مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة

(دراسة مقارنة لحالة موت المقاول)[1]

أ. م. د. علي عادل محمد
قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق.
ali.mohammed@su.edu.krd
م. م. پەيام نجم الدين كريم
قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق.
Payam.kareem@su.edu.krd

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام:2019/12/21
القبول:2020/1/18
النشر:شتاء 2020

الكلمات المفتاحية:
Emergency Incident, Contractor`s Inability, Death of the Contractor, Bankruptcy of the Employer, Contracting

الملخص

يمكن أن يموت المقاول أحياناً بعد إبرام عقد المقاولة وقبل البدء في تنفيذه أو بعد البدء فيه وقبل إتمام تنفيذه، والقوانين المدنية في دول عدة قد أخذت مثل هذه الحالة بنظر الاعتبار ورتبت عليها آثاراً معينة تتمثل عموماً في إمكان إنهاء عقد المقاولة بتحقق ضوابط معينة.

ومن استنتاجات هذه الدراسة أن رجوع ورثة المقاول على رب العمل بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بموت

[1] بحث مستل من أطروحة دكتوراه الطالبة (پەيام نجم الدين كريم) الموسومة بـ (الحادث الطارىء في عقد المقاولة وعلاقته بنظرية الظروف الطارئة – دراسة تحليلية مقارنة) بإشراف الأستاذ المساعد الدكتور (علي عادل محمد) والمقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين - أربيل.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المقاول، عند تحقق شروط هذه الحالة، فلا يصلح العقد، الذي لم يبق له وجود، أن يكون أساساً لرجوع ورثة المقاول على رب العمل. وكذلك لا يمكن لورثة المقاول الرجوع بذلك على رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية، طالما ليست بالإمكان نسبة أي تقصير لجهة رب العمل. وإنما يكون أساس الرجوع هو الكسب دون سبب. كما أن توصيات هذه الدراسة تتمثل في اقتراح تعديل بعض نصوص القوانين محل المقارنة وإضافة نصوص معينة متصلة بموضوعات من هذه الدراسة.

Doi:
10.25212/lfu.qzj.5.1.21

المقدمة:

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

والحوادث الطارئة في عقد المقاولة تندرج ضمن السياق الوارد أعلاه، إذ قد تقع حوادث معينة تؤثر في مضمون عقد المقاولة على نحو معين، الأمر الذي قد يستدعي تدخل القضاء لمواجهة هذا الواقع الجديد على نحو يختلف تبعاً لموقف القوانين. وفضلاً عن المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة فقد أوردت القوانين بصورة متفاوتة تطبيقات تشريعية معينة لهذا المبدأ، ومنها موت المقاول.

فإذا مات المقاول بعد إبرام عقد المقاولة، سواء أكان قبل البدء في تنفيذ العمل أو قبل إتمام تنفيذه، فإن القوانين ترتب على ذلك آثاراً معينة بتحقق شروط معينة تختلف سعة وضيقاً وفق تنظيم الموضوع في قوانين الدول المختلفة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أولاً: أهمية الدراسة

يجد موضوع الدراسة أهميته بالنظر إلى أن فيه جانباً تطبيقياً مستوحى من واقع الحال، وذلك بالنظر إلى أن موت المقاول من الأمور الممكن حدوثها في الواقع العملي، وأن القوانين المدنية بصورة عامة لا ترتب إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول ما لم تكن شخصيته محل اعتبار في التعاقد أو لم تفترض طبيعة العمل الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول، وذلك عدا حالة معينة تجيز القوانين فيها إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول بتوافر شروط معينة .

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

ثانياً: مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في وجود إشكالات بصورة عامة في نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة، سواء في تنظيمها لحالة موت المقاول من حيث الشروط والأثر المترتب عليها، أو في نصوص أخرى تتصل بالموضوع بصورة غير مباشرة. كما أن هناك بعض اللبس في الفقه بصدد أساس رجوع ورثة المقاول على رب العمل، في حال إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول، بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات. وبالتالي فإن هذه الدراسة تستهدف البحث في تلك الجوانب واقتراح الحلول بشأنها.

ثالثاً: نطاق الدراسة

ارتباطاً بالغاية من هذه الدراسة والمتمثلة في بيان مفهوم وشروط وأثر موت المقاول باعتباره تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة، فإن هذه الدراسة لن تتطرق إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، ولا إلى التطبيقات التشريعية الأخرى للحادث الطارئ في عقد المقاولة والتي جاءت بها القوانين، إلا بالقدر الذي يستوجبه بيان حالة موت المقاول على أتم وجه .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

رابعاً: منهج الدراسة

ستعتمد دراسة موضوع موت المقاول باعتباره تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة على المنهجين التحليلي والمقارن. إذ ستعتمد الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تنظم هذا الموضوع من حيث الشروط والأثر المترتب عليه. وكذلك ستقوم الدراسة بتحليل موقف الفقه والقضاء في هذا الشأن. كما ستعتمد الدراسة على المنهج المقارن، وفي إعمال المنهج المقارن ستعقد الدراسة المقارنة بين كل من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) والقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976) والقانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة (1980) وقانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة .(2013)

خامساً: خطة الدراسة

سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلب تمهيدي ومبحثين، إذ نبحث في المطلب التمهيدي التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة بصورة عامة، وسنبين في المبحث الأول مفهوم موت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، بينما نخصص المبحث الثاني لبيان شروط اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة والأثر المترتب عليه. وسنختم الدراسة بخاتمة نذكر فيها أهم الاستنتاجات التي سنتوصل إليها والتوصيات التي يمكن أن نقدمها بشأن موضوع هذه الدراسة.

المطلب التمهيدي

التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة

يندرج الحادث الطارىء في عقد المقاولة في إطاره العام في سياق حالة يتعرض لها أحد طرفي العقد وتجعل من تنفيذ عقد المقاولة بالنسبة إليه مرهقاً، وتخوله بالتالي طلب إنهاء العقد. وفي هذا السياق يختلف موقف القوانين المقارنة سعة وضيقاً في تنظيم موضوع الحادث الطارىء في عقد المقاولة، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بتحديد مفهوم الحادث الطارىء في عقد المقاولة، وشروط تحقق الحادث الطارىء. إذ خصت بعض القوانين الحادث الطارىء في عقد المقاولة بتنظيم خاص

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ضمن النصوص المنظمة لعقد المقاولة وبينت شروطه والأثر المترتب على تحققه، في حين هناك قوانين أخرى اكتفت ببيان حكم تحقق الحادث الطارىء في عقد المقاولة دون بيان شروطه. فضلاً عن ذلك، هناك قوانين أحالت موضوع الحادث الطارىء في عقد المقاولة بصورة مباشرة إلى التنظيم الوارد فيها بخصوص المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة.

لم تُعرف القوانين المدنية بصورة عامة الحادث الطارىء في عقد المقاولة، ولعل السبب في ذلك أن مفهوم الحادث الطارىء في عقد المقاولة القائم على أساس مبدأ العدالة لا يتوضح إلا ببيان شروطه وأثره في التزامات طرفي العقد[2]. كما أن الشراح و الباحثين في مجال القانون المدني لم يعرفوا الحادث الطارىء في عقد المقاولة، لربما اكتفاءً بما جاء في نصوص القانون من شروط لتحقق الحادث الطارىء في عقد المقاولة وأثر مترتب على تحققه.

ويقوم مفهوم الحادث الطارىء في عقد المقاولة على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي في العقد بين التزامات رب العمل والمقاول في مرحلة لاحقة على تكوينه بحيث يصبح تنفيذ التزام المدين مرهقاً بحقه ويؤدي إلى إلحاق خسارة جسيمة به، ودون أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وعندئذٍ يجوز للقاضي، بتحقق شروط معينة، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين التدخل بتعديل العقد أو إنهائه.

وفي هذا الصدد، نصت المادة (878) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951[3] على أنه ((ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو بفسخ العقد))[4].

---

[2] وينطبق ذلك على حالة العذر الطارىء في عقد الإيجار. ينظر: د. علي عادل محمد، العذر الطارىء في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة (الشريعة والقانون) الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس والستون، السنة الثلاثون، يناير 2016، ص65.

[3] منشور في الوقائع العراقية في العدد (3015) بتأريخ (1951/9/8).

[4] وتقابلها المادة (685) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 والتي تنص على أنه ((1- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر..... 3- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة الأجر

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

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

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

وتتفاوت التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة. وكذلك يتفاوت موقف الفقه في هذا الشأن أيضاً. فيذهب رأي[5] إلى اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بسبب مجاوزة

ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً. 4- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد))، والمادة (801) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 والتي تنص على أنه ((إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه)). والمادة (679) من القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 والتي تنص على أنه ((لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، وذلك دون إخلال بأحكام المادة 198))، والمادة (647) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013 والتي تنص على أنه ((إذا حال عذر دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو إنهاءه حسب الأحوال)).

[5] هناك من يرى بأن تكييف حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة هو أنه يعد تطبيقاً خاصاً لنظرية الظروف الطارئة، يستقل به رب العمل، فهناك ظرف طارىء، وهو ظهور الحاجة إلى زيادة كميات العمل من أجل تنفيذ التصميم، وهناك إرهاق يصيب رب العمل لعدم تحمل إمكانياته المالية الإيفاء بالتزاماته الجديدة. لذلك راعى المشرع ظروف رب العمل ومنحه هذا الحق لكي يتحلل من العقد. ينظر: د. عبد الجبار ناجي صالح، عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة بغداد، 1979، ص126. مشار إليه عند: د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة.

وفي هذا الصدد، تنص المادة (879) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه ((1- إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخبر في الحال رب العمل، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة المصروفات، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. 2- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، فإن أراد التحلل وجب أن يبادر به دون إبطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل))[6].

المدنية المسماة "المقاولة والوكالة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2015، ص283.

[6] وتقابلها المادة (657) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه ((1- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. 2- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل))، والمادة (794) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه ((1- إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة. 2- وإذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المقاول أن يخطر رب العمل قبل الاستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات، فإذا مضى في التنفيذ دون إخطار فلا حق له في طلب الزيادة))، والمادة (689) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه ((1- إذا أبرمت المقاولة على أساس مقايسة تقديرية، وتبين في أثناء التنفيذ ضرورة مجاوزة هذه المقايسة مجاوزة جسيمة، وجب على المقاول أن يبادر بإخطار رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما تستتبعه هذه المجاوزة من زيادة في المقابل، وإلا سقط حقه في طلب هذه الزيادة. 2- ويجوز لرب العمل، في هذه الحالة أن يتحلل من المقاولة ويوقف التنفيذ، على أن يتم ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إذ يشترط النص المذكور أعلاه، لكي يمكن لرب العمل التحلل من عقد المقاولة، أن تكون الأجرة قد حددت فيه على أساس المقايسة بسعر الوحدة، وأن يكون من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات[7] المقدرة في المقايسة

الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد دون تعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل))، والمادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((1- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة مرهقة وجب على المقاول أن يخطر في الحال صاحب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة الثمن فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسات من نفقات. 2- إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم مرهقة جاز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد)).

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق أنه (تبين أن المقاول الأصلي لم يخبر رب العمل بمجاوزة مصروفات تنفيذ التصميم، كما أن الأعمال التي قام بها مقاول المقاول ..... مشمولة بالعقد المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل، لذا لا يحق للمميز استرداد ما جاوز قيمة المقاولة من نفقات، عليه يكون الحكم برد الدعوى صحيحاً وموافقاً للقانون للأسباب أعلاه والأسباب الواردة في صلب الحكم المميز قرر تصديقه .....). القرار رقم (874/ مدنية ثانية/ 2012) بتأريخ 2012/12/9. مشار إليه عند: مروان حاجي الزيباري، المبادىء القانونية لقرارات محاكم تمييز إقليم كوردستان واستئناف منطقتي أربيل ودهوك وجنايات دهوك بصفتها التمييزية، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، 2017، ص164.

[7] يلاحظ بأن موقف القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة يتفاوت في ما إذا كان القصد من المجاوزة هو مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة أو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة، إذ أن مجاوزة المصروفات كما وردت في القانون المدني العراقي في الفقرة (1) من المادة (879) والقانون المدني الأردني في الفقرة (1) من المادة (794)، تشمل بصورة عامة مجاوزة المصروفات بسبب مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة، وكذلك قد تنصرف إلى مجاوزة المصروفات بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة. ولكن مع ذلك فإن مجاوزة المصروفات بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدي العاملة تندرج ضمن المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، ويسري عليها حكمه. وبالتالي لا مجال لتطبيق حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة. وفي المقابل فإن موقف كل من القانون المدني المصري في الفقرة (1) من المادة (657) والقانون المدني الكويتي في الفقرة (1) من المادة (689) وقانون المعاملات المدنية العماني في الفقرة (1) من المادة (640) أدق في هذا الشأن، إذ يفهم من هذه القوانين أن المجاوزة في هذا الفرض تتمثل في مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مجاوزة جسيمة[8] بحيث لا يمكن تبينها في الوقت الذي أبرم فيه العقد، وإلا لما كان لرب العمل التحلل من العقد، وأن يبادر إلى التحلل من العقد دون إبطاء. فلو كانت المجاوزة محسوسة ولكن لم تصل لدرجة الجسامة، لتوجب على رب العمل دفع هذه الزيادة المحسوسة للمقاول إذا أخطره الأخير فور تبينه هذه الزيادة مع مقدار ما يتوقعه من الزيادة[9]، وإذا لم يبادر المقاول بإخطار رب العمل في الحال، سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات.

ويترتب على تحلل رب العمل لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة عند توافر الشروط المطلوبة في كل قانون الحق للمقاول في الرجوع على رب العمل. ولكن يختلف موقف القوانين في شأن مقدار الرجوع، فرجوع المقاول في القانون المدني العراقي يكون بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وما أنفقه من المصروفات دون أن يكون له الحق في الرجوع بما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل. وفي المقابل فإن كلاً من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي يلزم رب العمل بأداء قيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفق شروط العقد، ودون أن يكون للمقاول الرجوع بما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل. في حين أنه في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني يكون رجوع المقاول على رب العمل بقيمة ما أنجزه من الأعمال المقدرة وفقاً لشروط العقد دون المصروفات التي صرفها. وعلى الرغم من أن هذين القانونين الأخيرين لا يشيران إلى عدم إمكان رجوع المقاول على رب العمل بالكسب الذي فاته لو أنه أتم العمل، إلا أن ذلك مفهوم من سياق النص الذي يقصر التزام رب العمل في هذه الحالة على أداء قيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد.

---

[8] بينما أورد قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (640) توصيف المجاوزة بأن تكون مرهقة.

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

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهناك من يذهب[10] إلى أن الحادث الطارىء في عقد المقاولة لا يشترط فيه أن يستجد بعد إبرام العقد، وأنه يعد من الحوادث الطارئة الحادث الذي يقع قبل إبرام العقد ولكن يجهل طرفاه وقوعه، ولا يدخلانه بالتالي في تقديرهما عند تحديد الأجر.

ولعل ما ذكرناه أعلاه كان وراء اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بسبب مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة من ضمن الحوادث الطارئة في عقد المقاولة عند هذا البعض. ولكن يبدو لنا إن حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة تدخل في مفهوم الغلط في صفة جوهرية في المعقود عليه[11]، المتمثل في غلط في تقدير كميات الأعمال المطلوب من المقاول القيام بها، أو الغلط في المصروفات المبينة بسبب مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة. وبناءً على ذلك، لا يمكن اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة، وذلك لعدم توافر شروط الحادث الطارىء في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، من وجوب كون الحادث قد وقع بعد إبرام العقد، وإنما تدخل هذه الحالة ضمن نطاق الغلط في تقدير كمية الأعمال المقدرة في العقد وقت إبرامه، والذي يعد غلطاً في صفة جوهرية في المعقود عليه في عقد المقاولة.

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

وفيما يتعلق بعجز المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، فإنه يشمل كل ما يؤدي إلى عجز المقاول عن إتمام تنفيذ العقد بعد أن بدء فيه، سواء أكان العجز جسدياً أم مالياً، من دون أن يكون سبب العجز راجعاً إلى المقاول أو إلى رب العمل.

---

[10] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2009، ص182. (الهامش رقم 2) ؛ د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة أوفسيت الوسام، بغداد، 1976، ص204 ؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص ص 214-215، (الهامش رقم 44) ؛ محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة ، 2016-2017، ص192.

[11] تنظر المادة (118) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (121) من القانون المدني المصري، والمادة (153) من القانون المدني الأردني، والمادة (147) من القانون المدني الكويتي، والمادة (111) من قانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وقد أحال كل من المشرع العراقي والمصري والكويتي[12] في شأن تنظيم أحكام عجز المقاول إلى أحكام موت المقاول، وينطبق هذا الأمر على بعض شروط حالة عجز المقاول، وعلى أثره، وذلك بعكس كل من المشرع الأردني والعماني[13] اللذين نظما حالة عجز المقاول بنص خاص، وبأحكام مختلفة من حيث الشروط والأثر.

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

وفي المقابل، عد القانون المدني العراقي بنص خاص حالة إفلاس رب العمل حادثاً طارئاً في عقد المقاولة يجيز طلب المقاول أو وكيل التفليسة إنهاء عقد المقاولة بتحقق شروط معينة[14].

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

---

[12] تنص الفقرة (3) من المادة (889) من القانون المدني العراقي على أنه ((وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته)). وتقابلها الفقرة (3) من المادة (667) من القانون المدني المصري، والفقرة (3) من المادة (687) من القانون المدني الكويتي.

[13] تنص المادة (802) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على صاحب العمل من نفع)). وتقابلها المادة (648) من قانون المعاملات المدنية العماني.

[14] وتنص المادة (890) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا أشهر إفلاس رب العمل، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأي منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ)).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وبما أن عجز المقاول وإفلاس رب العمل لا يدخلان في نطاق هذه الدراسة، لذلك سوف نكتفي بهذا القدر وسنركز في هذه الدراسة على حالة موت المقاول باعتبارها حادثاً طارئاً في عقد المقاولة.

المبحث الأول

مفهوم موت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

الأصل أن عقد المقاولة لا ينقضي إذا مات أحد المتعاقدين أو كلاهما، إذ أن ذلك لا أثر له على العقد ذاته والذي يستمر في حق الخلف العام، وذلك بموجب القواعد العامة في انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وإلى خلفهما العام[15].

وبذلك فإذا مات رب العمل يبقى المقاول ملتزماً قبل خلفه العام بمقتضيات العقد، كما يبقى الخلف العام لرب العمل ملتزماً قبل المقاول. ولو مات المقاول فإن خلفه العام يلتزم قبل رب العمل بما يقتضيه العقد. ومرد ذلك أن عقد المقاولة من عقود المعاوضة التي لا تبرم في العادة لاعتبارات شخصية، لذلك فإن العقد يبقى بعد موت أحد المتعاقدين أو كليهما إلى أن ينقضي بإنجاز العمل أو لأي سبب آخر.

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

وقدر تعلق الأمر بانقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل، ليس هناك نص في هذا الشأن في القوانين محل الدراسة. وبالرجوع إلى القواعد العامة يظهر بأن عقد المقاولة لا ينقضي بموت رب العمل، وذلك بالنظر إلى أن شخصية رب العمل ليست في العادة محل اعتبار في عقد المقاولة، بل يبقى العقد قائماً بين المقاول والخلف العام لرب العمل، فيبقى الخلف العام مرتبطاً بعقد السلف، فله كل حقوقه وعليه جميع التزاماته، دون النظر لما إذا كانت المقاولة مفيدة للخلف العام كما كانت مفيدة

---

[15] تنص الفقرة (1) من المادة (142) من القانون المدني العراقي على أنه ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). وتقابلها المادة (145) من القانون المدني المصري، والمادة (206) من القانون المدني الأردني، والمادة (201) من القانون المدني الكويتي، والمادة (160) من قانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

للسلف أم لا. فيبقى الخلف العام ملتزماً بدفع الأجر كاملاً للمقاول، وله الحق في طلب إنجاز العمل من المقاول وتسليمه وضمانه[16]. ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من أن يتفق طرفا عقد المقاولة على انقضاء العقد بموت رب العمل.

والجدير بالذكر، أن الخلف العام لرب العمل لا يمكنه إنهاء عقد المقاولة حتى وإن أصبحت أعباء العقد أثقل من تتحملها إمكانياتهم المادية بعد وفاة السلف بالاستناد إلى الحادث الطارىء في عقد المقاولة، وذلك لعدم وجود نص خاص في هذا الشأن، وعدم تحقق شروط الحادث الطارىء في عقد المقاولة في مبدئه العام. لذلك إذا أراد الخلف العام لرب العمل التحلل من العقد، فيكون ذلك بالرجوع إلى المادة (885) من القانون المدني العراقي[17]، والتي تنظم حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة، فينتقل هذا الحق إلى ورثة رب العمل بعد وفاته.

أما فيما يتعلق بانتهاء عقد المقاولة بموت المقاول، فالأصل أن العقد لا ينتهي بموته، ولكن القوانين محل الدراسة قد أوردت ما ينظم إنهاء العقد بموت المقاول في أحوال معينة تدخل في نطاق الحوادث الطارئة.

فإن كان موت المقاول من حيث الأصل لا يؤدي إلى انقضاء عقد المقاولة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على انقضائه بموت المقاول. وكذلك الحال إذا افترضت طبيعة العمل الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول. ومع ذلك فإن القوانين المدنية قد خرجت عن تلك القاعدة في حالة معينة. وسنبين فيما يأتي تفصيل ما ذكرناه أعلاه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين. نبحث في أولهما الحالة التي تكون فيها مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في إبرام عقد المقاولة، بينما نخصص المطلب الثاني للحالة التي لا تكون فيها مؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في إبرام عقد المقاولة.

المطلب الأول

---

[16] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص256.

[17] تنص المادة (885) من القانون المدني العراقي على أنه ((1- لرب العمل أن يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. 2- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر)). وتقابلها المادة (663) من القانون المدني المصري، والمادة (688) من القانون المدني الكويتي. ولا يوجد مقابل لذلك النص في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في إبرام عقد المقاولة

عقد المقاولة من عقود المعاوضة، والأصل أن شخصية كل من طرفيه ليست محل اعتبار في التعاقد. ولا تنتهي المقاولة بموت المقاول، لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقاً للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عمن يقوم بهذا العمل. فإذا توفي المقاول وكانت له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقاً لما هو متفق عليه، فلا يتضرر رب العمل من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المقاول نفسه[18]. ولكن قد يُعد عقد المقاولة من العقود التي يقوم على الاعتبار الشخصي إذا اتفق طرفا العقد على ذلك أو إذا كانت طبيعة العمل تفترض الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول، بحيث يكون لشخص المتعاقد اعتبار خاص، أي تكون لصفة المتعاقد ارتباط بموضوع العقد. فالعقد القائم على الاعتبار الشخصي هو الذي تكون شخصية أحد العاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت في إبرام العقد[19]. وينبغي في هذه الحالة أن يقوم المقاول بتنفيذ العقد بنفسه، دون أن يكون له الحق في الاستعانة بالغير أو التنازل عن العقد[20]. وإذا مات المقاول في هذا الفرض فإن العقد ينفسخ من تلقاء ذاته بحكم القانون.

ولا يقصد بالمؤهلات الشخصية مجرد الشهادات الدراسية التي حصل عليها المقاول، وإنما المقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل، كسمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة والمكانة التي وصل إليها اسمه في السوق من ناحية حرصه على تنفيذ التزاماته المالية ومن ناحية دقته في تنفيذ الأعمال الفنية المعهود بها

---

[18] د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص315.

[19] د. عماد خضير علاوي، الغلط في عقد المقاولة، بحث منشور في مجلة (كلية الحقوق) الصادرة عن جامعة النهرين، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، 2010، ص5 ؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976، ص251. مشار إليه عند: د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص286.

[20] وهنا يجب التمييز بين نوعين من الاستعانة، فالاستعانة التي يقصد بها إيكال العمل إلى الغير في جزء منه أو كله تمثل إخلالاً بالالتزام العقدي، بما أن الشخصية محل اعتبار في القيام بالعمل. أما الاستعانة التي يقصد بها مجرد تدخل الغير كمساعدين أو معاونين للمقاول في تنفيذ العمل، فيمكن للمقاول القيام بها. ينظر: محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية، 2008، ص96 و ص100.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إليه، وتخصصه في نوع العمل محل المقاولة والشهادات الفنية التي حصل عليها في هذا التخصص، وما قام به قبلاً من أعمال تكسبه تجربة عملية فيها[21].

وفي هذا الصدد تنص المادة (888) من القانون المدني العراقي على أنه ((1- تنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة 885، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. 2- وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، إذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس معماري أو مع غيرهم ممن يزاولون مهناً حرة أخرى. وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع، إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك، وفي سائر الأحوال الأخرى وبخاصة في أعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول الشخصية، هي التي كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد))[22].

---

[21] د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ص316-317. وللمزيد من التفصيل حول الاعتبار الشخصي في التعاقد، ينظر : د. علاء حسين علي و د. سعد ربيع عبد الجبار و محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور في مجلة (جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة الأنبار، المجلد الأول، العدد السادس، 2012، ص5 وما بعدها ؛ د. رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور في مجلة (المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الثالث، السنة الثامنة، 2016، ص584 وما بعدها.

[22] وتقابلها المادة (666) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه ((ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 663، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل))، والفقرة (1) من المادة (804) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه ((ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد))، والفقرة (1) من المادة (686) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه ((تنتهي المقاولة بموت المقاول، إذا كانت مؤهلاته الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار في التعاقد))، والفقرة (1) من المادة (649) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد)).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والملاحظ على نص الفقرة (1) من المادة (888) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة له في القوانين محل الدراسة استخدام اصطلاح (الورثة) في الإشارة إلى الخلف العام للمقاول، في حين أن الأصوب في هذا الشأن هو تعبير (الخلف العام للمقاول)، إذ أن من يخلف المقاول المتوفي في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة هو الخلف العام للمقاول، والذي يشمل، فضلاً عن ورثته، من يوصي له المقاول بجزء شائع من أمواله، إذ ينصرف أثر العقد إلى هذا الأخير، كما ينصرف إلى ورثته. وبناءً على ذلك، كان ينبغي على المشرع استخدام تعبير (الخلف العام للمقاول) في هذا الموضع. ولكننا مع ذلك سنلتزم بما استخدمه المشرع، بالنظر إلى أن ما جاء في نص القانون يكون واجب الإعمال وإن كان مجانباً للصواب، وبالتالي فإن ورثة المقاول، دون باقي خلفه العام، هم من يجب أن تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، لكي لا يكون لرب العمل إنهاء عقد المقاولة لموت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً.

وكذلك يلاحظ بأن المشرع العراقي في الفقرة (2) من المادة المذكورة أعلاه قد أورد على سبيل المثال بعض الحالات التي تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد[23]، كما لو أبرم العقد مع فنان أو مهندس أو من يزاولون مهناً حرة. وكذلك تعتبر شخصية العمال أو الصناع محل اعتبار في التعاقد ما لم يكن هناك دليل أو عرف على خلاف ذلك. وفي عقود المقاولات الكبيرة تعتبر المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق محل اعتبار في التعاقد، وذلك لأن هذه العقود يقوم بها في العادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما يتوافر لديهم من مهندسين وفنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال، بحيث تكون العبرة، لا بصفات المقاول الشخصية، وإنما المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق[24].

ومسألة تقدير ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد من مسائل الواقع والتي تبت فيها محكمة الموضوع على ضوء الظروف التي لابست هذا التعاقد، وذلك بالنظر إلى طبيعة العمل فيما إذا كان عملاً فنياً دقيقاً يستدعي

---

[23] لا يوجد ما يقابل نص الفقرة (2) من المادة (888) من القانون المدني العراقي في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة. ويبدو لنا بأن موقف كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي وقانون المعاملات المدنية العماني أكثر دقةً من موقف القانون المدني العراقي، لأنه من غير المحبذ إيراد الأمثلة في نصوص القوانين.

[24] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص314.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مقاولاً متخصصاً أم عملاً مادياً بسيطاً، وذلك بالنظر إلى قيمة العمل[25]. ويمكن للقضاء في هذا الشأن أن يسترشد بضوابط ثلاثة، وهي وجود اتفاق في العقد على أن يعمل المقاول بنفسه أو إبرام العقد مع أصحاب المهن الحرة، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وكذلك في أعمال المقاولات الكبيرة[26].

وقد يحصل أن يعهد المقاول الأصلي تنفيذ العقد إلى المقاول من الباطن، فإذا كانت المؤهلات الشخصية للمقاول من الباطن محل اعتبار في التعاقد، فإن عقد المقاولة من الباطن تنقضي بوفاته دون أن يكون لذلك تأثير على عقد المقاولة الأصلي[27]. أما إذا كان رب العمل قد عهد به إلى عدة مقاولين ليقوموا به متضامنين، دون تقسيم العمل عليهم، فإن وفاة أحدهم لا ينقضي بها عقد المقاولة، إلا بالنسبة للخلف العام للمقاول، ويستمر العقد ملزماً للآخرين، ما لم يكن مشترطاً اجتماعهم في تنفيذ العمل[28].

المطلب الثاني

مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار في إبرام عقد المقاولة

إذا كان موت المقاول يؤدي إلى انفساخ عقد المقاولة من تلقاء ذاته بحكم القانون إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في العقد، فإن الأمر ليس كذلك إذا لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد. وفي هذا الصدد تنص الفقرة (1) من المادة (888) من القانون المدني العراقي على أنه ((تنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة 885، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ

---

[25] د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص317 ؛ د. عماد خضير علاوي، مصدر سابق، ص7.

[26] د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة "البيع- الإيجار- المقاولة"، العاتك لصناع الكتاب، القاهرة، 2007، ص496.

[27] د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص311. (الهامش رقم 3).

[28] د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان- بيروت، بغداد، 2016، ص479 ؛ د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص319.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

العمل))[29]. فيمكن للمقاول إبرام المقاولة من الباطن[30] وكذلك التنازل عن المقاولة أو الاستعانة بالغير لتنفيذ التزامه سواء كانت الاستعانة على شكل إحلال الغير محله في تنفيذ الالتزام أم على شكل مجرد مساعدة الغير له في أثناء قيامه بتنفيذ الالتزام. ومرد ذلك أن عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل وتكون الغاية الرئيسة منه إنجاز العمل محل المقاولة، وبالتالي فإن رب العمل لا يهمه في الأصل شخص المقاول بقدر ما يهمه إنجاز العمل بالطريقة وبالوقت المتفق عليهما. وكذلك فإن

---

[29] وتقابلها المادة (666) من القانون المدني المصري السابق ذكرها، والفقرة (2) المادة (804) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه ((وإذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل))، والفقرة (2) من المادة (686) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه ((فإن لم تكن مؤهلات المقاول أو إمكاناته محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولكن يجوز لرب العمل إنهاؤه إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل)). والفقرة (2) من المادة (649) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((إذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل)).

[30] تنص المادة (882) من القانون المدني العراقي على أنه ((1- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون إلى كفايته الشخصية. 2- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني)). وتقابلها المادة (661) من القانون المدني المصري، والمادة (798) من القانون المدني الأردني، والمادة (681) من القانون المدني الكويتي، والمادة (644) من قانون المعاملات المدنية العماني. وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أنه (للمقاول الأصلي أن يكل العمل كله أو جزءاً منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه نص في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه الركون إلى كفايته الشخصية، ويكون للمقاول الثاني ولعمال المقاول الأول حق الرجوع على رب العمل مباشرة بما لهم بذمة المقاول الأول على أن لا يتجاوز ذلك ما لهذا المقاول بذمة رب العمل وقت رفع الدعوى). القرار رقم (434/ مدنية أولى/ 976) بتأريخ 1976/10/27. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة، 1976، ص77. وينظر كذلك القرار رقم (385/ مدنية أولى/974) بتأريخ 1975/2/19. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، السنة السادسة، 1975، ص92.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

تشعب أعمال المقاولة وتنوعها جعلا من الصعب أن يقوم المقاول بنفسه بتنفيذ العمل دون الاستعانة بالغير[31].

وإذا لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار لا ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول من تلقاء ذاته بحكم القانون، وكذلك لا يمكن لرب العمل إنهاء العقد إلا في حالتين، نذكرهما أدناه:

أولاً: إنهاء رب العمل عقد المقاولة بإرادته المنفردة

لرب العمل إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة في أي وقت يشاء ولأي سبب كان[32]، على أن يقوم بتعويض المقاول عن هذا الإنهاء. وجاء في هذا الصدد في المادة (885) من القانون المدني العراقي أنه ((1- لرب العمل أن يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. 2- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً. ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر)). ويتماثل موقف كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي في هذا الشأن مع موقف القانون المدني العراقي[33]. إلا أن كلاً من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني لم يجز لرب العمل التحلل من عقد المقاولة أو إنهاءه بالإرادة المنفردة، إذ خلا القانونان من نص صريح يجيز لرب

---

(31) محمد حنون جعفر، مصدر سابق، ص ص96-98.

(32) هناك من يرى بأنه لا بد من أن يكون لرب العمل مبرر جدي حتى يمكنه إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة، وذلك لتخفيف الأثر الذي يحدث عن هذا الإنهاء. ينظر: بەمو ثرويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة السليمانية، 2007، ص110 ؛ حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1960، ص466. ويبدو لنا أن النصوص الواردة بهذا الصدد والمذكورة أعلاه قد وردت على نحو لا يستشف منها قيد وجود مبرر جدي لرب العمل في إنهاء المقاولة. كما أن هذه النصوص راعت مصلحة المقاول تماماً في التعويض، بحيث أن المقاول لو خيّر بين إتمام تنفيذ المقاولة والحصول على التعويض الوارد في هذه القوانين لانصبّ اختياره على التعويض، إذ أنه سيحصل في الغالب على ما كان يجنيه من إتمام المقاولة من دون إتمامه.

(33) وتقابلها المادة (663) من القانون المدني المصري، والمادة (688) من القانون المدني الكويتي. ولا يوجد ما يقابل ذلك في كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

العمل إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وبالتالي ليس أمام رب العمل التحلل من العقد إلا بطلب فسخه في حالة إخلال المقاول بالتزاماته العقدية.

وتوجد في القضاء العراقي تطبيقات عديدة على حالة إنهاء رب العمل عقد المقاولة بإرادته المنفردة، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أنه (يستحق المقاول التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء قيام رب العمل بفسخ العقد من جانب واحد، ولأسباب لا علاقة للمقاول بها ولا دخل لإرادته فيها، بعد أن هيأ نفسه للعمل المتعاقد عليه وتفرغ له تفرغاً كلياً)[34]. وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن (حق رب العمل في العدول عن عقد المقاولة، أثره وجوب تعويض المقاول عما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال وما فاته من كسب)[35]. وجاء كذلك في قرار لمحكمة التمييز الكويتية أن (تقدير التعويض الجابر للضرر من سلطة محكمة الموضوع متى كان لا يوجد نص ملزم باتباع معايير وطرق معينة في خصوصه، ومثاله رجوع رب العمل عن عقد المقاولة وتعويض المقاول والذي مصدره القانون)[36].

---

[34] القرار رقم (173-174/موسعة أولى/1983) بتأريخ 1987/9/29. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث،1987، ص25. وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أنه (لرب العمل أن يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل). القرار رقم (236/ مدنية أولى/75) بتأريخ 1975/8/6. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث، السنة السادسة، 1975، ص66.

[35] الطعن رقم 34 لسنة 47 القضائية، جلسة 25 من يونية سنة 1979، ص766. مشار إليه عند: أنور طلبة، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وخمسين عاماً، الجزء الثامن، بلا اسم الناشر ومكان وتأريخ النشر، ص636.

[36] جاء في تفاصيل القرار أنه (إذا كان من المقرر أن التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير أو طرق معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع دون معقب على ما فيه وكان النص في المادة 688 من القانون الذي نص على أنه 1- لرب العمل أن ينهي المقاولة ويوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. 2- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً. مؤداه أن المشرع أجاز لرب العمل أن يرجع في العقد ويتحلل من المقاولة على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهناك[37] من يرى بأن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة ليس سوى عدم التنفيذ عيناً من قبل رب العمل، إذ أن ذلك الإنهاء لا يعفيه من تعويض المقاول. ويبدو لنا عدم صواب هذا الرأي وبغض النظر عن المقصود منه. فإذا كان القصد أن التعويض في هذه الحالة هو البدل في التزام بدلي، فإن الرأي هذا مجانب للصواب بالنظر إلى أن نصوص القوانين صريحة في هذا الصدد في النص على فسخ العقد أو إنهائه وليس تنفيذه بمحل بدلي للعقد، وبالتالي لا محل لتنفيذ العقد من خلال افتراض وجود التزام بدلي، فضلاً عن أن ما يدفعه رب العمل للمقاول في هذا الفرض يندرج في إطار التعويض، كما هو وارد في نصوص القوانين محل الدراسة. وإذا كان القصد هو أن عدم تنفيذ العمل من جانب رب العمل يعطي الحق للمقاول في المطالبة بفسخ العقد والتعويض، فإن هذا الرأي يكون أيضاً مجانباً للصواب، إذ أن رب العمل هو الذي ينهي العقد وليس المقاول. ومع ذلك فإن القضاء العراقي يذهب في العديد من القرارات إلى اعتبار هذه الحالة بكونها فسخاً للعقد. إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أنه (إذا قام رب العمل بسحب العمل من المقاول دون أن يلجأ إلى القضاء، فيكون بذلك قد فسخ العقد وأوقف تنفيذه وفقاً لأحكام المادة 1/885 من القانون المدني، وليس لرب العمل الادعاء بعد ذلك بمبالغ ترتبت على إكمال العمل. لأنه يعتبر قد أكمل العمل لصالحه وعلى مسؤوليته)[38]. ومن الواضح أن هذا القرار ونص المادة (885) من القانون المدني العراقي قد جانبا الصواب في اعتبار هذه الحالة فسخاً للعقد، إذ أنها تعد بلا شك إنهاءً للعقد بإرادة رب العمل المنفردة، بما يجعل من عقد المقاولة عقداً غير لازم من جهة رب العمل بنص القانون. غير أن عدم اللزوم هذا يرتب على رب العمل عند إنهاء العقد تعويضاً تولى القانون تحديده.

من مصروفات وما أنجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، والتزام رب العمل بهذا التعويض مصدره القانون .....). قرار منشور في مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في خصوص أسباب إنهاء عقد المقاولة والتعويض عنه، القسم الثالث، المجلد الثالث، رقم القاعدة 219، ص907. متاحة على العنوان الإلكتروني الآتي:

<http://eguptian- awkaf.blogspot.com/2009/12/blog-post-101.htm>(Last visited 14.04.2018).

[37] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص266.

[38] القرار رقم (162/ استئنافية/ 886-87) بتأريخ 1987/9/2. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث، 1987، ص42.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وحق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة ليس من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على ما يخالفه، ولكي يستند رب العمل أو ورثته (في حالة وفاته) إلى هذا الحق يتوجب عدم الاشتراط في عقد المقاولة على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة [39].

ويكون التعويض في حالة تحلل رب العمل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة عن جميع ما لحق المقاول من الخسارة وما فاته من الكسب[40]، مع مراعاة حالة تخفيض المحكمة للتعويض عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً.

وبناءً على ما سبق، يبدو لنا أن حالة تحلل رب العمل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لا تدخل في نطاق انتهاء عقد المقاولة بحادث طارىء. وبمعنى آخر لا تعتبر هذه الحالة من التطبيقات التشريعية لانتهاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء. ومرد ذلك أن نص المادة (885) من القانون المدني العراقي أو ما يقابله من النصوص في القوانين التي تجيز ذلك، يُعدّ نصاً عاماً يجيز لرب العمل إنهاء عقد المقاولة في كل الأحوال ولأي أسباب. وإن إشارة المادة (888) من القانون المدني العراقي إلى

---

[39] إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه (الأصل في عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقاً لنص المادة 663 من القانون المدني يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعوض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل في التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الالتزام في جزء من العمل ليخرج الجزء الباقي عن نطاق الالتزام بالتنفيذ العيني أو بطريق التعويض .....). نقض 1967/5/16 طعن 223 س33ق. مشار إليه عند: أنور طلبة، مصدر سابق، ص638 ؛ وللمزيد من التفصيل في هذا الشأن، ينظر: سهير حسن هادي، تحلل رب العمل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة، بحث منشور في مجلة (جامعة بابل للعلوم الإنسانية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الأول، المجلد الخامس والعشرون، 2017، ص8.

[40] ومع ذلك قصر قرار لمحكمة التمييز العراقية حق المقاول في تقاضي التعويض عن قيمة ما أنجزه من الأعمال، من دون الإشارة إلى حقه في تقاضي التعويض عن قيمة ما أنفقه من المصروفات وما فاته من الكسب. إذ جاء في القرار (أن حق رب العمل في فسخ عقد المقاولة لا يحرم المقاول من حقه في تقاضي قيمة العمل الذي أنجزه فعلاً). القرار رقم (630/مدنية أولى/1979) بتأريخ 1979/10/3. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة العاشرة، 1979، ص31. ومن الواضح أن مضمون هذا القرار لا يستقيم مع صريح نص المادة (885) من القانون المدني العراقي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

تلك المادة، لا تجعلها تطبيقاً تشريعياً لانتهاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء والمتمثل بموت المقاول ولا يطبق على تلك الحالة الأثر المترتب على انتهاء العقد بموت المقاول، وإنما يطبق بشأنها أثر تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة والمنصوص عليه في المادة (885) من نفس القانون. أضف إلى ذلك، أن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة موجود حتى ولو لم تشر المادة (888) من القانون المدني العراقي إلى ذلك، كما هو الحال في القانون المدني الكويتي[41]. لذلك يبدو لنا إن موقف القانون المدني الكويتي أدق في هذا الشأن من موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري. فضلاً عن ذلك، فإن القوانين التي تجيز هذا الإنهاء، على الرغم من أنها أشارت إليه على أنه فسخ لعقد المقاولة، إلا أنه في الحقيقة ليس فسخاً لعدم وجود الإخلال بالالتزامات العقدية من جانب المقاول[42]، وإنما هو إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة لرب العمل. وكذلك فإن رب العمل هو الذي ينهي العقد ويلتزم بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما فاته من كسب. في حين أنه في حالة فسخ العقد يكون طالب الفسخ هو من يطالب بالتعويض نتيجة للأضرار التي تلحقه من الإخلال في تنفيذ الالتزام من قبل الطرف الآخر. وكذلك لا يلتزم رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بإعذار الطرف الآخر لانعدام الفائدة المرجوة من الإعذار والتي تتمثل في حث المدين على تنفيذ الالتزام إذ ينعدم الإخلال بالالتزامات العقدية. لذلك فإنه من الصواب تسمية هذه الحالة بإنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة لرب العمل.

وفي هذا الشأن، نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (888) من القانون المدني ليكون نصها كالآتي ((تنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته

---

[41] تنظر الفقرة (2) من المادة (686) من القانون المدني الكويتي.

[42] وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق في سياق موضوع فسخ العقد بصورة عامة أن (طلب الفسخ يستلزم إخلال الطرف الآخر بالعقد وليس إخلال طالب الفسخ نفسه لأن من شروط الفسخ وفاء طالبه بالتزاماته وكذلك المطالبة بالتعويض تكون عند تنفيذ المقاول لالتزاماته وإخلال الطرف الآخر بالتزاماته ويكون ذلك بعد الفسخ). القرار رقم (48/الهيئة الاستئنافية منقول/2011) بتأريخ 2011/1/20، مشار إليه عند: خدر حسن محمد، فسخ عقد المقاولة في التشريع العراقي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء لإقليم كوردستان-العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف القضاة، ص ص45-46. متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
<http://www.krjc.org/uploads/khdir%20 hassan.pdf > (Last visited 22.04.2018).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل إنهاؤه إلا إذا لم تتوافر في الخلف العام للمقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل)). وبالتالي تتم مراعاة ما ذكرناه أعلاه، وكذلك يتم تجنب إيراد الأمثلة في نص المادة المذكورة.

ثانياً: إنهاء رب العمل عقد المقاولة بموت المقاول إذا لم تتوافر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل

تُعد هذه الحالة تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة. إذ يمكن لرب العمل طلب إنهاء العقد في حالة موت المقاول، إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في التعاقد، إلا إذا توافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. فلا يمكن لرب العمل طلب إنهاء العقد إلا بموجب المادة (885) من القانون المدني العراقي وما يقابلها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة. ولكن إذا لم تتوافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، يمكن لرب العمل طلب إنهاء العقد، سواء أكان ذلك بعد إبرام العقد وقبل البدء في تنفيذ المقاولة أم بعد البدء بتنفيذ المقاولة وقبل إتمام تنفيذها، ولكن يشترط في ذلك توافر عدة شروط، والتي سنبحثها أدناه.

وفي المقابل، لم تجز القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة لورثة المقاول طلب إنهاء عقد المقاولة لوفاة مورثهم المقاول، كما سنبين ذلك بالتفصيل لاحقاً.

المبحث الثاني

شروط اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة و أثره

لكي يعتبر موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة تشترط القوانين محل الدراسة شروطاً معينة، لترتب الأثر عليه. ونبين في هذا المبحث شروط اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة والأثر المترتب على تحققها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في أولهما شروط اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، بينما نخصص المطلب الثاني لبيان الأثر المترتب على اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة.

المطلب الأول

شروط اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

يشترط لاعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة، قبل البدء في تنفيذ المقاولة أو في أثناء تنفيذها، ما يأتي من شروط:

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

يشترط لاعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة أن لا تكون مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، إذ لو كانت المؤهلات الشخصية للمقاول محل

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

اعتبار في التعاقد لانفسخ العقد من تلقاء ذاته وبحكم القانون، دون الحاجة إلى تقديم طلب لإنهائه من قبل أي من طرفي عقد المقاولة.

ثانياً: عدم توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في ورثة المقاول

إذا مات المقاول وتوافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فلا يمكن لرب العمل طلب إنهاء عقد المقاولة إلا بموجب المادة (885) من القانون المدني العراقي والنصوص التي تقابلها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة والمنظمة لتلك الحالة.

وقاضي الموضوع هو الذي يبت في توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في ورثة المقاول من عدمه، وذلك عند النزاع بين رب العمل وورثة المقاول على ذلك، استناداً إلى ظروف وملابسات كل حالة.

ويثور التساؤل عن ما إذا كان من الممكن لورثة المقاول إبرام عقد المقاولة من الباطن، إذا لم يزاول أحد من الورثة الحرفة التي كان يزاولها مورثهم، وما إذا كان قيام ورثة المقاول بإبرام عقد المقاولة من الباطن يعد من الضمانات لحسن تنفيذ العمل.

في هذا الصدد، يلاحظ بأن نص المادة (888) من القانون المدني العراقي صريح في إعطاء الحق لرب العمل في التحلل من العقد إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ويبدو لنا أن المقصود بالضمانات هو كل ما يقدمه الورثة من أجل حسن تنفيذ العمل سواء قاموا بأنفسهم بتنفيذ العمل، وذلك إذا كان بينهم من يزاول نفس الحرفة التي كان يزاولها مورثهم[43]، أم عهدوا تنفيذ العمل إلى المقاول من الباطن. ولكن ينبغي في هذه الحالة الأخيرة عدم وجود شرط مانع من ذلك في عقد المقاولة[44]. إذ أن المهم عند رب العمل هو حسن تنفيذ العمل

---

[43] يمثل الفقه عموماً حالة توافر الضمانات لحسن تنفيذ العمل بوجود من يزاول الحرفة التي كان يزاولها المقاول من بين ورثته. ينظر في هذا الشأن على سبيل المثال: د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص290 ؛ د. جعفر الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص112. ولكن لا يمكن أن يؤخذ قصد المشرع بكونه قد أراد اقتصار الأمر على ذلك، إذ لو كان الأمر على ذلك النحو لاكتفى المشرع بالنص على اشتراط وجود من يزاول حرفة المقاول من بين ورثته.

[44] تنص المادة (882) من القانون المدني العراقي على أنه ((1- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه الركون إلى كفايته الشخصية. 2- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني)). وتقابلها المادة (661) من القانون المدني المصري، والمادة (798) من القانون المدني الأردني، والمادة (681) من القانون المدني الكويتي، والمادة (644) من قانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المعهود إلى المقاول، فلا يفرق إن قام المقاول بنفسه بتنفيذ العمل أو قام به ورثة المقاول أو عهدوا به إلى المقاول من الباطن، بالنظر إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في العقد. أضف إلى ذلك، أنه ليس هناك ما يمنع من أن يقوم ورثة المقاول بالتنازل عن المقاولة[45] أيضاً ما لم يكن هناك شرط في العقد يمنع من

[45] لا يوجد نص في شأن تنظيم التنازل عن المقاولة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني. لذلك ينبغي الرجوع في هذا الصدد إلى الأحكام العامة لحوالة الحق وحوالة الدين. وفي شأن حوالة الحق، تنص المادة (363) من القانون المدني العراقي على أنه ((لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له. على أن نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التأريخ)). وتقابلها المادة (305) من القانون المدني المصري. ولم ينظم كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني أحكام حوالة الحق. والجدير بالذكر أن الأصل بموجب النصوص المذكورة أعلاه، أنه يمكن لطرفي عقد المقاولة التنازل عنه ما لم يوجد شرط في العقد يمنع ذلك أو لم تكن شخصية المتعاقد المتنازل محل اعتبار في التعاقد. ويعتبر تنازل المقاول نافذاً في حق رب العمل إذا قبله أو أعلن له، ولا ينفذ في حق الغير إلا في تأريخ الإعلان الرسمي أو التأريخ الثابت لقبول رب العمل. ويكون من المفترض عموماً أن رب العمل يقبل التنازل ما دام لم يشترط في عقد المقاولة عدم جواز التنازل، فإذا عرض على رب العمل التنازل ينبغي عليه قبوله، ويعتبر التنازل سارياً في حقه من وقت إخطاره بالتنازل.

وتنظر في شأن حوالة الدين المادة (340) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (316) من القانون المدني المصري، والمادة (996) من القانون المدني الأردني، والمادة (775) من قانون المعاملات المدنية العماني. إذ أن حوالة الدين لا تنفذ في حق رب العمل إلا إذا أقرها، ويفترض أن رب العمل يقبل التنازل ما دام لم يشترط في عقد المقاولة عدم جواز التنازل، وبالتالي لا حاجة لإقرار رب العمل لحوالة الدين، ويكون التنازل سارياً من وقت صدوره.

ويرجع البعض السبب في عدم تنظيم المشرع لحالة التنازل عن المقاولة إلى أنه أقل وقوعاً في الحياة العملية من المقاولة من الباطن. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص258 ؛ محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص213.

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

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهناك من يذهب إلى أن أحكام المادة (882) من القانون المدني العراقي تطبق على كل من المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة. ينظر في هذا الشأن: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص397. وكذلك يستند القضاء في العراق إلى المادة (882) في حالة التنازل عن عقد المقاولة. إذ تذهب محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها إلى أنه (وجد أن المحكمة قضت بحكمها المميز برد دعوى المدعي المميز واستندت بحكمها على أحكام المادة 882 من القانون المدني التي حظرت على المقاول الأول التنازل عن المقاولة إلا بعد موافقة رب العمل. ولم يقترن التنازل بهذه الموافقة. وأن المميز على هذا الأساس هو الذي يتحمل عبء المقاولة وغراماتها وحده، وهذا النظر من المحكمة غير صحيح، ذلك أن مفهوم المادة المشار إليها تحكم العلاقة بين المقاول الثاني والأول، عند وجود الموافقة، أما إذا لم توجد هذه الموافقة فلا يكون هذا المقاول مسaؤولاً أمام رب العمل ..... لذا كان المقتضى على المحكمة أن تلاحظ نصوص المقاولة بين الطرفين وتجري تحقيق طلبات الدعوى في ضوئها ومن ثم تصدر حكمها على ضوء ما يتحصل لديها وحيث أنها قد أصدرت حكمها دون الالتفات لذلك فقرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى لمحكمتها .....). القرار رقم (747/مدنية ثالثة/ 1972 بتأريخ 1973/3/14. منشور في (النشرة القضائية) الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الأول، السنة الرابعة، 1973، ص91.

ويبدو لنا أن نص المادة (882) من القانون المدني العراقي صريح في كون حكمه مقتصراً على حالة قيام المقاول بالمقاولة من الباطن دون التنازل عن المقاولة، وذلك لأن المقاول يبقى طرفاً في المقاولة الأصلية عندما يكل العمل إلى المقاول من الباطن لإنجازه، ولا يخرج من نطاق العقد. وهذا ما تؤكد عليه الفقرة (2) من نفس المادة، فلا تنتهي التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل، إنما يبقى ملتزماً قبله عن أعمال المقاول من الباطن.

ولكن في حالة التنازل عن المقاولة لا يبقى أي التزام على عاتق ورثة المقاول قبل رب العمل في حالة تنازلهم عن المقاولة لشخص آخر، بل تنتهي العلاقة بين ورثة المقاول ورب العمل، ويحل المتنازل له محل ورثة المقاول المتنازلين في الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد، بل أنه لا يوجد نص في حالة التنازل عن المقاولة يقرر ضمان المتنازل للمتنازل له في تنفيذ التزاماته، بخلاف ما عليه الحال في حالة التنازل عن عقد الإيجار. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص208. إذ يبقى المتنازل عن عقد الإيجار ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته بموجب نص المادة (777) القانون المدني العراقي.

وفي المقابل، نظم القانون المدني الكويتي أحكام التنازل عن المقاولة في المادة (680) والتي تنص على أنه ((1- لا يجوز لأي من المتعاقدين التنازل عن المقاولة إلا بموافقة الآخر، وذلك ما لم يوجد في العقد شرط يقضي بخلافه. 2- فإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته. 3- ولا يسري التنازل في مواجهة الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمي، أو كانت موافقته على التنازل ثابتة التأريخ)). ويتضح من نص تلك المادة بأنه من حيث المبدأ لا يجوز لطرفي عقد المقاولة التنازل عن المقاولة لشخص آخر، حتى لو لم يوجد في العقد شرط مانع من ذلك، إلا بموافقة المتعاقد الآخر. وإذا تنازل ورثة المقاول

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

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

فضلاً عن ذلك، فإن الضمانات يمكن أن تشمل أيضاً التأمينات العينية أو الشخصية التي يقدمها ورثة المقاول لحسن تنفيذ العمل. إذ يمكن لورثة المقاول تقديم رهن ضماناً لحسن تنفيذ التزامهم، سواء كان رهناً تأمينياً[46] أو رهناً حيازياً[47]. وكذلك يمكنهم تقديم كفالة شخصية[48] أو عينية لحسن تنفيذ العمل. ومرد ذلك أن لفظ الضمانات الذي جاءت به المادة (888) من القانون المدني العراقي والنصوص

عن عقد المقاولة لشخص آخر، يحل المتنازل له محل الورثة في جميع الحقوق والالتزامات المتولدة عن عقد المقاولة.

وتجدر الإشارة في شأن العقود الإدارية إلى أن المادة (الثالثة) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق قد نظمت حالة التنازل عن المقاولة، ومنعت المقاول من التنازل عن المقاولة دون أخذ الموافقة التحريرية المسبقة من رب العمل، سواء كان التنازل كلياً أو جزئياً أو متعلقاً بأية منفعة أو التزام أو مصلحة له فيها أو بموجبها باستثناء ما يترتب من التزام لصالح المصارف التي يتعامل معها المقاول بأية مبالغ مستحقة أو ستصبح مستحقه بموجب المقاولة. وبذلك يمكن للمقاول التنازل عن المقاولة كلياً إذا حصل على الموافقة التحريرية المسبقة من رب العمل. وتقابلها المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 الصادرة بقرار وزير المالية رقم (1367) لسنة 1998. للمزيد في هذا الشأن، ينظر: سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1990، ص ص40-41 ؛ د. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص161 وما بعدها.

[46] تنظر المادة (1285) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (1030) من القانون المدني المصري، والمادة (1322) من القانون المدني الأردني، والمادة (971) من القانون المدني الكويتي، والمادة (1010) من قانون المعاملات المدنية العماني.

[47] تنظر المادة (1321) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (1096) من القانون المدني المصري، والمادة (1372) من القانون المدني الأردني، والمادة (1027) من القانون المدني الكويتي، والمادة (1057) من قانون المعاملات المدنية العماني.

[48] تنظر المادة (1008) من القانون المدني العراقي. وتقابلها المادة (772) من القانون المدني المصري، والمادة (950) من القانون المدني الأردني، والمادة (745) من القانون المدني الكويتي، والمادة (736) من قانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

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

ويبدو لنا مما سبق ذكره، أن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة في حالة عدم توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في ورثة المقاول يتمثل عموماً في الحالة التي لا يزاول فيها أحد ورثة المقاول نفس الحرفة التي يزاولها مورثهم، وكذلك الحالة التي لا يمكن فيها لورثة المقاول إبرام عقد المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة لوجود شرط في عقد المقاولة يمنع من ذلك، أو حالة عدم تقديمهم ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل رغم عدم وجود شرط مانع من المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة.

والجدير بالذكر أن الشرط المانع[49]، سواء كان صريحاً أو ضمنياً، لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين من فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل، ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن، بل يكونوا مستخدمين عند المقاول بعقد العمل وليس بعقد المقاولة، ويعملون تحت مراقبته وإشرافه[50]. وبناءً على ذلك، فإن لورثة المقاول الاستعانة بأشخاص آخرين في إنجاز العمل إن لم تتحقق فيهم صفة المقاول من الباطن، وكانوا مستخدمين عند ورثة المقاول بعقد عمل.

ويجدر بالذكر، أن القضاء في العراق قد خلط في الكثير من أحكامه بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، ويشير إليهما كما لو لم يكن هناك أي فرق بينهما، على الرغم من وجود فروق كثيرة بينهما[51]. فتذهب محكمة التمييز العراقية في قرار

---

[49] ويتوجب في الشرط المانع أن يكون قاطعاً في دلالته، لأنه يسلب من المقاول حقاً يخوله عقد المقاولة. ولذلك ينبغي عدم التوسع في تفسيره، وعند وجود الشك، يجب القول بعدم وجوده. ولكن لا يلزم أن يكون هذا الشرط صريحاً في العقد، بل يكفي أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال، كما لو كان عقد المقاولة معقوداً مع مراعاة شخصية المقاول. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص209-211 ؛ د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص 399.

[50] د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص145.

[51] يتميز المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة في أمور كثيرة، منها ما يأتي: أولاً: يتضمن التنازل عن المقاولة عمليتين قانونيتين، حوالة الحق بالنسبة إلى حقوق المقاول، وحوالة الدين بالنسبة إلى التزاماته. وبذلك يحل المتنازل له محل المقاول في ما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد المقاولة. بينما المقاولة من الباطن تتمثل في قيام المقاول الأصلي بتوكيل تنفيذ العمل كله أو في جزء منه إلى المقاول من الباطن، ويتوجب في كليهما أن لا يوجد شرط في العقد يمنع ذلك وأن لا تفترض طبيعة العمل الركون إلى الكفاية الشخصية للمقاول. ثانياً: يترتب على التنازل عن المقاولة، على عكس

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لها إلى أنه (حيث أن الفقرة -1- من المادة -882- من القانون المدني أجازت للمقاول الأصلي أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، لذلك رأت محكمة التمييز العراقية أنه كان على محكمة الاستئناف التحقق مما إذا كانت المقاولة تتضمن شرط عدم التنازل أم لا، فإن كان مثل هذا الشرط موجوداً، فليس للمقاول الأصلي أن يتنازل عن المقاولة إلى مقاول آخر إلا بموافقة رب العمل، وإذا خلت المقاولة من هذا الشرط، فيجوز التنازل دون أخذ موافقة رب العمل)[52]. وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أنه (يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل بجملته أو بجزء منه إلى مقاول آخر، ويكون للمقاول الثاني حق مطالبة رب العمل مباشرة بما له في ذمة المقاول الأول بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي، ما لم يوجد شرط في عقد المقاولة يمنع المقاول من التنازل لغيره)[53].

وفي المقابل، توجد قرارات أخرى لنفس المحكمة تذكر المقاولة من الباطن دون الإشارة إلى التنازل عن المقاولة، فجاء في قرار لها أنه (للمقاول الأصلي أن يكل

المقاولة من الباطن، أن يصبح المقاول المتنازل له مديناً بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل، ويصبح الدائن بجميع حقوق المقاول، بحيث يختفي المقاول المتنازل، ولا يبقى له شأن في العقد الذي انتقل بجميع ما يترتب عليه من آثار إلى المقاول المتنازل له. فضلاً عن ذلك، أن المقاول المتنازل لا يكون مسؤولاً عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له. للمزيد من التفصيل حول التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص208 ؛ د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص293. (الهامش رقم 2).

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

[52] القرار رقم (840/ مدنية أولى/1973) بتأريخ 1973/7/22. مشار إليه عند: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص398. (الهامش رقم 1).

[53] القرار رقم (385/ مدنية أولى/1974) بتأريخ 1975/2/19. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، السنة السادسة، 1975، ص92.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

العمل كله أو جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه نص في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه الركون إلى كفايته الشخصية .....)[54].

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

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

وفي هذا السياق نقترح أن يأتي النص على النحو الآتي:

((1- يجوز لكل من المقاول ورب العمل التنازل عن المقاولة، ما لم يوجد شرط في العقد يقضي بخلافه أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد. وإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته. 2- ولا يكون التنازل نافذاً في حق الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر)).

ثالثاً: التمسك باعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

يلاحظ بأن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة تعطي الحق لرب العمل في إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول في حالة عدم توافر الضمانات الكافية في ورثته لحسن تنفيذ العمل. ومفاد ذلك أن ورثة المقاول حتى وإن لم تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل فإن العقد لا ينقضي من تلقاء ذاته إذا لم يطلب رب العمل إنهاءه، وإنما يتوقف ذلك على تقديم طلب من قبل رب العمل لإنهاء العقد.

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

---

[54] القرار رقم (434/ م1/1976) بتأريخ 1976/10/27. منشور في (مجموعة الأحكام العدلية) الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة، 1976، ص77.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهناك[55] من يرى أن ورثة المقاول إذا لم يكن بينهم من يزاول نفس حرفة مورثهم أو لا يطمئنون إلى قدرتهم على المضي في العمل أو لم تتوافر فيهم الخبرة التي كانت لدى مورثهم، فإن لهم أيضاً طلب إنهاء العقد، فيما إذا أصر رب العمل على تنفيذ العمل[56]. على اعتبار أن ذلك نوع من الاستحالة في تنفيذ العمل من قبلهم، لذلك على القاضي قبول طلبهم في إنهاء العقد[57].

ومن الملاحظ أن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، تخلو من نصوص تجيز لورثة المقاول تقديم طلب لإنهاء عقد المقاولة في حالة عدم توافر الضمانات الكافية فيهم لحسن تنفيذ العمل وعدم طلب رب العمل إنهاء العقد. لذلك لا يمكن القول بأن للورثة طلب إنهاء العقد، حتى وإن كانت أعباء العقد أصبحت أثقل من أن تتحملها إمكانياتهم المالية أو كان تنفيذ المقاولة يتطلب خبرة لا تتوافر فيهم. وكذلك فإنهم قد لا يمكنهم طلب إنهاء العقد بالاستناد إلى المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة المنظم في المادة (878) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين الأخرى، بالنظر إلى كونه يشترط حدوث انهيار تام للتوازن الاقتصادي بين التزامات طرفي العقد وانعدام الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد[58]، أو أن يحول الأمر دون تنفيذ العمل أو إتمام تنفيذه[59]، وهذا ما قد لا يتوافر في حالة موت المقاول، ثم أنه حتى لو توافرت في هذه الحالة شروط المبدأ العام للحادث الطارىء فإن المعول عليه في إنهاء العقد هو تطبيق النصوص الخاصة بالمبدأ العام في الحادث الطارىء في عقد المقاولة، وليس التطبيق الخاص بحالة موت المقاول.

وأخيراً، تنبغي الإشارة إلى أن النصوص المنظمة لحالة إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول في حالة عدم توافر الضمانات الكافية في ورثة المقاول لحسن تنفيذ العمل، في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، لم تفرض على رب العمل

---

[55] د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة "المقاولة- الوكالة- الكفالة"، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص97 ؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص261.

[56] هبة غازي محمد الدباغ، الإنهاء التعسفي لعقد المقاولة "في مجال البناء والتشييد"، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2016، ص68.

[57] د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص481.

[58] تنظر المادة (878) من القانون المدني العراقي. وتقابلها الفقرة (4) من المادة (658) من القانون المدني المصري.

[59] تنظر المادة (801) من القانون المدني الأردني، والمادة (647) من قانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أو المقاول إذا طلب إنهاء العقد إعذار ورثة المقاول[60]. ومرد ذلك عدم وجود فائدة مرجوة من الإعذار، إذ لا تتوافر الضمانات الكافية في ورثة المقاول لحسن تنفيذ العمل، لذلك فلا فائدة من إعذار ورثة المقاول بوجوب تنفيذ المقاولة.

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

ونخلص مما سبق، أن حالة إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول وإن عدت من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، إلا أنه يوجد اختلاف بينهما فيما يتعلق بالطرف الذي له حق التمسك بالحادث الطارىء. ففي المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، يقتصر التمسك بالحادث الطارىء في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري على المقاول فقط. في حين أنه في حالة موت المقاول يجيز هذان القانونان لرب العمل إنهاء العقد، دون ورثة المقاول. وفضلاً عن ذلك، يلاحظ أن القوانين محل الدراسة وإن اشترطت في المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة وجوب أن يؤدي الحادث الطارىء إلى الانهيار التام للتوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول بحيث ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد[61] أو الحيلولة دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه[62]، إلا أنه في حالة إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول، والتي تعتبر من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، لم تشترط هذه القوانين تحقق ذلك، وبذلك فإنها، عدا القانون المدني الكويتي الذي لا يجيز إنهاء العقد، تجيز

---

[60] وعلى الرغم من ذلك، هناك من يرى بأنه من مصلحة من يريد إنهاء العقد إخطار الطرف الآخر، حتى لا يفسر سكوته على قبوله الضمني للنزول عنه. ينظر: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص481.

[61] تنظر المادة (878) من القانون المدني العراقي. وتقابلها الفقرة (4) من المادة (658) من القانون المدني المصري.

[62] تنظر المادة (801) من القانون المدني الأردني، والمادة (647) من قانون المعاملات المدنية العماني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إنهاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء دون أن يؤدي الحادث إلى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول أو الحيلولة دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه. وهذا ما ينطبق كذلك على التطبيقات التشريعية الأخرى للحادث الطارىء في عقد المقاولة.

المطلب الثاني

الأثر المترتب على اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة

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

ويترتب على انفساخ عقد المقاولة بحكم القانون، سقوط الالتزامات المترتبة عليه وبالتالي لا يمكن لرب العمل إجبار ورثة المقاول على تنفيذ العمل، وكذلك لا يحق لورثة المقاول تنفيذ المقاولة أو الاستمرار فيها حتى وإن كان مورثهم قد قطع شوطاً في التنفيذ، أو إذا كانت تتوافر فيهم المواصفات نفسها التي كان يتمتع بها مورثهم، إن كان المقاول فرداً عادياً[63]. ولكن إذا أراد ورثة المقاول بعد انفساخ عقد المقاولة الاستمرار في تنفيذ العمل، فإنه يلزم إبرام عقد مقاولة جديد بينهم وبين رب العمل[64]. وكذلك الحال إذا أراد رب العمل بعد انفساخ عقد المقاولة الاستمرار في تنفيذ العمل مع ورثة المقاول، فإن ذلك لا يتم إلا بإبرام عقد مقاولة جديد بينه وبين ورثة المقاول، وذلك بالنظر إلى انقضاء عقد المقاولة الذي كان قد أبرمه مع المقاول.

وفي المقابل، إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار في العقد، فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه بموت المقاول. وكذلك لا يمكن لرب العمل إنهاؤه، إلا في حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، وذلك بموجب المادة (885) من القانون المدني العراقي[65]، وكذلك في حالة تحقق الشروط التي ذكرناها سابقاً بخصوص موت المقاول باعتباره حادثاً طارئاً.

---

(63) د. نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة "عقود البناء ومفاعيلها-السلامة العامة في المصاعد والمباني"، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص261.

(64) د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص479.

(65) وتقابلها المادة (663) من القانون المدني المصري، والمادة (688) من القانون المدني الكويتي. ولم ينظم كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني حالة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

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

وبناءً على ذلك لا يبدو لنا صواب الاتجاه القائل[66] بأن القاضي له سلطة التقديرية فيما إذا كان ورثة المقاول لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية، فيحكم بفسخ العقد أو برفضه.

وإذا انقضى عقد المقاولة بموت المقاول، تترتب نفس الآثار، سواء أكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد أم لم تكن، فحين يموت المقاول قبل إتمام تنفيذ العمل، وينقضي العقد، تترتب على ذلك آثار معينة. وينبغي في هذا الصدد أن نفرق بين ما إذا كان المقاول قد أبرم عقد المقاولة ولكنه لم يبدأ في تنفيذ العمل، وما إذا كان المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل.

ففي حالة موت المقاول قبل البدء في تنفيذ العمل، لا تثور صعوبة تذكر، إذ يتحلل كل من ورثة المقاول ورب العمل من العقد، دون أن يلتزم أي منهما تجاه الآخر بأي التزام، ويعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وإذا كان المقاول قد حصل على جزء من الأجر، فيمكن لرب العمل أن يسترده[67] من ورثته، وذلك بالاستناد إلى الكسب دون سبب.

ولكن إذا مات المقاول بعد أن بدأ في تنفيذ المقاولة، فإن موقف القوانين الخاضعة للمقارنة في هذا الشأن متباين. وفي هذا الصدد، جاء في المادة (889) من القانون المدني العراقي أنه ((1- إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة في جملتها، إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى. 2-

---

تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة. ولذلك فإن هذان القانونان الأخيران لا يجيزان هذا النمط من إنهاء عقد المقاولة.

[66] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص284 ؛ د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص480 ؛ د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ص316-317 ؛ عدنان إبراهيم السرحان، مصدر سابق، ص ص119-120 ؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص290.

[67] فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص265.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بُدىء في تنفيذها على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً. 3- .....))[68].

يلاحظ مما سبق ذكره، أن موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري متماثل في ترتيب الأثر على انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول الذي كان قد بدأ في تنفيذ العمل. ويتمثل هذا الأثر في إلزام رب العمل بتعويض ورثة المقاول بالأقل من قيمة ما تم من الأعمال وما أنفقه المقاول لإنجاز ما لم يتم، وقيمة النفع العائد على رب العمل من هذه الأعمال والنفقات.

بناءً على ما سبق، إذا كانت الأعمال والنفقات التي قام بها المقاول لا فائدة منها لرب العمل، كما لو لم يكن باستطاعة أحد إتمام هذه الأعمال بعد وفاة المقاول فإن رب العمل لا يلتزم بدفع قيمتها لورثة المقاول[69]. وإذا كان النفع الذي يعود على رب العمل من هذه النفقات والأعمال أقل من قيمتها، فإن رب العمل لا يلتزم بأن يدفع إلا بقدر النفع العائد عليه من هذه الأعمال والنفقات. كما لو كان من الضروري إعادة تنفيذ جزء مما أنجزه المقاول قبل وفاته[70]. ولكن إذا أصبح عمل المقاول غير مفيد بسبب رب العمل، كما لو غير رسوم أو خرائط العمل محل المقاولة، فإن رب العمل يلزم بأداء قيمة تلك الأعمال والنفقات لورثة المقاول بقدر ما كان يعود عليه من نفع من هذه الأعمال والنفقات، وبغض النظر عن صيرورتها غير مفيدة بسبب رب العمل. وقد اعتبر المشرع العراقي أن الأعمال والنفقات تكون نافعة في جملتها إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى. في حين أن المشرع المصري لم يقم مثل تلك القرينة.

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

---

[68] وتقابلها المادة (667) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه ((1- إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. 2- ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً. 3- .....)).

[69] د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص318 ؛ محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص256 ؛ د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الرابع، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص271.

[70] فتيحة قرة، مصدر سابق، ص266.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهنا يمكن القول أن رجوع ورثة المقاول على رب العمل بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بموت المقاول، عند تحقق شروط هذه الحالة، فلا يصلح العقد، الذي لم يبق له وجود، أن يكون أساساً لرجوع ورثة المقاول على رب العمل. وكذلك لا يمكن لورثة المقاول الرجوع بذلك على رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية، طالما ليست بالإمكان نسبة أي تقصير لجهة رب العمل. وإنما يكون أساس الرجوع هو الكسب دون سبب[71]. ولعل هذا الاتجاه يأتي منسجماً مع ما ذهب إليه كل من المشرع العراقي والمشرع المصري، في المبدأ العام للكسب دون سبب، وذلك بإلزام رب العمل بتعويض ورثة المقاول بالأقل من قيمة الأعمال المنجزة والنفقات التي صرفها المقاول لإنجاز الأعمال التي لم تتم، وقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات.

وفي المقابل، يختلف موقف القانون المدني الكويتي في شأن مقدار رجوع ورثة المقاول على رب العمل بالتعويض عن موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري. إذ تنص المادة (687) من القانون المدني الكويتي على أنه ((1- إذا انتهت المقاولة بموت المقاول استحق ورثته من المقابل بنسبة الأعمال التي تم تنفيذها وذلك دون إخلال بحقهم في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت المقاول من مواد، إذا كانت صالحة لاستعمالها في إتمام العمل. 2- ولرب

---

[71] تنظر المادة (243) من القانون المدني العراقي والمادة (179) من القانون المدني المصري.

ويذهب رأي إلى الاعتراض على تفسير عبارة (بقدر النفع الذي يعود عليه) الواردة في كل من المادة (889) من القانون المدني العراقي والمادة (667) من القانون المدني المصري بكون المشرع قد أراد منها إعمال التعويض الوارد في شأن الكسب بدون سبب، وذلك بحجة أن هذا التفسير يؤدي إلى حرمان ورثة المقاول من الكسب الذي حققه مورثهم خلال تنفيذه للعقد دون خطأ ينسب إليهم. ينظر: د. عبد الجبار ناجي، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه بكلية القانون، جامعة بغداد، 1979، ص ص196-197. مشار إليه عند: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص483. وهذا الاتجاه مردود، بالنظر إلى كونه لا يقوم على أساس قانوني سليم، لأن عقد المقاولة لم يبق له وجود، سواء أكان ذلك بحكم القانون، كما في حالة موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، أو لإنهائه بناءً على طلب رب العمل، إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. وبالتالي لا يكون رجوع ورثة المقاول على رب العمل إلا بناءً على الكسب دون سبب. ولا يجوز احتفاظ الورثة بالكسب الذي حققه مورثهم لإنجازه نسبة من العمل، لأن ذلك يحتاج إلى بقاء عقد المقاولة قائماً. ينظر: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص484.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

العمل أن يطالب بتسليم المواد الأخرى التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها مقابلاً عادلاً. 3- .....)). ويستشف من موقف القانون المدني الكويتي أن رب العمل يلزم بدفع قيمة الأعمال المنجزة لورثة المقاول، دون النفقات التي صرفها في إنجاز الأعمال التي لم تتم، وبغض النظر عن ما إذا كانت تلك الأعمال نافعة لرب العمل أم لا. وفضلاً عن ذلك، يلزم رب العمل بدفع قيمة المواد التي تخلفت في موقع العمل عند موت المقاول، ولكن يشترط في ذلك أن تكون المواد صالحة لاستخدامها في إنجاز العمل.

ويقصد بالمواد التي تخلفت في موقع العمل عند موت المقاول والتي يلتزم رب العمل بأداء قيمتها لورثة المقاول بشرط أن تكون صالحة لاستخدامها في اتمام العمل، تلك المواد التي قام المقاول بتجهيزها لإنجاز العمل[72] إلى جانب التزامه بالعمل. أما إذا كانت المواد قد قدمها رب العمل، فلا يمكن لورثة المقاول المطالبة بقيمتها وإن كانت صالحة لاستعمالها في إتمام العمل، وذلك على اعتبار أنها تعود أساساً لرب العمل.

ومما من شك فيه، أن أساس التعويض المقرر لورثة المقاول في المادة (687) من القانون المدني الكويتي، على غرار كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، هو الكسب دون سبب وليس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، ولا يقدح في ذلك أن المادة قد جاءت بتعويض مختلف عما هو مقرر في المادة (262) من القانون المدني الكويتي في سياق الإثراء دون سبب على حساب الغير في مبدئه العام، إذ أن المادة (687) من القانون المدني الكويتي تعد نصاً خاصاً يقيد المادة (262) من نفس القانون التي تعد نصاً عاماً، والنص خاص يقدم على النص العام.

ويلاحظ أن كلاً من القانون المدني الأردني[73] وقانون المعاملات المدنية العماني[74] يلزم رب العمل بأن يدفع لورثة المقاول قيمة الأعمال المنجزة والنفقات

---

[72] تنظر المادة (662) من القانون المدني الكويتي. وللمزيد من التفصيل في هذا الشأن، ينظر: د. عبد الأمير جفات كروان، الأساس القانوني لانتقال الملكية في عقد المقاولة، بحث منشور في مجلة (المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018، ص287 وما بعدها.

[73] تنص الفقرة (3) من المادة (804) من القانون المدني الأردني على أنه ((وفي كلا الحالين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقاً لشروط العقد وما يقتضيه العرف)).

[74] تنص الفقرة (3) من المادة (649) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه ((في كلتا الحالتين السابقتين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقاً لشروط العقد وما يقتضيه العرف)).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التي صرفها المقاول من أجل تنفيذ العمل وفقاً لشروط العقد ومقتضيات العرف، بغض النظر عن ما إذا كانت هذه الأعمال والنفقات نافعة لرب العمل أم لا. وأساس رجوع ورثة المقاول على رب العمل هو الكسب دون سبب، وليس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. وهذا الحكم وإن اختلف عن حكم الكسب بلا سبب في مبدئه العام في هذين القانونين[75]، إلا أنه لا يثور إشكال في هذا الشأن، إذ يصدق بشأن ذلك ما ذكرناه أعلاه في خصوص القانون المدني الكويتي.

والجدير بالذكر، أن المقاول المتوفي إذا كان هو من قدم مادة العمل، فإن هذه المادة تظل مملوكة له طوال مدة العمل، وتنتقل ملكيتها بعد وفاته إلى ورثته. والأصل أن المقاول لا يلزم بتسليم هذه المواد إلى رب العمل قبل الانتهاء من صنعها[76]، ولكن المشرع العراقي قد خرج على هذا الأصل بالنسبة لورثة المقاول، إذ أجاز لرب العمل مطالبة ورثة المقاول بالمواد التي تم إعدادها والرسوم والخرائط التي تم البدء في تنفيذها، على أن يدفع لهم في مقابلها تعويضاً عادلاً، والقضاء هو الذي يحدد مقدار هذا التعويض العادل، إن اختلف بشأنه ورثة المقاول ورب العمل. وفي هذا الصدد، تنص الفقرة (2) من المادة (889) من القانون المدني العراقي على أنه ((ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً))[77].

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

وأخيراً، لا بد أن نشير إلى أننا لم نوفق في العثور على أي قرار قضائي منشور أو غير منشور في شأن اعتبار موت المقاول حادثاً طارئاً في عقد المقاولة وإنهاء العقد على أساس ذلك، وذلك على الرغم من محاولاتنا الجادة في هذا الشأن.

---

[75] تنص الفقرة (1) من المادة (294) من القانون المدني الأردني على أنه ((من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير ما لم يقض القانون بغير ذلك)). وتقابلها الفقرة (1) من المادة (202) من قانون المعاملات المدنية العماني والتي تنص على أنه ((من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجب عليه رده إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً)).

[76] فتيحة قرة، مصدر سابق، ص267 ؛ د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص497 ؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص 285.

[77] وتقابلها الفقرة (2) من المادة (667) من القانون المدني المصري، والفقرة (2) من المادة (687) من القانون المدني الكويتي. وفي المقابل، يخلو كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني من نص مقابل لذلك.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الخاتمة

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

أولاً: الاستنتاجات:

1. إن الحادث الطارىء في عقد المقاولة في المبدأ العام له في القانون المدني العراقي هو الحادث الذي يقع بعد إبرام عقد المقاولة وقبل إتمام تنفيذه، والذي ليس في الوسع توقعه وقت التعاقد، ويؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بحيث ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد، ويخول للمحكمة أن تحكم بزيادة أجر المقاول أو بإنهاء العقد.
2. إن حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة تدخل في مفهوم الغلط في صفة جوهرية في المعقود عليه، المتمثل في غلط في تقدير كميات الأعمال المطلوب من المقاول القيام بها، أو الغلط في المصروفات المبينة بسبب مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة. وبناءً على ذلك، لا يمكن اعتبار حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة لمجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة جسيمة تطبيقاً تشريعياً للحادث الطارىء في عقد المقاولة، وذلك لعدم توافر شروط الحادث الطارىء من وجوب كون الحادث قد وقع بعد إبرام العقد، وإنما تدخل هذه الحالة ضمن نطاق الغلط في تقدير كمية الأعمال المقدرة في العقد وقت إبرامه، والذي يعد غلطاً في صفة جوهرية في المعقود عليه في عقد المقاولة.
3. إن المقصود بالضمانات في حالة موت المقاول هو كل ما يقدمه الورثة من أجل حسن تنفيذ العمل سواء قاموا بأنفسهم بتنفيذ العمل، وذلك إذا كان بينهم من يزاول نفس الحرفة التي كان يزاولها مورثهم، أو عهدوا تنفيذ العمل إلى المقاول من الباطن. ولكن ينبغي في هذه الحالة الأخيرة عدم وجود شرط مانع من ذلك في عقد المقاولة. إذ أن المهم عند رب العمل هو حسن تنفيذ العمل المعهود إلى المقاول، فلا يفرق إن قام المقاول بنفسه بتنفيذ العمل أو قام به ورثة المقاول أو عهدوا به إلى المقاول من الباطن، بالنظر إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في العقد. كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يقوم ورثة المقاول بالتنازل عن المقاولة أيضاً ما لم يكن هناك شرط في العقد يمنع من ذلك. وينبغي في هذا الفرض أن تتحقق في المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل. وبغض النظر عن ماهية الضمانات المقدمة من قبل ورثة المقاول فإن المحكمة هي التي تقرر ما إذا كانت كافية أم لا، وذلك في معرض الرد على طلب رب العمل والحكم بإنهاء عقد المقاولة أو بقائه، في ضوء كفاية الضمانات المقدمة لحسن تنفيذ العمل أو عدم

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

كفايتها. كما أن الضمانات يمكن أن تشمل أيضاً التأمينات العينية أو الشخصية التي يقدمها ورثة المقاول لحسن تنفيذ العمل، إذ يمكن لورثة المقاول تقديم رهن ضماناً لحسن تنفيذ التزامهم، سواء كان رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً. وكذلك يمكنهم تقديم كفالة شخصية أو عينية لحسن تنفيذ العمل، فلفظ الضمانات في المادة (888) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة لها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة ورد مطلقاً عن أي تقييد بنوع معين من الضمانات.

4. إن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة في حالة موت المقاول عند عدم توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل في ورثة المقاول يتمثل عموماً في الحالة التي لا يزاول فيها أحد ورثة المقاول نفس الحرفة التي يزاولها مورثهم، وكذلك الحالة التي لا يمكن فيها لورثة المقاول إبرام عقد المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة لوجود شرط في عقد المقاولة يمنع من ذلك، أو حالة عدم تقديمهم ضمانات كافية لحسن تنفيذ العمل رغم عدم وجود شرط مانع من المقاولة من الباطن أو التنازل عن المقاولة.

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

6. إن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة تعطي الحق لرب العمل في إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول في حالة عدم توافر الضمانات الكافية في ورثته لحسن تنفيذ العمل. ومفاد ذلك أن ورثة المقاول حتى وإن لم تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل فإن العقد لا ينقضي من تلقاء ذاته إذا لم يطلب رب العمل إنهاءه، وإنما يتوقف ذلك على تقديم طلب من قبل رب العمل لإنهاء العقد.

7. إن النصوص المنظمة لحالة إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول في حالة عدم توافر الضمانات الكافية في ورثة المقاول لحسن تنفيذ العمل، في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، لم تفرض على رب العمل أو المقاول إذا طلب إنهاء العقد إعذار ورثة المقاول. ومرد ذلك عدم وجود فائدة مرجوة من الإعذار، إذ لا تتوافر الضمانات الكافية في ورثة المقاول لحسن تنفيذ العمل، لذلك فلا فائدة من إعذار ورثة المقاول بوجوب تنفيذ المقاولة. وكذلك لم تلزم هذه النصوص من

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يتمسك بإنهاء العقد بوجوب أن يقدم طلبه خلال أجل معين إن أراد إنهاء عقد المقاولة بسبب تحقق موت المقاول وعدم توافر الضمانات الكافية في الورثة لحسن تنفيذ العمل. لذلك فإنه من حيث المبدأ يمكنه تقديم طلب إنهاء العقد مباشرة بعد موت المقاول أو بعد مرور فترة من الزمن على ذلك.

8. إن حالة إنهاء عقد المقاولة بسبب موت المقاول وإن عدت من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، إلا أنه يوجد اختلاف بينهما فيما يتعلق بالطرف الذي له حق التمسك بالحادث الطارىء. ففي المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة، يقتصر التمسك بالحادث الطارىء في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري على المقاول فقط. في حين أنه في حالة موت المقاول يجيز هذان القانونان لرب العمل إنهاء العقد، دون ورثة المقاول. كما أن القوانين محل الدراسة وإن اشترطت في المبدأ العام للحادث الطارىء في عقد المقاولة وجوب أن يؤدي الحادث الطارىء إلى الانهيار التام للتوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول بحيث ينعدم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد أو الحيلولة دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه، إلا أنه في حالة إنهاء عقد المقاولة بموت المقاول، والتي تعتبر من التطبيقات التشريعية للحادث الطارىء في عقد المقاولة، لم تشترط هذه القوانين تحقق ذلك.

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

10. إن رجوع ورثة المقاول على رب العمل بقيمة الأعمال والنفقات أو بقيمة النفع العائد على رب العمل نتيجة هذه الأعمال والنفقات لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية، إذ أن عقد المقاولة يكون قد انقضى بموت المقاول، عند تحقق شروط هذه الحالة، فلا يصلح العقد، الذي لم يبق له وجود، أن يكون أساساً لرجوع ورثة المقاول على رب العمل. وكذلك لا يمكن لورثة المقاول الرجوع بذلك على رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية، طالما ليست بالإمكان نسبة أي تقصير لجهة رب العمل. وإنما يكون أساس الرجوع هو الكسب دون سبب.

ثانياً: التوصيات:

1. إن نص الفقرة (1) من المادة (888) من القانون المدني العراقي والنصوص المقابلة له في القوانين محل الدراسة استخدم اصطلاح (الورثة) في الإشارة إلى الخلف العام للمقاول، في حين أن الأصوب في هذا الشأن هو تعبير (الخلف العام

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

للمقاول)، إذ أن من يخلف المقاول المتوفي في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة هو الخلف العام للمقاول، والذي يشمل، فضلاً عن ورثته، من يوصي له المقاول بجزء شائع من أمواله، إذ ينصرف أثر العقد إلى هذا الأخير، كما ينصرف إلى ورثته. وبناءً على ذلك، كان ينبغي على المشرع استخدام تعبير (الخلف العام للمقاول) في هذا الموضع. لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل عبارة (ورثة المقاول) في الفقرة (1) من المادة (888) لتحل محلها عبارة (الخلف العام للمقاول). وينطبق نفس الأمر على كل من المادة (666) من القانون المدني المصري والفقرة (2) من المادة (804) من القانون المدني الأردني والفقرة (2) من المادة (686) من القانون المدني الكويتي والفقرة (2) من المادة (649) من قانون المعاملات المدنية العماني.

2. إن حالة تحلل رب العمل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لا تدخل في نطاق انتهاء عقد المقاولة بحادث طارىء، إذ لا تعتبر هذه الحالة من التطبيقات التشريعية لانتهاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء، فنص المادة (885) من القانون المدني العراقي أو ما يقابله في القوانين المقارنة، يُعدّ نصاً عاماً يجيزّ لرب العمل إنهاء عقد المقاولة في كل الأحوال ولأي أسباب، وإن إشارة المادة (888) من القانون المدني العراقي إلى تلك المادة، لا تجعلها تطبيقاً تشريعياً لانتهاء عقد المقاولة بالحادث الطارىء والمتمثل بموت المقاول، ولا يطبق على تلك الحالة الأثر المترتب على انتهاء العقد بموت المقاول، وإنما يطبق بشأنها أثر تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة والمنصوص عليه في المادة (885) من نفس القانون. كما أن حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة موجود حتى ولو لم تشر المادة (888) من القانون المدني العراقي إلى ذلك، كما هو الحال في القانون المدني الكويتي. لذلك يبدو لنا إن موقف القانون المدني الكويتي أدق في هذا الشأن من موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري. فضلاً عن ذلك، فإن القوانين التي تجيز هذا الإنهاء، على الرغم من أنها أشارت إليه على أنه فسخ لعقد المقاولة، إلا أنه في الحقيقة ليس فسخاً لعدم وجود الإخلال بالالتزامات العقدية من جانب المقاول، وإنما هو إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة لرب العمل. وكذلك فإن رب العمل هو الذي ينهي العقد ويلتزم بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما فاته من كسب. في حين أنه في حالة فسخ العقد يكون طالب الفسخ هو من يطالب بالتعويض نتيجة للأضرار التي تلحقه من الإخلال في تنفيذ الالتزام من قبل الطرف الآخر. وكذلك لا يلتزم رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بإعذار الطرف الآخر لانعدام الفائدة المرجوة من الإعذار والتي تتمثل في حث المدين على تنفيذ الالتزام، إذ ينعدم الإخلال بالتزامات العقدية. لذلك فإنه

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

من الصواب تسمية هذه الحالة بإنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة لرب العمل. لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة (1) من المادة (888) من القانون المدني ليكون نصها كالآتي ((تنتهي المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل إنهاؤه إلا إذا لم تتوافر في الخلف العام للمقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل)).

3. لا يوجد نص في شأن تنظيم التنازل عن المقاولة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية العماني. لذلك ينبغي الرجوع في هذا الصدد إلى الأحكام العامة لحوالة الحق وحوالة الدين. ويستند القضاء في العراق إلى المادة (882) في حالة التنازل عن عقد المقاولة، مع أن نص المادة (882) من القانون المدني العراقي صريح في كون حكمه مقتصراً على حالة قيام المقاول بالمقاولة من الباطن دون التنازل عن المقاولة، وذلك لأن المقاول يبقى طرفاً في المقاولة الأصلية عندما يكل العمل إلى المقاول من الباطن لإنجازه، ولا يخرج من نطاق العقد، وهذا ما تؤكد عليه الفقرة (2) من نفس المادة، فلا تنتهي التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل، إنما يبقى ملتزماً قبله عن أعمال المقاول من الباطن. وكان من الأولى أن يسلك كل من المشرع العراقي والمصري والأردني والعماني مسلك المشرع الكويتي في تنظيم موضوع التنازل عن عقد المقاولة بنص خاص، درءاً للإشكالات والتفسيرات المتباينة بصدده. وفي هذا السياق نقترح أن يأتي النص على النحو الآتي:

((1- يجوز لكل من المقاول ورب العمل التنازل عن المقاولة، ما لم يوجد شرط في العقد يقضي بخلافه أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد. وإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته. 2- ولا يكون التنازل نافذاً في حق الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر)).

المصادر

أولاً: الكتب

1. د. جعفر الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013.
2. د. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
3. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1960.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

4. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1990.
5. د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة "البيع- الإيجار- المقاولة"، العاتك لصناع الكتاب، القاهرة، 2007.
6. د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان- بيروت، بغداد، 2016.
7. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2009.
8. د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة "المقاولة- الوكالة- الكفالة"، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013.
9. د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة "المقاولة والوكالة"، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2015.
10. فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
11. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
12. د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة أوفسيت الوسام، بغداد، 1976.
13. محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة ، 2016-2017.
14. د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الرابع، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
15. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
16. د. نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة "عقود البناء ومفاعيلها-السلامة العامة في المصاعد والمباني"، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

17. هبة غازي محمد الدباغ، الإنهاء التعسفي لعقد المقاولة "في مجال البناء والتشييد"، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، بلا مكان النشر، 2016.

ثانياً: البحوث

1. د. رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور في مجلة (المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الثالث، السنة الثامنة، 2016.
2. سهير حسن هادي، تحلل رب العمل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة، بحث منشور في مجلة (جامعة بابل للعلوم الإنسانية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الأول، المجلد الخامس والعشرون، 2017.
3. د. عبد الأمير جفات كروان، الأساس القانوني لانتقال الملكية في عقد المقاولة، بحث منشور في مجلة (المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة بابل، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018.
4. د. علاء حسين علي و د. سعد ربيع عبد الجبار و محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور في مجلة (جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية) الصادرة عن جامعة الأنبار، المجلد الأول، العدد السادس، 2012.
5. د. علي عادل محمد، العذر الطارىء في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة (الشريعة والقانون) الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس والستون، السنة الثلاثون، يناير 2016.
6. د. عماد خضير علاوي، الغلط في عقد المقاولة، بحث منشور في مجلة (كلية الحقوق) الصادرة عن جامعة النهرين، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، 2010.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية

1. بەمو پرویز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة السليمانية، 2007.
2. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية، 2008.

رابعاً: مراجع القرارات القضائية

1. النشرة القضائية الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الأول، السنة الرابعة، 1973.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2. أنور طلبة، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وخمسين عاماً، الجزء الثامن، بدون اسم الناشر ومكان وتأريخ النشر.
3. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الأول، السنة السادسة، 1975.
4. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث، السنة السادسة، 1975.
5. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة السابعة، 1976.
6. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الرابع، السنة العاشرة، 1979.
7. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في العراق، العدد الثالث،1987.
8. مروان حاجي الزيباري، المبادىء القانونية لقرارات محاكم تمييز إقليم كوردستان واستئناف منطقتي أربيل ودهوك وجنايات دهوك بصفتها التمييزية، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، 2017.

خامساً: الوقائع العراقية

العدد (3015) الصادر في (1951/9/8).

سادساً: التشريعات

1. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
3. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
4. القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.
5. اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 الصادرة بقرار وزير المالية رقم (1367) لسنة 1998.
6. قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013.
7. شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في العراق.

سابعاً: المراجع الإلكترونية

1. مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في خصوص أسباب إنهاء عقد المقاولة والتعويض عنه، القسم الثالث، المجلد الثالث. متاحة على العنوان الإلكتروني الآتي:

<http://eguptian- awkaf.blogspot.com/2009/12/blog- post-101.htm> (Last visited 14.04.2018).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2. خدر حسن محمد، فسخ عقد المقاولة في التشريع العراقي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء لإقليم كوردستان-العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من أصناف القضاة. متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
<http://www.krjc.org/uploads/khdir%20 hassan.pdf > (Last visited 22.04.2018).

پوختە:

هەندێ جار بەڵێندەر دەمرێت دوای بەستنی گرێبەستی بەڵێندەرایەتی وپێش دەستکردن بەجێبەجێکردنی یاخود دوای دەستکردن بەجێبەجێکردن و پێش تەواو بوونی، لێرەدا یاسا شارستانیەکانی هەندێ لە وواڵاتان ئەم بارەیان لەبەرچاو گرتووەو ئاسەواری دیاریکراویان لەسەر دروست کردووە، کە بەشێوەیەکی گشتی خۆی دەبینێتەوە لە توانای کۆتایی هێنان بە گرێبەستی بەڵێندەرایەتی بە هاتنەدی هەندێك مەرجی دیاریکراو.

یەکێك لە دەرئەنجامەکانی ئەم تۆژینەوەیە بریتییە لەوەی کە گەرانەوی میراتگری بەڵێندەر بۆ سەر خاوەن کارەکە بە نرخی کارەکان و خەرجیەکان یان نرخی ئەو سوودەی کە خاوەن کار بەدەستیهێناوە لە ئەنجامی ئەم کارو خەرجیانە لەسەر بنەمای بەرپرسیاریەتی گرێبەستی نیە، چونکە گرێبەستی بەڵێندەرایەتی کۆتایی هاتووە بە مردنی بەڵێندەر، کاتێك مەرجەکانی ئەم بارە هاتبێتەدی، وە ناکرێت ئەو گرێبەستەی کە بوونی نەماوە، ببێتە بنەمایەك بۆ گەرانەوەی میراتگری بەڵێندەر بۆسەر خاوەن کار. هەروەها میراتگرانی بەڵێندەر ناتوانن بگەڕێنەوە بۆ سەر خاوەن کار لەسەر بنەمای بەرپرسیاریەتی کەمتەرخەمی، چونکە ناتوانرێت هیچ کەمتەرخەمیەك بخرێتە پاڵ خاوەن کار، بەڵکو بنەمای گەرانەوە بریتییە لە بەدەستهێنان بێ هۆکار. وە پێشنیارەکانی ئەم تۆژینەوەیە خۆی دەبینێتەوە لە پێشنیاز کردنی هەمواکردنی هەندێ لە دەقی یاسا بەراوردەکان لە تۆژینەوەکە و هەروەها زیاد کردنی هەندێ دق پەیوەست بە بابەتەکانی ئەم تۆژینەوەیە.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

Legislative Applications of Emergency Incident in the Contracting (A Comparative Study to the Case of Contractor's Death)

Assistant Professor.Dr. Ali Adil Mohammed
Department of law, College of law, University of Salahaddin, Erbil, Iraq

Assistant Lecturer Payam Najmaddin Kareem
Department of law, College of law, University of Salahaddin, Erbil, Iraq

Abstract

The contractor may die after the conclusion of contracting of the contract and before commencement of its implementation or after its commencement and before the completion of its implementation, and the civil laws in several countries have taken such a situation into account and arranged certain effects represent generally in the possibility of terminating the contract in contracting by certain conditions.

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