل لاستحالة التنفيذ فهو الجهة الفنية ، ولابد أن تضم اللجنة احد أعضائها إذ لم يكن معظمهم من الفنيين المختصيين بموضوع العقد ، كما إن المهندس دور مهم في استلام الأعمال المنجزة بعد انتهاء عقد المقاولة وانتهاء فترة الصيانة بموجب محضر استلام نهائي ،إلا إن في العقود الحكومية عادة ما تشكل لجان لاستلام العمل الأولي والنهائي ولا يجوز أن يكون المهندس المشرف على انجاز العمل احد أعضاء تلك اللجان، وإنما يعين مهندس أخر ليكون عضوا في تلك اللجنة ، وذلك انطلاقا من مبدأ الشفافية والنزاهة ولمنع حدوث التواطئ بين المهندس المشرف والمقاول فلابد من جهة ثانية تكشف على مصداقية عمل المهندس المشرف من خلال الكشف على الأعمال المنجزة ،وبيان رأيها فيما إذا كانت ضمن المواصفات لتقرر الاستلام أو ترفضه حسب الأحوال .ويبرز دور المهندس في تبليغ المقاول تحريريا بإنهاء عقد المقاولة بعد نشوب الحرب .[٢]حيث إن

---

[١]حميد لطيف نصيف ،تسوية المنازعات في عقود التشييد ،المصدر السابق ،ص٣.

[٢]انظر إلى المادة ١/٦٧ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية .

المهندس هو من يمثل صاحب العمل وبالتالي عادة ما تعمل دوائر الدولة بتبليغ المقاول تحريريا عن طريق دائرة المهندس المقيم للمشروع .ولذا يمكن القول من كل ما ورد أعلاه أن المهندس في عقد المقاولة يعتبر الآمر والناهي في نفس الوقت ولا يمكن اتخاذ أي خطوة في تنفيذ العقود الحكومية أو إنهائها من دون الرجوع إلى رأيه.

الفرع الثاني

دور المهندس بعد انتهاء العقد الحكومي لاستحالة التنفيذ.

يبرز للمهندس دور كبير بعد انتهاء عقد المقاولة (العقد الحكومي)لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة (السابعة والستون/١/٢) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية ،حيث سرعان ما يقوم المهندس أو المهندسين باعتباره أو اعتبارهم ممثلي صاحب العمل ،والذين عادة ما يكونوا احد أعضاء اللجنة المسؤولة عن تصفية العمل بعد انتهاء العمل وفق المادة أعلاه بالكشف على موقع المشروع ، بعد تبليغ المقاول للحضور في اليوم المعين لأجراء الكشف ، لبيان ماهية الأعمال المنجزة من العقد من قبل المقاول وكلفتها ،وبيان أو تأييد على الوصولات التي تبين جميع الكلف التي أنفقها المقاول في سبيل تنفيذ عقد المقاولة الذي لم يكتمل ،وتقدير إجمالي لكل ما يستحقه المقاول من مستحقات الواجب على صاحب العمل أن يقوم بدفعها إلى المقاول وذلك عن الأعمال التي قام بها والنفقات التي قام بصرفها ، لأجل تنفيذ عقد المقاولة المنتهي لاستحالة التنفيذ.[1]إن من خلال استقراء المادة التاسعة والستون من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية . نجد إن للمهندس الاستشاري دور كبير في تسوية المنازعات التي يعرضها عليه احد طرفي العقد الناشئة في أي مرحلة من مراحل العقد، حتى بعد انتهاء عقد المقاولة ، إذ إن الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية أوجبت على أطراف العقد اللجوء إلى المهندس الاستشاري إذا ما أثير نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد.وعلى المهندس

[1]انظر إلى المادة الثامنة والستون /١/٢/٣/٤/٥ من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية .

الاستشاري أن يقوم ببحث النزاع ومحاولة حله وفق إجراءات المادة أعلاه فيجب إحالة موضوع النزاع إلى المهندس الاستشاري كتابة لكي يصدر قراره فيها مع إرسال صورة من هذا الكتاب إلى الطرف الأخر ،وعلى أن يشار فيه إن الإحالة تمت إعمالا للمادة أعلاه .ولم يحدد في النص المذكور مدة محددة يتقيد بها المهندس لإصدار قراره ،إلا انه في حالة صدور قرار من قبل المهندس الاستشاري و انقضاء ثلاثون يوما من اليوم التالي لتبلغ بالقرار المذكور ،ولم يتقدم أي من الطرفين إلى التحكيم ،ففي هذه الحالة تبقى قرارات المهندس الصادرة بشأن الأمر المحال إليه نهائية وملزمة للطرفين، وبالتالي يترتب على ذلك سقوط حق أي من الطرفين بعرض النزاع على هيئة التحكيم .[١]وانه إذا لم يتم عرض النزاع على المهندس الاستشاري وفقا للشكلية المطلوبة وبالتالي لم يقم المهندس بالرد فإنه لا يجوز للطرف المتضرر أن يعرض هذا النزاع على التحكيم لأنه لا يجوز البدء في إجراءات التحكيم ،إلا إذا تم عرض موضوع النزاع على المهندس أولا ، فأن حدث غير ذلك كان التحكيم باطلا.[٢]ويرى البعض إلى اعتبار القرار الصادر من المهندس بمثابة حكم تحكيم ،وذلك استنادا إلى تكييف دور المهندس الاستشاري في إطار المادة (٦٩)من الشروط العامة على إنه شبه محكم إلا إن هذا القول منتقد من عدة نواح :

١-أن المحكم وفقا لقواعد التحكيم المتعارف عليها يفترض فيه شخصا بعيدا عن العلاقة القانونية التي سببت المنازعة بين الأطراف ،وهو ما لا يتوافر مع المهندس الاستشاري ،الذي يكون ممثلا لصاحب العمل في إدارة المشروع .

٢-أن المهندس لا يتقيد بأتباع أية قواعد إجرائية وقت إصدار القرار وهو ما يتعارض مع وظائف المحكم.[٣]

٣-من الصعب أيضا اعتبار قرار المهندس حتى ولو أصبح ملزم ونهائي حكم تحكيم لأنه لا يمكن أن يصدر بشأنه أمر بالتنفيذ أو الطعن عليه بالبطلان.[١]

---

[١]حميد لطيف نصيف ،تسوية المنازعات في عقود التشييد ،المصدر السابق ،ص٤.

[٢]د.حميد لطيف نصيف،المصدر السابق ،ص٤٢.

[٣]د.حميد لطيف نصيف ،الأوامر التغييرية في عقود المشاريع الإنشائية وآثارها على الكلفة والمدة ،دار ميزوبوتاميا-شارع المتنبي ،بغداد ،٢٠١٣،ص١١٩.

وإضافة إلى ذلك أن نص المادة (٦٩) من الشروط العامة لا يسبغ وصف الصفة التحكيمية على المهندس ولا على القرار الصادر منه حيث يقسم عملية تسوية وفض النزاع إلى مرحلتين تتمثل أولهما في قرار المهندس ،والثانية في التحكيم ،الأمر الذي يتضح منه عدم اعتبار قراره تحكيميا .

المبحث الرابع

الأثر المترتب على انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ

حيث إن عقد المقاولة هو من العقود الملزمة للجانبين فان مقابل كل حق لأحد الطرفين يقابله التزام على الأخر وبالعكس،فأن التزام المقاول نحو رب العمل بانجاز العمل المتفق عليه وتسليم العمل بعد إكماله و ضمان العمل بعد التسليم ،يقابله التزام رب العمل بتمكين المقاول من انجاز العمل وتسلم العمل بعد انجازه ودفع الأجرة ،وسبق وان تطرقنا في المبحث الثاني لحالات انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ في القانون المدني وفي الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،فلابد لنا أن نبحث ماهية الآثار المترتبة على انتهاء عقد المقاولة قبل أتمام العمل لاستحالة التنفيذ في ضوء القانون المدني والشروط العامة ،لذا سنقسم هذا المبحث على المطلبين الآتيين :

المطلب الأول// التزامات وحقوق رب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة في القانون المدني.

المطلب الثاني // التزامات وحقوق رب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة في ضوء الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية .

---

[1] انظر إلى المواد ٢٥١ و٢٧٦ من قانون المرافعات المدنية .

المطلب الأول

التزامات وحقوق رب العمل والمقاول

بعد انتهاء عقد المقاولة في القانون المدني

قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف ، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة . واهم أسباب انتهاء عقد المقاولة قبل تنفيذها وفق القواعد العامة هي استحالة التنفيذ. فإذا اثبت المقاول إن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي ،كأن كان العمل رسما فنيا لا يقوم بهإ لا هو ،ثم أصيب بالعمى مما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا ،أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة لا تحتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية ،ففي جميع هذه الأحوال ينقضي التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ،وينقضي التزام كل من المقاول ورب العمل وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه ، واستحق المقاول تعويضا لا بموجب المقاولة فقد انتهت ،ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب[1].

من خلال استقراء النصوص ٨٨٦و٨٨٨ و٨٨٩ من القانون المدني حيث نصت المادة٨٨٦ من القانون المدني (١-تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ،المصدر السابق ،ص ٢٣٨.

وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٩ أما إذا استحال بخطأ المقاول فأنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسؤولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ،فأن أحكام المادة السابقة هي التي تسري .

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

ونصت المادة ٨٨٩ من القانون المدني (١- إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات .وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة في جملتها،إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى .

٢-ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها على أن يدفع عنها تعويضا عادلا .

٣-وتسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته.).

نجد بأن رب العمل يلتزم بالاتي:

اولا// يلتزم رب العمل في حالة انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ولعجز المقاول أو لموت المقاول إذ كانت شخصيته محل اعتبار أو إذا فسخ العقد من رب العمل لعدم وجود الكفاية المالية للورثة لغرض حسن أداء العمل ، بأن يدفع إلى المقاول أو للتركة حسب الأحوال على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب اقل القيمتين من قيمة أنفقه المقاول من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل .

ثانيا//يلتزم رب العمل بأن يدفع للمقاول إذ كان استحالة التنفيذ بسبب المقاول ذات التعويض أعلاه (اقل القيمتين) مقطوعا منه ما يعادل نسبة خطئه

ثالثا//يلتزم رب العمل في حالة انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ بسبب خطئه ،بأن يدفع إلى المقاول تعويضا وفق ما نصت عليه المادة (٨٨٥) من القانون المدني أي يشمل (جميع ما أنفقه المقاول من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل) وكما ومن الجدير بالذكر إن للمحكمة سلطة تقديرية في تخفيض التعويض المستحق عما فاته من كسب إلى الحد الذي يجعل التعويض عادلا.

ومن الجدير بالذكر إن الالتزامات رب العمل أعلاه وجوبية على رب العمل ،حيث وردت بنص ٨٨٩ كلمة (وجب على رب العمل) وفي المادة ٨٨٥ (على إن يعوض المقاول) أي ليس للمحكمة أن تقضي بعدم الحكم بالتعويض لعدم وجود مقتضى .وفي مقابل التزام رب العمل في بخصوص أن يدفع للمقاول العاجز أو للتركة مبلغ التعويض وفق الفقرة أولا ، يكون له حق جوازي بمطالبة المقاول العاجز أو ورثة المقاول المتوفى بأن يسلم أو يسلموا له المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدأ في تنفيذها ، وعليه فإذا طالب رب العمل بهذا الحق يكون عليه التزام أخر وهو أن يدفع مقابل تلك الأعمال تعويضا عادلا، ولأهل الخبرة دور في تقديره وللمحكمة سلطة تقديرية في تخفيضه أو زيادته وفق ما تراه عادلا.

وان الالتزامات الواجبة على رب العمل للمقاول تكون هي حقوق للأخير على رب العمل والحق الذي لرب العمل يرتب التزام على المقاول إذا طالب به رب العمل .وبالإضافة إلى ذلك ومن خلال استقراء نص المادة ٨٨٧ من القانون المدني.[١]

---

[١] نصت المادة ٨٨٧ من القانون المدني على((١-إذا هلك الشيء أو تعيب بسبب حادث فجائي قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأجرة عمله ولا يرد نفقاته إلا أن يكون رب العمل قد اعذر أن يتسلم الشيء.

٢-وفي هذه الحالة يكون هلاك مادة العمل على من قام بتوريدها .

٣-أما إذا كان المقاول قد اعذر أن يسلم الشيء او كان هلاك الشيء أو تعيبه قبل التسليم راجعا إلى خطأه وجب أن يعوض رب العمل عما يكون قد رده من مادة العمل.

نلاحظ بأن المادة رتبت التزامات على المقاول تتمثل بما يلي:

اولا//التزام المقاول بعدم المطالبة بأجرة عمله وبرد نفقاته بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ بسبب هلاك الشيء المعقود عليه أو تعيبه، وفي هذه الحالة يكون هلاك مادة العمل على من قام بتوريدها .

ثانيا//التزام المقاول بأن يعوض رب العمل عما قد يكون قد ورده له من مادة العمل ،بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ بسبب هلاك الشيء المعقود عليه أو تعيبه،إذ كان هلاك الشيء أو تعيبه راجعا إلى خطئه،أو كان اعذر أن يسلم الشيء ولم يسلمه إلى رب العمل .

كما أعطت المادة أعلاه حقوق للمقاول تتمثل بما يلي :

أولا //للمقاول الحق في أن يطالب رب العمل بأجرة عمله وبرد نفقاته التي صرفها على العمل بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ بسبب هلاك الشيء المعقود عليه ،أو تعيبه إذ كان رب العمل قد اعذر أن يتسلم الشيء ولم يتسلمه فهلك أو تعيب بعد ذلك .

ثانيا //للمقاول الحق في المطالبة بالأجرة وفي التعويض عند الاقتضاء، بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ بسبب هلاك الشيء المعقود عليه أو تعيبه، إذا كان هلاك الشيء المعقود عليه أو تعيبه راجعا إلى خطأ رب العمل ، أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها رب العمل للمقاول .

ومن الجدير بالذكر بأن حق المقاول في الفقرة ثانيا الأخيرة أعلاه بالمطالبة بالتعويض عند الاقتضاء ، هنا للمحكمة سلطة تقديرية بالحكم للمقاول بالتعويض عند طلبه من عدمه ، حيث إذ لم تجد المحكمة إن هناك مقتضى للتعويض فلا تحكم به

٤-فإذا كان هلاك الشيء أو تعيبه راجعا إلى خطأ رب العمل ا والى عيب في المادة التي قام بتوريدها كان للمقاول الحق في الأجرة وفي التعويض عند الاقتضاء.

المطلب الثاني

التزامات وحقوق رب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة في ضوء الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية.

أن بانتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ حسب القواعد العامة في القانون المدني ينفسخ العقد تلقائيا وتنقضي معه التزامات كلا الطرفين ،وللدائن أن يرجع على المدين للمطالبة باستحقاقاته أو التعويض وفق مبدأ الكسب دون سبب ، لا بمقتضى عقد المقاولة ، حيث إن عقد المقاولة قد انتهى ،وسبق وان بينا في المبحث الثاني أن الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية تسري أحكامها على العقود الحكومية وتعتبر جزءا لا يتجزء من العقد حتى لو لم يذكر بالعقد ذلك ،بينا ماهية العقود الحكومية[١]. كما بينا حالات انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة (السابعة والستون/٢/١) من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية ،وان انتهاء عقد المقاولة وفق المادة أعلاه من الشروط العامة ،لا يخل بحق المقاول مطالبة صاحب العمل أن يدفع له استحقاقاته عن كافة الأعمال التي قام بإنجازها قبل انتهاء عقد المقاولة ،كما إن إعفاء الطرفان من الاستمرار في أداء العمل لا يخل دون حق مطالبة أي منهما عن أي أخلال بالعقد سابق على انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ[٢]،وقد نظمت المادة الثامنة والستون من الشروط العامة آثار انتهاء عقد المقاول وفق المادة السابعة والستون من الشروط العامة تتمثل بجملة التزامات وحقوق مترتبة على كل من طرفيه ولكل منهم ،وسوف نبين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة وفق أحكام المادة الأخيرة في الفرع الأول وحقوق كل من صاحب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة وفق نفس المادة في الفرع الثاني

---

[١] انظر الى ص٢٥.

[٢] حميد لطيف نصيف ،الشروط العامة للأشغال العامة ،المصدر السابق،ص١٣٨.

الفرع الأول

التزامات صاحب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة السابعة والستون من الشروط العامة

بينت المادة الثامنة والستون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية جملة التزامات على طرفي عقد المقاولة تتمثل بما يلي :

اولا//يلتزم صاحب العمل بأن يدفع للمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة وفق أحكام المادة السابعة والستون من الشروط العامة مبالغ عن جميع العمل المنجز من قبل المقاول قبل تاريخ الإنهاء استنادا إلى الأجور والأسعار المنصوص عليها بالمقاولة ،وبالإضافة إلى ذلك يلتزم بالاتي:

١-يلتزم صاحب العمل بأن يدفع للمقاول المبلغ الواجب الدفع عن الكلف غير المباشرة والمسعرة بصورة منفصلة عن الأعمال الدائمة (جميع الأعمال الدائمة التي يجب تنفيذها وفقا لأحكام المقاولة مما في ذلك التصميم والإنشاء والتجهيز والنصب والتشغيل والصيانة حسب مقتضى الحال)[١]في جدول الكميات المسعر وبالقدر الذي تم تنفيذه أو انجازه من العمل أو الخدمة التي تشملها تلك الكلف ،وحسب تأييد المهندس الجدول الذي يتضمن أوصاف وكميات وأسعار فقرات الأعمال المطلوب تنفيذها بموجب المقاولة[٢].

٢-يلتزم صاحب العمل بأن يدفع إلى المقاول كلفة المواد أو السلع التي تم الإيصاء عليها بصورة مناسبة للأعمال من اجل استعمالها ،فيما يتعلق بالأعمال والتي كانت ستسلم الى المقاول أو تلك التي يكون المقاول مسؤولا بصورة قانونية عن قبول تسلمها .

٣-يلتزم صاحب العمل بأن يدفع إلى المقاول مبلغ يقرره المهندس لتغطية أي مصاريف تكبدها المقاول بصورة معتدلة وذلك عن توقعاته لانجاز جميع الأعمال على أن لا

---

[١]المادة الاولى /١/ز من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية.

[٢]نفس المادة أعلاه الفقرة (د).

تكون هذه المصاريف قد دفعت للمقاول ضمن مصاريف المدفوعات في الفقرات أعلاه.

٤-يلتزم صاحب لعمل بأن يدفع إلى المقاول الكلف المعقولة ، الذي تكبدها من جراء قيامه بسحب جميع المعدات بعد انتهاء عقد المقاولة .

٥-يلتزم صاحب العمل بأن يدفع إلى المقاول الكلفة المعقولة لإعادة جميع منتسبي المقاول وعماله المستخدمين من اجل،أو فيما يتعلق بالعمال في وقت الإنهاء إلى أوطانهم .

ثانيا//التزامات المقاول بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة (السابعة والستون/١/٢)من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية.

نصت الفقرة الثالثة من أحكام المادة السابعة والستين من الشروط العامة على التزامين يقعان على عاتق المقاول حال انتهاء عقد المقاولة وهما مايلي:

١-التزام المقاول بان يقوم بسحب جميع معدات الإنشاء هي جميع المعدات والأجهزة والأشياء مهما كانت طبيعتها المطلوبة لتنفيذ أو صيانة الأعمال ولا تشمل المواد أو الأشياء الأخرى التي تدخل في الأعمال الدائمة .[١]

والأعمال المؤقتة جميع الأعمال المؤقتة من أي نوع كان المطلوبة لتنفيذ أو صيانة الأعمال .[٢]من الموقع هو الأراضي والأماكن ضمن حدود الجمهورية العراقية التي تنفذ الأعمال فيها أو تجرى عليها أو تحتها أو خلالها وأية أراضي أو أماكن أخرى يخصصها صاحب العمل لأغراض المقاولة أو تلك التي تحدد بالذات في المقاولة باعتبارها جزءا من الموقع .[٣]

٢-التزام المقاول بان يقدم إلى المقاولين الثانويين جميع التسهيلات المماثلة للقيام بذات الأعمال المذكورة أعلاه.

---

[١]نفس المادة أعلاه الفقرة (ل).

[٢]نفس المادة أعلاه الفقرة (ح).

[٣]نفس المادة أعلاه الفقرة (ف).

الفرع الثاني

حقوق كل من صاحب العمل والمقاول بعد انتهاء عقد المقاولة وفق أحكام المادة السابعة والستين من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية

بالإضافة إلى إن الالتزامات الواردة أعلاه المترتبة على عاتق صاحب العمل ، والتي هي تمثل حقوق للمقاول ،والمترتبة على عاتق المقاول ،وهي التي تمثل حقوق لصاحب العمل، إلا انه هناك حقوق لكل من صاحب العمل والمقاول نصت عليها صراحة المادة الثامنة والستين من الشروط العامة وهي ما يلي :

أولا//حق صاحب العمل في تملك المواد والسلع التي كان المقاول قد تم الإيصاء عليها ،أو كانت ستسلم للمقاول ،أو كان المقاول مسؤولا عن قبول تسلمها وذلك بعد دفعه للمقاول كلفتها .

ثانيا// حق صاحب العمل في أن يسترجع أي دفعات مستحقة عليه للمقاول مقابل أية أرصدة موقوفة مستحقة له بذمة المقاول وذلك عن السلف المتعلقة بالمعدات والمواد وكذلك أي مبلغ مدفوع سابقا من قبل صاحب العمل إلى المقاول فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال ولا يتم الدفع عن الأعمال أو المواد المرفوضة بموجب شروط المقاولة.

ثالثا// حق المقاول بالمطالبة بالكلف المالية التي تكبدها لإعادة المعدات إلى البلد المسجل فيه المقاول أو أي جهة أخرى (أي الاثنين اقل كلفة) ، على أن تكون الإعادة بعد سحب المعدات مباشرة .

ومن الجدير بالذكر أن عقد المقاولة قد ينتهي رضائيا بعد تشكيل لجنة تتألف من ممثلي عن صاحب العمل والمقاول خاصة باستلام العمل وتصفية الأعمال ويتفق الطرفين بمحضر أصولي على إنهاء عقد المقاولة وتصفية الأعمال ،ويتفق الطرفان على المستحقات أو التعويض دون اللجوء إلى المحكمة ، وقد ينتهي رضائيا ،إلا انه لا يتفق الطرفان على قيمة المستحقات الواجب دفعها على احدهما للأخر ، وقد لا

يتفق الطرفان على الإنهاء ،وبالتالي يلجئ أحداهما إلى المحكمة والطلب بدعوة الطرف الأخر للمرافعة والحكم بإنهاء عقد المقاولة وفق أحكام المادة من الشروط العامة ٦٧ والحكم له بالمستحقات على ضوء أحكام المادة ٦٨ من الشروط العامة ،وفي الحالة الثانية والثالثة ، هنا بعد أن تتأكد المحكمة من اتفاق الطرفين على إنهاء عقد المقاولة بموجب محضر أصولي موقع عليه من قبل الطرفين أو التأكد من توفر شروط تحقق حالة استحالة التنفيذ في الحالة الثالثة ،تكل المدعي بتحديد الأضرار ، ومن ثم تقرر المحكمة إحالة الدعوى على خبراء مختصين في مجال العمل المطلوب القيام به سواء أكان هذا القرار بناءا على طلب احد طرفي الدعوى ، أو من تلقاء نفسها ، حيث إن للمحكمة أن تتخذ أي إجراء من شأنه أن يكشف الحقيقة[١]، وان تقرير الخبراء يجب أن يقدم بعد معاينة الخبراء للموقع واطلاعهم على كافة الأوليات المربوطة بالدعوى وان يكون التقرير واضحا ومبين فيه الأسس التي اعتمدوها في حساب التعويض ،في حدود ماحددته المادة ٦٨ من الشروط العامة ، وهذا ما نصت عليه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بمنطوق قرارها المرقم (١٢٥٣/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٧) الذي نص على إنه

((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية ولاشتماله على أسبابه قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لان المحكمة قد أصدرته قبل إكمال تحقيقاتها في الدعوى حيث إن المدعي /المميز عليه قد طلب في عريضة الدعوى البدائية إنهاء العقد المرقم ١٦٣٦ في ٢٠١٤/٧/٦ ودفع مستحقاته التي لم تصرف والتعويض عن الأضرار التي لحقت به استنادا لأحكام المادتين (السابعة والستون /٢ والثامنة والستون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية) وان محكمة البداءة ومن بعدها محكمة الاستئناف قد انتخبتا خبراء لغرض تحديد ما يستحقه المدعي دون تكليفه بتحديد ماهية الأضرار التي لحقت به والمطالبة بالتعويض عنها واثبات حصولها إضافة إلى إن الخبراء قد حددو مقدار التعويض جزافا دون أن يبينوا في

---

[١] انظر إلى المادة ١٧ من قانون الإثبات.

تقاريرهم الأسس التي اعتمدوها في تحديد مقدار التعويض وبالتالي كان على المحكمة وبعد تكليف المدعي بتحديد الأضرار التي لحقت به وإثباتها ،انتخاب خبراء مختصين للإطلاع على أوليات العقد وسندات الصرف وان يكون تقديرهم للتعويض إن اثبت المدعي إصابته بضرر في حدود ما حددته المادة (الثامنة والستون)من الشروط المشار إليها ولمخالفة الحكم المميز لوجهة النظر القانونية المتقدمة قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ماتقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار استنادا لأحكام المادة (٣/٢١٠) مرافعات مدنية وبالاتفاق. [١]

وقد استقرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة إنه إذا أقام المقاول دعوى يطلب فيها الفسخ مع التعويض لإخلال رب العمل بالتزاماته اتجاه حسب ادعاء هوتبين للمحكمة فيما بعد من خلال إجراء تحقيقاتها ،أن المقاولة منتهية بحكم القانون لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة ٢/٦٧ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية فعلى محكمة الموضوع أن ترد طلب الفسخ والحكم للمقاول بقيمة الأعمال المنجزة فقط وهذا ما قضت به التمييز الاتحادية الموقرة بقرارها المرقم (٧١/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٧) الذي تتلخص وقائعه بما يلي (ادعى وكيل المدعي /المدير المفوض لشركة المساحة الحرة للتجارة والمقاولات العامة المحدودة /إضافة لوظيفته أمام محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية انه بتاريخ ٢٠١١/٢/٣ تعاقد موكله مع المدعى عليه وزير الشباب والرياضة /إضافة لوظيفته على تنفيذ أعمال عقد المقاولة المرقم ٢٠١٠/٦٦ والخاص بتصميم وتنفيذ وتجهيز قبة بغداد(القبة الفلكية سابقا)وبعد أن أنجز أكثر من نسبة ٦٠%من أعمال المقاولة إلا إنه حدثت مشاكل عديدة ومعوقات اعترضت سير العمل في المشروع كان المتسبب بها المدعى عليه /إضافة لوظيفته لم ينفذ التزاماته التعاقدية رغم انتهاء مدة الإنذار.عليه طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بفسخ العقد المبرم بينهما والمرقم أعلاه والحكم

---

[١] قرار محكمة التمييز الإتحادية بالعدد ١٢٥٣/ الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٤،قرار غير منشور.

بإلزامه بالتعويض عن كافة الخسائر والأضرار وقيمة الأعمال المنجزة وباقي المستحقات المالية وما فاته من كسب والذي قدره (أربعة مليارات وخمسمائة مليون دينار)ويحتفظ بحقه في المطالبة بالزيادة التي يقدرها الخبراء القضائيين بدعوى منضمة أو مستقلة مع تحميل المدعى عليه كافة المصاريف والرسوم وأتعاب المحاماة وبتاريخ ٢٠١٦/٥/١٥ وبالعدد ١٩٨/ب/٢٠١٥ أصدرت محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية حكما حضوريا يقضي بفسخ العقد المبرم بين الطرفين المرقم ٢٠١٠/٦٦ في ٢٠١١/٢/٣ الخاص بتصميم وتنفيذ وتجهيز قبة بغداد (القبة الفلكية سابقا)وإلزام المدعى عليه وزير الشباب والرياضة /إضافة لوظيفته بتأديته للمدعي المدير المفوض لشركة المساحة الحرة للتجارة والمقاولات العامة المحدودة /إضافة لوظيفته مبلغا قدره ثلاثة مليارات وأربعمائة وخمسة مليون وخمسمائة وستة ألف وثمانمائة وثمانية وثلاثون دينار ورد المطالبة بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف القضائية النسبية وتحميل المدعى عليه/إضافة لوظيفته بدل أتعاب محاماة وكيل المدعي /إضافة لوظيفته مقدارها خمسمائة ألف دينار وتحميل المدعي /إضافة لوظيفته بدل أتعاب محاماة وكلاء المدعى عليه /إضافة لوظيفته مقدارها خمسمائة ألف دينار .ولعدم قناعة المدعى عليه بالقرار المذكور طعن به استئنافا بلائحة وكيلته الحقوقية المؤرخة في ٢٠١٦/٥/٢٩ وبتاريخ ٢٠١٦/٨/٨ وبالعدد ١١٩٦/س٢/٢٠١٦ أصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية /الهيئة الاستئنافية الثانية حكما حضوريا يقضي بفسخ الحكم البدائي المرقم ١٩٨/ب/٢٠١٥ فسخا كليا ورد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة وكلاء المستأنف مقدارها خمسمائة ألف دينار توزع حسب النسب القانونية . ولعدم قناعة المستأنف عليه بالحكم طعن به تمييزا بلائحة وكيله المؤرخة في ٢٠١٦/٨/٢٩ وبتاريخ ٢٠١٦/١٠/١٧ وبالعدد ٢٣٥٣/الهيئة الاستئنافية /٢٠١٦ قررت محكمة التمييز الاتحادية تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز.ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور طعن به تصحيحا بلائحته المؤرخة ٢٠١٧/١/١١ وكما طلب عرض الدعوى على الهيئة الموسعة المدنية وحصلت الموافقة .

القرار//لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية وجد إن طلب طالب التصحيح/ المميز/المدعي المدير المفوض لشركة المساحة الحرة للتجارة والمقاولات العامة المحدودة–إضافة لوظيفته ينصب على طلب تصحيح القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بالعدد ٢٣٥٣/الهيئة الاستئنافية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٠/١٧ المتضمن تصديق الحكم الاستئنافي المميز الصادر من محكمة بغداد الرصافة الاتحادية بالعدد ١١٩٦/س /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٨ المتضمن فسخ الحكم البدائي بالعدد١٩٨/ب/٢٠١٥ صادر من محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية في ٢٠١٦/٥/١٥ القاضي بفسخ عقد تصميم وتنفيذ وتجهيز قبة بغداد (القبة الفلكية سابقا) عدد ٢٠١٠/٦٦ المبرم مع المطلوب التصحيح ضده/المدعى عليه/وزير الشباب والرياضة /إضافة لوظيفته وإلزام الأخير بتأديته للمدعي مبلغا مقداره (٣،٤٠٥،٥٠٦،٨٣٨)مليار دينار ورد الدعوى بالزيادة الواردة في عريضة الدعوى البدائية ورد الدعوى البدائية التي طلب فيها طالب التصحيح الحكم بفسخ عقد المقاولة وإلزام المطلوب التصحيح ضده /المدعى عليه بالتعويض عن الخسائر وقيمة الأعمال المنجزة وباقي المستحقات المالية وما فاته من كسب مادي والتي قدر قيمتها بمبلغ (٤،٠٠٠،٠٠٠،٥٠٠) مليار دينار ولدى إمعان النظر في أسباب طلب التصحيح /المدعي ودفوع وكيل المطلوب التصحيح ضده /المدعى عليه يتبين ان المدعي بعد انجازه العمل بنسب مختلف عليها تتراوح بين (٢٠%–٦١%)فقرر سحب العمل منه بموجب الأمر الوزاري بالعدد ٣٨٣٤ في ٢٠١٣/٣/١٣ بحجة إخلال المدعي بالتزاماته العقدية وان طالب التصحيح /المدعي برر هذا الإخلال بزعم عدم صرف مستحقاته عن السلفة رقم (٢) عن الأعمال المنجزة ولمدة (١٦)شهرا من تاريخ السلفة رقم (١) رغم تقديمها بتاريخ ٢٠١٢/٤/٢٣ وبعد مصادقتها من قبل دائرة المهندس المقيم خلافا للمادة (١/٦٢/أ) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية كما وجد إن قضاء محكمة الاستئناف بما يفيد رد الدعوى كليا بدعوى وجوب الاعتراض على قرار سحب العمل قبل المطالبة بالادعاء وهذا محل نظر إذ إن المتفق عليه فقها وقضاء وكما أوضحته المادة (١/٦٥) من الشروط المذكورة عدم اعتبار سحب العمل من المقاول ووضع اليد على الموقع فسخا

للمقاولة بل يبقى العقد مستمرا وينفذ بعد إحالته إلى مقاول أخر وان وزارة الشباب والرياضة لم تعلن المناقصة للإحالة بعدها لعدم توفر السيولة النقدية ولمرور فترة طويلة على ذلك مما دعا دائرة المدعى عليه /وزير الشباب والرياضة /دائرة الشؤون الهندسية والفنية /قسم الأشراف الهندسي بكتابها المعنون إلى الدائرة القانونية والإدارية /القسم القانوني بالعدد ٤٣١١/٣/١٤ في ٢٠١٦/٧/٢٦ بالمطالبة بتنفيذ قرار مجلس الوزراء بضرورة إنهاء كافة المشاريع في سنة ٢٠١٥ لعدم توفر السيولة المالية وعدم إمكانية التنفيذ على حساب الشركات وعليه ووفق هذه الظروف يكون إكمال تنفيذ المقاولة مستحيلا، وبالتالي تعتبر المقاولة منتهية استنادا للمادة ٢/٦٧ من الشروط العامة السالفة الذكر ،وحيث ان محاكمة الاستئناف قد انتهت بحكمها الاستئنافي المميز إلى رد الدعوى البدائية كليا، لذا يكون الحكم الاستئنافي المذكور والمصدق بقرار محكمة التمييز الاتحادية قد رافقته أخطاء قانونية موجبة للتصحيح ،لذا يكون طلب التصحيح جديرا بقبوله ،فقرر قبوله استنادا للمادة ٢١٩/أ/١ من قانون المرافعات المدنية ونقض الحكم الاستئنافي المميز وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لرد طلب الفسخ والحكم بقيمة الأعمال المنجزة فقط، استنادا لتقدير أهل الخبرة بعد استبعاد الكسب الفائت وإعادة التأمينات المدفوعة الى طالب التصحيح على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية .[١]

وبالإضافة إلى المقاول الأصلي قد يكون هنالك مقاول ثانوي مما يثار التسأول كيف تحسب مستحقاته عن الأعمال المنجزة من المقاول الثانوي قبل انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ،فقد تلجأ شركات المقاولات في المشاريع الكبرى إلى مقاولين من الباطن للقيام ببعض الأعمال ،وذلك لصعوبة تنفيذ العمل من خلال عقد واحد ، وبالتالي نكون أمام علاقات متعددة ، علاقة بين صاحب العمل والمقاول الأصلي أساسها العقد المبرم بينهما وأخرى بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحكمها

---

[١]قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧١/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/٥/١٦ ،قرار غير منشور .

عقد الباطن ،وثالثة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن ، وان لم تكن علاقة عقدية مباشرة،ومن ذلك يمكن التوصل إن مسؤولية المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي مسؤولية عقدية واتجاه صاحب العمل والغير هي مسؤولية تقصيرية.[1]وبما إن المقاول من الباطن تربطه علاقة عقدية مع المقاول الأصلي فأن هذا الأخير يكون بمثابة صاحب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن وذلك بموجب عقد الباطن المبرم بينهما ،وبالتالي يلتزم المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن عدة التزامات ومن أهمها التزامه بدفع الأجر له عن العمل المنجز من المقاول من الباطن المتفق عليه بموجب عقد الباطن، وبالتالي فأن كان المقاول الأصلي بعد انتهاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ وفق أحكام المادة ٦٧ من الشروط العامة قد استلم مستحقات عن الأعمال المنجزة من قبل المقاول من الباطن(المقاول الثانوي)،فهنا وجب عليه أن يدفع له مستحقاته حسب النسبة المنصوص عليه في العقد المبرم بينهما من قيمة العمل المنجز ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بقرارها المرقم (٢٨٧/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٩)الذي تتلخص وقائعه بما يلي: (ادعى وكيل المدعي(المدير المفوض لشركة أضواء الأعمار للمقاولات /إضافة لوظيفته) لدى محكمة بداءة الشعب انه تعاقد مع المدعى عليه(المدير المفوض لشركة جبل كنده للمقاولات /إضافة لوظيفته) بموجب عقد الشراكة المؤرخ ٢٠١٤/١٢/٧لغرض القيام بأعمال المناقصة المرقمة ٢٠١٤/٣١ رقم العقد ٨٥ في ٢٠١٤/١٢/٣ الخاص بتأهيل جزء من الطريق المتبقي الرابط بين منطقة الدسم وطريق العزامية بطول ٣/٤٨٥ كم وتأهيل المعبر المائي على نهر العزامية بمبلغ أجمالي مقداره مليار وخمسمائة وأربعة وثلاثون مليون وخمسمائة وثمانية وأربعون ألف دينار على أن تكون حصة المدعى عليه ١٢% من قيمة إجمالي الحسابات النهائية للعقد المذكور التي استلمها مقدما وبعد أن باشر المدعي بأعمال المقاولة وأنجز مانسبته(٥١%)صدر قرار مجلس الوزراء المرقم ٣٤٧ لسنة ٢٠١٥ المتضمن

---

[1]د.علي احمد حسن اللهيبي ود. حميد لطيف نصيف ،المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القانون المدني والشروط العامةلأعمال الهندسة المدنية ،مكتبة الصباح ،الكرادة –بغداد،٢٠١٢ ،ص١٢٨.

إيقاف مجموعة من المشاريع لوجود عجز في الموازنة وان المشروع موضوع الدعوى من ضمن المشاريع التي توقفت، وتم إنهائه رضائيا وتصفيته بين هيئة الطرق والجسور والمدعى عليه باعتباره المقاول الأصلي ،لعدم توفر السيولة النقدية واستنادا لأحكام المادتين ٢/٦٧ و٦٨ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وأحكام المادة ١/٨٨٦ مدني وانتهاء المقاولة وأعمال تنفيذها والذي انسحب أثره على المدعي الذي لم يستلم مستحقاته من العمل المنجز من المدعى عليه الذي يقوم باستلام الصكوك والمبالغ النقدية رغم الاتفاق على إن يقوم المدعى عليه بتحرير وكالة عامة مطلقة إلى المدعي لغرض استلام المستحقات عن العمل المنجز ورغم استلام المدعى عليه حصة من العقد البالغة ١٢% من القيمة الإجمالية للحسابات النهائية،إلا انه لم يسلم له حصته من قيمة الأعمال المنجزة البالغة ٥١% من العقد،لذا طلب دعوته للمرافعة والحكم بإنهاء عقد الشراكة ودفع مستحقاته البالغة ستمائة وستون مليون دينار عن متبقي مستحقاته، وإلزامه بمبلغ مقداره مائة مليون دينار عن جميع المصروفات والنفقات الحقيقية التي أنفقها موكله في سبيل تنفيذ عقد الشراكة وتحميله كافة الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة ،أصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٠١٨/٥/٣١ وبعدد اضبارة ٨/ب/٢٠١٨ حكما حضوريا قابلا للاستئناف والتمييز يقضي بإلزام المدعى عليه /إضافة لوظيفته بتأديته إلى المدير المفوض لشركة أضواء الأعمار للمقاولات العامة المحدودة /إضافة لوظيفته مبلغ مقداره ستمائة وواحد مليون وثلاثة ألاف وثمانمائة وواحد وعشرون دينار وتحميله المصاريف وأتعاب محاماة وكيل المدعي /إضافة لوظيفته مبلغ مقداره خمسمائة ألف دينار ورد الدعوى بالزيادة وتحميل المدعي /إضافة لوظيفته المصاريف النسبية وأتعاب محاماة وكيل المدعى عليه /إضافة لوظيفته مبلغ قدره خمسمائة ألف دينار استأنف وكيل المدعى عليه الحكم طالبا فسخه للأسباب الواردة بلائحته المؤرخة ٢٠١٨/٦/١٣ ، أصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية /الهيئة الاستئنافية الثانية بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٧ وبعدد اضبارة ٨٧٨ /س٢/٢٠١٨ حكما حضوريا قابلا للتمييز يقضي بتأييد الحكم البدائي الصادر بالعدد ٨/ب/٢٠١٥ في ٢٠١٨/٥/٣١ ورد الاعتراضات والأسباب الاستئنافية وتحميل المستأنف رسم

الاستئناف واعتبار أتعاب المحاماة المحكوم بها شاملة لمرحلتي التقاضي بداءة واستئنافا طعن وكيل المستأنف /المدعى عليه /إضافة لوظيفته بالحكم طالبا تدقيقه تمييزا ونقضه بعريضته المؤرخة ٢٠١٩/١/٧.

القرار//لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ،ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون، ذلك ان المدعى عليه /المميز /المدير المفوض لشركة جبل كنده للأعمار والمقاولات العامة المحدودة /إضافة لوظيفته سبق وان ابرم عقد مشاركة بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٧ مع المدعي/ المدير المفوض لشركة أضواء الأعمار للمقاولات العامة المحدودة /إضافة لوظيفته، لقيام الأخير بإكمال المناقصة رقم ٢٠١٤/٣١ رقم العقد ٨٥ في ٢٠١٤/١٢/٣ المتضمن (تأهيل جزء الطريق المتبقي الرابط بين منطقة الدسم وطريق العزامية بطول ٣/٤٨٥ كم وتأهيل المعبر المائي على نهر العزامية) موضوع المناقصة التي رست على المدعى عليه من مديرية الطرق والجسور، وتكون حصة المدعى عليه من العقد ١٢% من القيمة الإجمالية للحسابات النهائية ويستقطع مبلغ التحاسب الضريبي من المدعي ..الخ ماورد من شروط في عقد المشاركة وثبت للمحكمة من تحقيقاتها ومن كتاب دائرة الطرق والجسور /قسم القانونية بالعدد ١٢٥٢٣ في ٢٠١٨/٨/١٠ نسبة العمل المنجز من قبل المدعي ٥١% وتفاصيل المبالغ المستقطعة من المدعي عن التحاسب الضريبي والمبالغ المستلمة من قبل المدعى عليه على حساب المقاولة ،لذا استعانت المحكمة بعدة خبراء مختصين وأخرهم خمسة خبراء قضائيين لاحتساب استحقاق المدعي عن العمل المنجز وقدم الخبراء تقريرهم المؤرخ ٢٠١٨/١١/٤ وملحقه ٢٠١٨/١٢/٦ وجاء تقريرهم مفصلا ومسببا ويصلح اتخاذه سببا للحكم (١٤٠-إثبات)وهذا ما قضى به الحكم المميز قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق. [١]

---

[١]قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٧/الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١/٢٩،قرار غير منشور .