أثر الضمانات القانونية في عقد المقاولة على إنجاز المشاريع

الباحث: عارف عبد الجليل هداد الحمامي

الدكتور حسن شبيري زنجاني

جامعة قم الحكومية ، جمهورية إيران

الملخص:

يثير موضوع المقالة والمتمثل بأثر الضمانات القانونية في عقد المقاوله إشكاليات وتسأولات يمكن التغاضي عنها والتي تتمثل ببيان أثر القانوني لهذه الضمانات، وعدم تناول المشرع لها بشكل منظم وفق نصوص قانونيه خاصة، كما ومن اشكاليات التي يثيرها موضوع البحث هو تفاوت الحلول التي تعالج اثر هذه الضمانات في القانون، عدم بيان المقصود بهذه الضمانات، بالإضافه الى اشكاليات المتقدمة الذكر، و تجيب المقالة عن سؤال: هل أن المشرع قد تناول كافه الضمانات التي يقدمها كلا طرفي عقد المقاوله أم أنه اقتصر على بيان جزء دون أخر؟

الكلمات المفتاحية: (الضمانات القانونية، عقد المقاولة، الأثر، الإنجاز).

The impact of legal guarantees in the contracting contract on the completion of projects

Researcher: Aref Abdel-Jalil Hadad Al-Hamami

Dr. Hassan Shabiri Zanjani

Qom State University, Republic of Iran

Abstracts:

The topic of the article, which is the effect of legal guarantees in the contracting contract, raises problems and questions that can be overlooked, which are represented by a statement of the legal effect of these guarantees, and the legislator's failure to deal with them in an organized manner according to special legal texts, Also, among the problems raised by the subject of the research is the disparity of solutions that address the impact of these guarantees in the law, the lack of clarification of what is meant by these guarantees, in addition to the aforementioned problems .The article answers a question: Has the legislator dealt with all the guarantees provided by both

parties to the contracting contract, or has he limited himself to stating one part and not the other?

Keywords: (legal guarantees, construction contract, impact, achievement).

المقدمة:

الدراسة الحالية، بحث بعنوان الطبيعة والآثار والحواجز القانونية والتنفيذية للضمان في الاتفاقات التعاقدية؛ في الواقع، تعتبر مسألة الضمانات في الاتفاقات التعاقدية من أهم القضايا في مجال القانون الخاص والقانون التجاري الدولي، والتي ينبغي في هذه الدراسة تناولها بشكل كامل في جميع أبعادها، ربما في الاتفاقات التعاقدية على المستوى الوطني أو الدولي. و على الصعيد الدولي، فهي قادرة على تقديم حلول لأصحاب العمل والمقاولين الإيرانيين للحد من النزاعات والنزاعات القائمة على المستوى الوطني وخاصة الدولي.

المبحث الأول:ماهية عقود المقاولة و المقاول

وقبل كل شيء، قبل التعامل مع معنى وطبيعة الضمان، يجب أولاً أن يكون لدينا تعريف موجز للعقد بشكل عام؛ في هذه المقالة، من أجل التعرف على مفهوم عقد التعاقد وتوضيحه، سوف نتعامل مع التعريف المعجمي والاصطلاحي لمصطلحات المقاول وصاحب العمل وعقد التعاقد.

المطلب الأول: تعريف العقد و المقاول و الضمان

أولاً: تعريف العقد

العقد: الفعل القانوني هو حدث تم إنشاؤه بإرادة الأفراد وتخضع آثاره القانونية أيضًا لنفس الإرادة. أي فعل قانوني ينتج عن اتفاق وصيتين أو أكثر يسمى عقدًا. من أجل إبرام عقد وتحقيق التأثير المطلوب، يلزم وجود اتفاق بين وصيتين أو أكثر. تؤلف وصيتان على الأقل أحكام العقد، ومن تصادم هاتين الوصيتين يأتي التأثير الموعود. (على العسكري ١، ٢).

من بين أنواع العقود، سنشرح اثنين منها، يبدو أنهما أكثر صلة بمناقشتنا. العقود المحددة وغير المحددة المدة: العقود المحددة هي العقود التي لها نص خاص في القانون، وقد حدد المشرع شروط إبرامها وآثارها. في هذه المجموعة من العقود، ليس من الضروري أن يتم تضمين جميع حقوق والتزامات الأطراف في المعاهدة، لأن المشرع نفسه قد فعل ذلك وما وجد أنه عادل وعرفي تم

تضمينه في العقد باعتباره تكميليًا و في بعض الأحيان قوانين إلزامية. في المقابل، ليس للعقود لأجل غير مسمى عنوان وشكل محددين في القانون، ويتم تحديد شروطها وآثارها وفقًا للقواعد العامة للعقود ومبدأ الحرية التعاقدية؛ مثل العقد.

والعقد هو مرادف لعقد أو ميثاق، والعقد يعني العهد أو العقد أو المعاهدة أو العهد. بعد ذكر التعريف، من الضروري تعريف "المقاول" و "صاحب العمل" كعنصر من عناصر العقد. (على العسكري، ١٣ نظام، ٦)

تعريف المقاول لغةً

وتعني كلمة "مقاول" الشخص الذي يلتزم بالقيام بعمل مقابل مبلغ معين من المال، ويعتبر مرادفًا لـ "عقد العمل".

تعريف المقاول اصطلاحاً

ينص تعريف مصطلح المقاول على ما يلي: أن وظيفته هي التزام بسند (بناء، هيكل وطريق أو أي إجراء يمكن تكليفه بالمقاول بطريقة ما) أو نقل البضائع بكميات كبيرة. وبعبارة أخرى، هو كيان قانوني هو، من ناحية أخرى، موقع على المعاهدة ومسؤول عن إنفاذ موضوع المعاهدة على أساس الوثائق السرية –المادة الشروط العامة للعهد–.

ينص تعريف عقد العمل، وهو مرادف للمقاول، على ما يلي: "أو الالتزام بسعر ولفترة زمنية معينة "[١].

تعريف صاحب العمل

تعني كلمة صاحب العمل صاحب العمل والشخص الذي يأمر بالعمل، على الرغم من أن صاحب العمل يمتلك كل العمل أو جزء منه، إلا أنه ليس كل صاحب عمل هو صاحب العمل. على سبيل المثال، أصحاب العمل الذين يقومون بأشياء لأنفسهم ولا يأخذون أوامر من أي شخص لا يعتبرون أرباب عمل.

على النحو التالي من التعريف أعلاه، يتم إبرام الفرق الأكثر وضوحًا بين هذه العقود وعقود التعاقد الخاصة بين الأطراف. غير قادر على تغيير محتوياته.

لا تتبع هذه العقود، في بعض الحالات، قواعد القانون المدني وتخضع لأنظمة محددة في القانون العام.

وتجدر الإشارة إلى أن التعاقد أكثر شيوعًا في عمليات البناء، مما يعني أن المقاول أكثر دراية بالبناء، وأن المقاولات بشكل عام، سواء في مجال القانون الخاص أو في مجال القانون العام، تتعلق بعمليات البناء والتشييد. عقود البناء أو عقود العمل هي أكثر أنواع العقود الحكومية اكتمالاً. يتضمن هذا عمومًا الاتفاقية وشروط العقد العامة وشروط العقد المحددة والجدول العام وقائمة الأسعار والكميات والمواصفات الفنية –المواصفات الفنية العامة والمواصفات الفنية الخاصة– والخطط التنفيذية. فيما يتعلق بتعارض الأدوات، فإن أحكام الاتفاقية لها الأسبقية على أحكام الشروط العامة للعقد، فإن أحكام الشروط العامة للعقد لها الأسبقية على أحكام المستندات التكميلية والاتفاقيات التكميلية.

في العقد العام المبرم، بالإضافة إلى أطراف العقد، أي صاحب العمل والمقاول، تشارك أطراف ثالثة أيضًا، والتي تعتبر جزءًا من الهيئة التنفيذية للعقد وفقًا للقواعد الحالية. مثل المهندس الاستشاري –شخص طبيعي أو اعتباري–، والمهندس المشرف –شخص طبيعي، وممثل عن المهندس الاستشاري،–ومدير ورشة العمل –شخص طبيعي، وممثل المقاول– ومقاول المكونات الذي قد يقوم، في ظروف معينة، ببعض من العمل.

وبغض النظر عن التعريف المعجمي والاصطلاحي للعقد والعقد الحكومي، فإن المهم في هذا الصدد هو الاعتراف بالطبيعة القانونية لهذه العقود؛ لهذا الغرض، نشير أيضًا إلى التعريفات المتوفرة في كتيب الشروط العامة والمعاهدات والقوانين المتفرقة واللوائح في هذا المجال. وسبب الرجوع إلى هذا الكتيب، وكذلك القواعد المتناثرة في مجال التعاقد، أن ما ورد في هذه الورقة هو التعاقد الحكومي. تتم دراسة هذه العقود، نظرًا لأنها ترتبط في معظم الحالات ارتباطًا مباشرًا بالحقوق والمصالح العامة للمجتمع، بشكل أساسي من منظور القانون الإداري. لذلك، في تجميع هذا المقال، تم إجراء محاولة حتى لا يتم نسيان هذا الرأي. ولهذه الغاية، استندنا في الغرض من هذه المناقشة إلى كتيب الشروط العامة للاتفاقية –الذي تمت الموافقة عليه سنويًا من قبل منظمة الإدارة والتخطيط– والقوانين واللوائح المتناثرة والمبادئ التوجيهية الموجودة في هذا المجال. ومع

ذلك، فقد تم دمج وجهة النظر هذه للقانون الإداري قدر الإمكان مع قواعد القانون الخاص.

أنواع العقود والتعاقدات من حيث الأطراف والعقود وطرق تنفيذها

يمكن أن يؤدي اختيار الطريقة الصحيحة لتنفيذ المشروع إلى تقليل تكاليف المشروع بمعدل يصل إلى (٢٪). أيضًا، يمكن أن يؤدي اختيار الطريقة الصحيحة لتنفيذ المشروع إلى تقليل وقت تنفيذ المشروع بنسبة تصل إلى (٢٪).

لكل مشروع خصائصه واحتياجاته الفريدة، ولكي ينجح المشروع، يجب مراعاة احتياجات صاحب العمل والمقاول بالإضافة إلى المسائل الفنية في اختيار طريقة التنفيذ. تنقسم أنواع عقود التعاقد إلى الفئات التالية بناءً على ما هو شائع في بلدنا:

طريقة التنفيذ الذاتي

في هذه الطريقة، يوفر صاحب العمل مرافقة وتقنياته وطرقه والعوامل الأخرى المطلوبة لتحقيق الخطة –جمع البيانات، التصميم، الشراء، البناء–. (على العسكري ٣٩٢١١ ١٠).

طريقة التصميم والبناء (عاملين)

في هذه الطريقة، يكتسب صاحب العمل خدمات التصميم والبناء والتشييد للمشروع من خلال عقد واحد مع مصمم البناء.

يتم تقليل مسؤولية صاحب العمل ومخاطره بهذه الطريقة، وتتحمل مؤسسة باني التصميم المسؤولية عن جميع خدمات التصميم والمشتريات والبناء الخاصة بالمشروع.

في هذا النظام، يتم تعظيم إمكانية التصميم والبناء السريع.

تقتصر مخاطر صاحب العمل في إطلاق المشروع على المسؤولية التي يتحملها صاحب العمل أثناء مرحلة تقديم العطاءات أو التفاوض لمنح عقد التصميم والبناء. (على عسكري، ١٣ دولة، ١٠)

الطريقة التقليدية (ثلاثة عوامل)

- في هذه الطريقة، ينفذ صاحب العمل المشروع من خلال عقود منفصلة مع المصمم أو الاستشاري والباني أو المقاول.
- في هذه الطريقة، يتم الانتهاء من التصميم أولاً، ثم يتم ترسيته على شركة مقاولات

واحدة أو أكثر من خلال مناقصة.

- في هذه الطريقة، تقع مسؤولية التنسيق وخطر نقص التنسيق بين التصميم والبناء والتكليف بالمشروع على عاتق صاحب العمل.

أنواع العقود من حيث كيفية سداد التكاليف

أولاً: جميع العقود المدفوعة

في هذا النوع من العقود، يقوم المقاول بجميع الأعمال المحددة بتكلفة محددة.

حساب مبلغ العقد: يتم احتساب المبلغ المتفق عليه حسب المعلومات التي تم الحصول عليها من التصاميم ومواصفات المشروع والجودة المتوقعة من قبل صاحب العمل والمعاينات اللازمة من مكان تنفيذ العمل.

التكلفة التقديرية الأولية: لتحقيق السعر التقديري الأولي، يجب على المقاول أن يضيف إلى حسابات التكلفة العادية، والمخاطر التي ينطوي عليها المشروع، وحالة السوق، ومقدار عبء العمل الحالي.

مدفوعات صاحب العمل للمقاول: تستند هذه المدفوعات إلى تقدير أولي للتكلفة وبغض النظر عن التكلفة الفعلية للمشروع، والتي، بالطبع، لن تتم إذا تم إجراء تغييرات أثناء المشروع بموافقة الطرفين (مزروعى، ١٣٩٢، ٦).

أنواع أسعار هذه العقود:

- **سعر ثابت**
- **سعر متغير**

طبيعة العقود

نظرة موجزة على العقد والشروط العامة للعقد تبين أن العقد بين صاحب العمل والمقاول بالتأكيد لا يمكن تطبيقه على أحد العقود المحددة المذكورة في القانون المدني. لأن تعقيد العلاقة بين أطراف العقد يمنعها من أن تكون قابلة للتبرير في شكل أحد العقود المذكورة. ومع ذلك، هناك عدد من التزامات وسلطات أطراف العقد بحيث تكون قريبة من بعض آثار وشروط بعض العقود وتشبهها، بحيث يبدو أحيانًا أن الأطراف تريد أن تكون علاقتهم متوافقة مع أحد هذه العقود. على

سبيل المثال، "قد يكون من الممكن للمقاول الالتزام بحماية ورشة العمل والممتلكات الموجودة فيها عن طريق إيداع، وسلطة صاحب العمل لتحصيل مطالباته من أصول المقاول وممتلكاته وخطابات الضمان ودفع رواتب ومطالبات العمال والمقاولين. التوكيل، والدفعات المقدمة لعقد العمل بموجب اتفاقية القرض، وضمان سداد الدفعات المقدمة وحسن أداء الالتزامات بموجب عقد الضمان والملكية. من ممتلكات عقد العمل المطلوبة لمواصلة المشروع يتم الاعتراف بها وإيداعها في الحساب، وبرر كاري عقد العمل بعقد بيع. في الوقت نفسه، يحتوي عقد العمل على أحكام وشروط وتأثيرات لا يمكن تحصيلها تحت أي عنوان بموجب عقود معينة بموجب القانون المدني ولا يوجد تشابه بين هذه الشروط والآثار المترتبة على عقود معينة. مثل: ضرورة تنفيذ العقد حسب المواصفات الفنية وبتوجيه وإشراف وتدريب الهندسة الإشرافية والإشرافية، ودفع عقد العمل بناءً على بيان الوضع المؤقت الشهري، وتعلق العمل لمدة ثلاثة أشهر، والحاجة للتسليم المؤقت للموضوع وعقد العمل واستلامه بموجب عقد العمل، ووجود فترة تسمى فترة الضمان للتحكم في الأداء الجيد للعمل، وإزالة العيوب والعيوب في العمل من قبل صاحب العمل و حساب عقد العمل، تعديل سعر الوحدة لموضوع العقد". (الرحماني، ١، ٢).

هل العقد محدد أم مختلط أم غير محدد المدة؟

الضمان

الضمان، من الناحية القانونية، هو مصطلح عام لأي نوع من الضمان وشهادة الالتزامات التعاقدية للأفراد. يمكن تحقيق هذا الضمان من خلال عقود محددة مختلفة، وخاصة الضمان وعقد الرهن، أو كشرط مستقل خلال العقد. للوهلة الأولى، قد يبدو، نظرًا للتشابه اللفظي للضمان في العقد، أن هذه المؤسسة القانونية ذات طبيعة مماثلة أو متوافقة مع عقد الضمان، ولكن في الواقع، فإن الدراسة القانونية هي في الغالب طبيعة الضمان على الأقل في بعض أنواع الضمانات، تم إدخال مؤسسة مماثلة وعقد ائتمان أو وديعة.

نظرًا لأن أموال الميزانية العمومية تُدفع نقدًا للمقاول، فإن النسبة المئوية العاشرة تُخصم لضمان الأداء الجيد للالتزامات هي في الواقع ملكية للمقاول، والتي تظل مع صاحب العمل. هذه الممتلكات ملكه طالما أن المقاول لم يخالف الالتزامات الناشئة عن العقد وغير مدين لصاحب

العمل، وفي حالة المخالفة تعود لصاحب العمل. على أساس مبدأ البراءة، فإن المبدأ هو أن المقاول لا يحيد عن التزاماته ما لم يثبت خلاف ذلك. الضريبة التي يتحملها صاحب العمل لضمان حسن أداء العمل هي طبيعة عقد الإيداع. وفقًا للمادة ٢ من القانون المدني، فإن الإيداع هو عقد يقوم بموجبه الشخص بنقل ممتلكاته إلى شخص آخر من أجل الاحتفاظ بها مجانًا.

وبالتالي، "فإن الأموال المقتطعة لضمان حسن أداء العمل هي ملكية الوديعة، وفي الواقع، ممتلكات المدعي والوصي، التي أخذها صاحب العمل من المقاول كضامن أو وصي، والمقاول لديه إعطاء ممتلكاته لصاحب العمل". (بشيري، ٣) "لأن عقد الإيداع، مثل العديد من العقود الأخرى، يمكن إدراجه كشرط من شروط العقد في العقد الرئيسي، المادة ظهرت الشروط العامة للعقد الذي يضمن إيداع الوديعة كشرط من شروط العقد. نظرًا لأنه، وفقًا للمادة (١) من القانون المدني، يُسمح بإيداع العقد، ولكن من حيث التبعية وشرط أن يكون عقدًا في العقد، فقد أصبح عقدًا ضروريًا. ما تبلور كوديعة في المادة الأولى من الشروط العامة للعقد، بالإضافة إلى كونه جزءًا مشروطًا من العقد، يستمد ضرورته من الاتفاقية، لأن الاتفاقية تعتبر العقد الأصلي والعقد اللازم. ومع ذلك، فإن هذا العقد هو عقد إيداع مشروط لأنه ينص على أن أي وديعة يتم خصمها من صاحب العمل سيتم ردها إلى المقاول إذا لم يكن المقاول مدينًا لصاحب العمل؛ سيكون صاحب العمل مسؤولاً عن الاستيلاء على الممتلكات. لذلك، من ناحية، إذا لم يكن المقاول مدينًا لصاحب العمل، فإن إعادة ضمان الأداء الجيد للمقاول من قبل صاحب العمل يعد التزامًا منفصلاً تجاهه، ومن ناحية أخرى، استلامه وحيازته من قبل صاحب العمل. صاحب العمل مشروط بدين المقاول والمقاول". (الرحماني، ١، ٢).

أنواع الضمانات (حسب أنظمة الضمان للمعاملات الحكومية)

ولأن البحث الأولي لا يتطرق إلى وجود قواعد معروفة وذات مصداقية بشأن الضمان في التعاقد الخاص، ولأن العقود الإدارية والحكومية ليس لها صفة مميزة في هذا الصدد، فيبدو أن المعيار هو الوحدة الحالية للعقد. التعاقد الحكومي، وطبيعة آثار الضمان في هذا النوع من العقود لا تشوبها شائبة، لذا فإن أنواع وآثار الضمان في هذا النوع من العقود هي كما يلي:

- ضمان العطاء (نموذج التزام)

- ضمان الوفاء بالالتزامات
- ضمان الدفع المسبق
- ضمان صنعة جيدة

ضمان المشاركة في العطاء

يتم تحديد مبلغ ضمان المشاركة في العطاء وعقود التعاقد وفقًا لموضوع وخصائص الصفقة ووفقًا لتقدير هيئة العطاء بحد أقصى خمسين بالمائة من مبلغ الصفقة المقدر.

ضمان الوفاء بالالتزامات

وفقًا للمادة (٣) من الشروط العامة، يحتفظ عقد صاحب العمل، وقت توقيع العقد، بخمسين بالمائة من مبلغ المقاول الأولي لضمان وفاء المقاول بالتزاماته.

ضمان الدفع المسبق

المبلغ المدفوع مقدمًا للخدمات المتعلقة بالدراسة والتصميم وخدمات البحث يساوي عشرين بالمائة من مبلغ الرسوم الأولية (مبلغ الرسوم التقديرية) وللخدمات المتعلقة بالبناء وفترة التسليم يساوي عشرة بالمائة من رسوم الرسوم الأولية. يتم دفعها لصالح الهيئة التنفيذية دون خصم الاستقطاعات القانونية.

ضمان صنعة جيدة

لضمان حسن أداء العمل، يتم خصم ما يعادل عشرة بالمائة من كل رسم والاحتفاظ به في حساب الوديعة. يعاد الإيداع النقدي للعمل الجيد الأداء إلى طرفي العقد مقابل ضمان لصالح الهيئة التنفيذية.

أعمال مضمونة

في السياق العام للعقد، هناك نوعان من الضمانات كعقد مشروط ملحق بالمقاول، أحدهما منصوص عليه في المادة ١ تحت عنوان " ضمان أداء التهديدات " والآخر في المادة (١) بعنوان (ضمان من الأداء الجيد). "بشكل عام، من وجهة نظر واحدة، تنقسم التزامات المقاول في العقد إلى نوعين؛ الأول هو الوفاء بالالتزامات والآخر هو الوفاء بالالتزامات.

بشكل عام، في أي ضمان، يجب مراعاة مصالح أطراف العقد، لذلك في الاتفاقات التعاقدية،

يمكن لصاحب العمل والمقاول أيضًا الاستفادة أو الخسارة من الضمانات الواردة في العقد". (شاهه بيگيان ١٣٨٩٩٣٣)

ضمان إنفاذ مخالفات صاحب العمل

أ) إلغاء بعض الالتزامات من قبل المقاول.

ب) طلب إنهاء العقد.

ج) مطالبات التعويضات الناتجة عن التأخير وإساءة استعمال السلطة والقرارات والأمور غير المتوقعة.

أثر ضمان النسبة للمقاول

الضمانات الواردة في العقد بشكل عام على أداء المقاول قبل العقد وأثناءه وبعده.

ضمانات المشاركة في العطاء والدفع المسبق من المقاول قبل بدء مرحلة تنفيذ العقد، ولكن يتم الحصول من المقاول على ضمانات للوفاء بالالتزامات والأداء الجيد في بداية العقد. ساري المفعول بعد انتهاء العقد". (النحر في ٣٥ ٣٥).

أثر العقد الإلزامي على المقاول

أ) "الالتزام بأداء الإجراء وإتمام الإجراء الملتزم به: بما في ذلك الأداء الشخصي للعقد، وعدم التنازل عن العقد لآخر، وتنفيذ العقد وفقًا لشروط العقد، والأداء بحسن النية ودون تأخير، تجنب أوجه القصور والأخطاء، بالطبع. تسهيل وتسريع تنفيذ أجزاء من العقد، والدخول في اتفاقيات مع أفراد أو مقاولين، وفي مثل هذه الاتفاقات، وفقًا للمادة الشروط العامة للعقد، يجب أن يُذكر أنه في هذه الحالة في حالة وجود نزاع بين المقاول الرئيسي وممثل المقاول، يجب أن تنظر هيئة الرقابة في النزاع وأي قرار تتخذه يجب أن يكون نهائيًا وغير مرفوض". (النحر ١٣٨٦، ٤٥).

ب) "تسليم العمل بعد العملية: يجب أن يكون العمل وفق قواعد العقد وبدون عيوب ومراعاة. يجب تسليم النقاط الفنية لأن الغرض من إبرام العقد هو تحقيق المنتج الكامل للعقد.

ج) ضمان ما بعد الأداء: بالنسبة لهذا العمل، يتم الحصول على خطابات الضمان من المقاول، والتي تشمل ضمان الوفاء بالالتزامات وضمان حسن أداء العمل. على سبيل المثال، في عقود البناء بموجب المادتين (١ و ٤) من الشروط العامة للعقد، يجب أن تكون الضمانات في شكل

ضمان بنكي أو نقدي، بما يعادل خمسين بالمائة من مبلغ العقد الأولي، ويجب أن يكون هذا الضمان ساريًا حتى تاريخ التسليم المؤقت. في العقود الإدارية، يجوز مخالفة شرط العقوبة، مما يعني أنه في حالة التأخير في تنفيذ العقد أو الإخلال بالعقد، يدفع الملتزم تعويضات بموجب الاتفاقية السابقة. ولا يجوز للحاكم أن يحكم عليه إلى أكثر أو أقل مما هو مطلوب". (أحكام المادة ٥ من القانون المدني)

مخالفة المقاول للضمان

(أ) في حالة عدم الأداء أو عدم الأداء، يتم تنفيذ إجراءات الإنفاذ ضد بعض الأطراف المتعاقدة في شكل أداء ضمان العقد من قبل المكتب أو طرف ثالث دون إنهاء العقد وأداء الالتزامات في حالة جيدة. الاسم ونيابة عن المقاول.

ب) ضمان الإنهاء بسبب مخالفة عقود الشراء والإنشاء.

ج) استخدام ضمان خطاب بنكي.

د) حجز وحيازة أملاك المقاول في الورشة.

إشغال الورشة في عقود المقاولات.

هـ) كفالة تنفيذ الغرامة من وقت إدراجها عليها.

المطلب الثاني: أنواع الضمانات المصرفية

في هذا القسم، نحاول استخدام فئات مختلفة لتحديد وإحاطة هذه المؤسسة الجديدة ووصفها وفقًا لذلك. الجملة من حيث القدرة أو عدم القدرة على تمديد فترة الصلاحية للمطالبة بالأموال (خطاب ضمان قابل للتجديد وغير قابل للتجديد) هي قسم آخر من حيث الجودة وجودة طلب ضمان المال (المشروط وغير المشروط) من حيث القدرة و القدرة. إنهاء عمرها (قابلة للإلغاء وغير قابلة للإلغاء) من حيث قابلية نقل الحقوق التعاقدية (القابلة للتحويل وغير القابلة للتحويل)، ومن حيث نوع الضمان الوارد فيها (المشاركة في المناقصات والمزايدات، عملية الدفع، الإحساس بالعمل المنجز واسترداد وديعة الضمان، المعاملة بالمثل، ائتمانات الضمان، سنقوم الآن بوصف كل قسم من هذه الأقسام:

(أ) خطاب الضمان القابل للتجديد هو خطاب ضمان يمكن، بناءً على طلب المستفيد، تمديده

لفترة بعد انتهاء صلاحيته.

"في بعض التعريفات، فإن إمكانية التجديد تقتصر على خطابات الضمان، والتي تشمل أحكامها هذه السلطة للمستفيد (أعلاه Avasian، Aida). لها طبيعة التمديد، مما يعني أنه إذا كان مبلغ خطاب الضمان لا يطلب الضمان من قبل صاحب المصلحة عند استحقاقه، يقوم البنك بتجديده تلقائيًا للمدة المحددة في خطاب الضمان " (المسعودي، ١، ٢).

"ضمان غير قابل للتجديد عند الاستحقاق، لذلك عند استحقاق خطاب الضمان، يجب على المستفيد تقديم مطالبة؛ وإلا فإن الضمان سيكون باطلاً. في حالة تقديم الطلب، يعتبر الضمان الوارد في الخطاب أن جميع المتطلبات قابلة للتجديد" (المسعودي، ٧، ٢)

ب) مشروط وعند الطلب: يجب مراعاة الشروط الخاصة. تقل احتمالية لجوء البنوك من الناحية العملية إلى خطابات الضمان المشروطة؛ لأنهم غير مهتمين بالدخول في نزاع حول التشخيص وإثبات استيفاء شرط التبرع بالمال. في هذه الميزة، تجد خطابات الضمان مفهومًا مشابهًا للاعتمادات السهلة؛ لأن دفع الضمان يعتمد على الاستشهاد بمستندات لا تستوفي شروط الضمان ذلك، فسوف يتسبب ذلك في تحميل البنك المسؤولية.

لكن السؤال المعقول، الذي يبدو أن الإجابة عليه مفيدة، هو أنه في حالة خطابات الضمان غير المشروطة، هل يكفي المطالبة بالمال للمستفيد للحصول على المال؟ الجواب على الإجراءات القضائية بالنفي، بناءً على تصويت الإلحاح رقم ١ بتاريخ ٣/٤/٣ من الجمعية العمومية للمحكمة العليا. بالطبع، يمكن انتقاد موقف الاجتهاد القضائي بشأن هذه المسألة (ينص على أن المدعي المصاحب يجب أن يعلن فشلًا جوهريًا) لأن طلب خطاب الضمان غير المشروط ينطوي على إعلان انتهاك.

ج) قابلة للإلغاء وغير قابلة للإلغاء: في حالة خطابات الضمان القابلة للإلغاء، هناك نقطة مخفية يتم تناولها. وبالتالي، فإن حق الإنهاء ينتمي إلى الموضوع، ولكن لا يمكن التذرع بالإنهاء ضد الموضوع، لأن العلاقات الداخلية للضامن وموضوع القانون لا يمكن أن تضر بحقوق الأطراف الثالثة.

(د) قابلية نقل الحقوق التعاقدية وعدم قابلية النقل: تنص المادة ٥ من قواعد ضمان المطالبات

الموحدة التي اعتمدتها غرفة التجارة الدولية على ما يلي: تم النص بوضوح في خطاب الضمان أو تعديله، ومع ذلك، لا تحتوي هذه المادة على التأثير على حق المستفيد في تحويل ما تم استلامه نتيجة الضمان المستحق له. (سلة المهملات، ١٣٩٣، ١٤)

الفرع الأول: أنواع الضمانات المصرفية من وجهة نظر موضوعية

أ) ضمان المشاركة في العطاء \ المزاد

"عادة، عند شراء السلع وتنفيذ المشاريع، أو في حالة بيع البضائع على المستويات الدولية، وخاصة في القطاعين العام والعام، يتعين على المنظمات والهيئات ذات الصلة الإعلان عن الترتيب من خلال الصحافة ووسائل الإعلام حتى يتمكن مقدمو العروض من جعل افضل عرض شارك فى المناقصات او المزادات. يجب على مقدمي العطاءات الإشارة إلى مدى جدية نيتهم في المشاركة من خلال تقديم ضمان ومواصفات فنية وعروض أسعار، بالإضافة إلى الإشارة إلى أنهم لا ينوون الانسحاب من إجراءات المزايدة قبل اكتمالها أو في حالة فوزهم بالمزايدة أو يوقعون على عقد لاحق بالمزاد". (ساري خاني، ١٣٩٠، ١٥)

ب) ضمان حسن الأداء / الالتزامات

بحكم طبيعته، يمكن معادلة ضمان حسن الصنعة بالاعتماد المستندي. مثلما يغطي خطاب الاعتماد الدفعة التي قام بها المشتري إذا كان البائع يؤدي أداءً صحيحًا وفقًا لشروط خطاب الاعتماد، فإن ضمان الأداء الجيد يغطي أيضًا السداد الذي قام به المستورد أو صاحب العمل إذا فشل المصدر أو المقاول في ذلك القيام بذلك، أو يضمن التشغيل الكامل والسليم.

"مقدار ضمان الأداء هو نسبة مئوية من مبلغ العقد ويتم تحديد مبلغه والإعلان عنه بناءً على اتفاق الطرفين، والذي يتراوح عادة بين ٢ و ٦ بالمائة، ولكن اعتمادًا على شروط العقد، يمكن أن تكون النسبة زيادة". (ساري خاني، ١٣٩٠، ١٥)

ج) ضمان مسبق الدفع

في معظم العقود الأساسية، يتفق المُصدر أو المقاول مع صاحب العمل أو المشتري على استلام نسبة مئوية من قيمة العقد، والتي عادة ما تكون بين ٤٪ و ٦٪، لأن طرف العقد يحتاج إلى استلام السلفة من أجل الحصول على الموارد المالية اللازمة. تقديم الدعم الأولي للوفاء

بالتزاماتها أو العقد. من ناحية أخرى، يحتاج المستورد أو صاحب العمل إلى ضمان من أجل دفع هذا المبلغ، والذي يتم تأمينه من خلال تقديم ضمان مدفوع مسبقًا.

د) ضمان خطاب استرداد الضمان

"عادة ما يتم سداد المدفوعات كدفعات وسيطة، ويتم سداد هذه المدفوعات عندما يؤكد مهندس المشروع أن جزءًا من المشروع قد اكتمل أو تمت الموافقة على اختبار مرحلة التثبيت للمرحلة المقترحة. تتيح هذه المدفوعات المتوسطة للمقاول الحصول على السيولة اللازمة خلال مدة تشغيل المشروع، ومن ناحية أخرى، يحتفظ صاحب العمل بنسبة من هذه المدفوعات، والتي تتراوح بين ١ و ٥٪، حسب حجم المشروع. أخيرًا، بعد الانتهاء من المشروع وبعد التأكد من حسن تنفيذ العمل وأداء العملية ذات الصلة، يتم تحرير المبلغ المخصوم لصالح المقاول. غالبًا ما يتفق أرباب العمل والمقاولون على أن المبلغ المقتطع، المعروف بضمان الوديعة، سيتم إعفاؤه إلى المقاول لصالح المقاول، شريطة إصدار ضمان مقابل ضمان بموجب ضمان استرداد الضامن. يمكن المطالبة بضمان الاسترداد إذا فشل المقاول في الوفاء بالتزامه بإكمال المشروع". (ساري خاني، ١٣٩٣، ١٦)

هـ) ضمان الرسالة الجمركية

هذا النوع من الضمان عندما يطلب طالب الضمان حضور معرض دولي في دولة أخرى، أو عندما يتطلب المشروع استيراد مؤقت لمعدات خاصة، بحيث لا يدفع مقدم الطلب الضمان الجمركي. طلب إصدار هذا النوع الضمان لصالح جمارك البلد المضيف. جمارك الدولة المعنية، إذا كانت البضاعة المعنية قد يتطلب عدم مغادرة البلاد في غضون الوقت المحدد أو دفع الرسوم الجمركية والضرائب تقديم الضمان المعني.

ي) ضمان الالتزام المدفوع

"إصدار ضمان لتغطية العديد من بنود الالتزام المدفوع، على سبيل المثال فيما يتعلق بضمان عقد البيع أو اتفاقية الإيجار أو العقد المركب أو القرض أو السند أو أي التزام مالي آخر. في السنوات الأخيرة، زاد الطلب على خطابات الاعتماد لتحل محل خطابات الاعتماد بشكل كبير، والفرق بين الأداتين هو أن التسوية والدفع بموجب خطابات الاعتماد العادية تتم عندما تفي

الأطراف الأخرى في خطاب الاعتماد بالتزاماتها في حين أن المستفيد قد دفع الضمان، يجب على المدين أولاً استلام المال من المشتري أو المدين الأصلي، وإذا فشل المشتري في السداد، يمكن للمستفيد التقدم إلى البنك للمطالبة بالضمان". (ساري خاني، ١٣٩٠، ١٦)

ج) ضمانات أخرى

"يمكن استخدام الضمانات المصرفية لتغطية العديد من أنواع المخاطر الأخرى الموجودة في المعاملات التجارية والدولية. ويمكن اعتبار الضمانات القضائية التي من أهمها (ضمان التنازل عن حجز السفن) من هذه المجموعة". (العفة ١٣٨٩، ٨٤).

أ.نص الضمان

في كثير من الحالات، عندما يتقدم مقدم الطلب إلى ضامن للحصول على ضمان، فإنه يواجه نصوصًا مرتبة مسبقًا يتم توفيرها للعملاء لأنواع معينة من الضمانات، مثل تقديم العطاءات والأداء والدفع. هذا النقص في المرونة وعدم تغيير النصوص واضح بشكل خاص في حالة ضمانات الريال. ومع ذلك، إذا قدم العميل، لأي سبب من الأسباب، نصًا بخلاف النصوص المحددة المقدمة للإصدار إلى الضامن، أو حتى طلب تصحيحًا بسيطًا في نفس النصوص المحددة، فمن المرجح أن يواجه ردًا سلبيًا من الضامن أو مجموعة متنوعة من الصعوبات في قبول التغييرات. والسبب في ذلك، قبل كل شيء، هو وجهة نظر غير الخبراء وتشتت الأنشطة المتعلقة بالضمان بين الأنشطة الأخرى غير ذات الصلة. على الرغم من أن الضمان، مثل جميع الالتزامات والأدوات المالية الأخرى، له إطار محدد وقانوني، فإن هذا لا يعني أن التغييرات غير ممكنة في هذا الإطار. مع مراعاة الإطار القانوني، من الممكن إجراء التغييرات اللازمة وفقًا للطلب من أطراف الضمان.

لكن ما هي هذه الأطر القانونية؟ يجب أن يحتوي نص الضمان، أولاً، على العناصر الضرورية، وثانيًا، يجب مراعاة خصائص الضمان المستقل عند تحديد شروطه. تعتبر العناصر الأساسية إيجابية في طبيعتها وميزات الضمان سلبية في طبيعتها. بمعنى آخر، يجب أن تكون عناصر الضمان موجودة في النص ولا يمكن حتى إزالة أي منها بأي حال من الأحوال، ولكن

ميزات الضمان مثل الخطوط الحمراء التي لا يجب تضمين أي مصطلحات أو عبارات متناقضة في نص الضمان. باختصار، العناصر الضرورية للضمان هي:

١- الضامن

٢- المستفيد

٣- مقدم الطلب / الضمان

٤- الاستحقاق

٥- مبلغ العملة

ونوعها:

١- العلاقة الأساسية

٢- - شرط الدفع

٣- تاريخ السداد

إصدار الضمان السمات الأساسية للضمان عند الطلب هي كما يلي:

١. الاستقلال عن العلاقة الأساسية

٢. طبيعة الطلب

٣. طبيعة المستندات غير قابلة للتداول.

من خلال مراعاة الشروط والخصائص الضمان، يمكن أن يكون لنصه شروط مختلفة يتم تعديلها وفقًا لاحتياجات الأطراف ووفقًا للعلاقة الأساسية. يُعد إجبار المتقدمين لقبول النصوص الثابتة وغير القابلة للتغيير عقبة مهمة تضع قيودًا غير ضرورية على استخدام هذه الأداة وتضر بشدة بمرونتها.

هناك العديد من الشروط الاختيارية التي يمكن تضمينها في نص الضمان إذا طلب مقدم الطلب ذلك. لتوضيح الموضوع سنذكر بعض الأمثلة. يجب أن تصدر جميع الضمانات بآجال استحقاق محددة، ولكن هذا الاستحقاق يمكن أن يكون متجددًا أو غير قابل للتجديد. إذا كان من الممكن تمديد استحقاق ضمان التجديد، فيمكن أن يتخذ عدة أشكال. أبسط نوع هو إمكانية التجديد غير المحدود بناءً على طلب المستفيد، وهو أمر غير موصى به لاحتمال إساءة استخدامه، ولكنه أيضًا

لا يمنعهم جميعًا، ويمكن تمديد العديد من الضمانات إلى أجل غير مسمى مع هذا الشرط. أو قد يكون من الممكن تمديد الضمان حتى تاريخ معين فقط أو من خلال تقديم مستندات خاصة. شرط اختياري آخر يمكن تضمينه في نص الضمانات هو شرط تخفيض المبلغ. يمكن أن يتخذ هذا الشرط أيضًا أشكالًا عديدة: من أبسط شكل، والذي يكون ممكنًا فقط بناءً على طلب كتابي من المستفيد، إلى تقليل مبلغ الضمان المشروط إلى تقديم مستندات محددة أو تحديده في تواريخ التقويم. الأمثلة المذكورة تظهر فقط جوانب محدودة للغاية من مرونة نص الضمانات المستقلة. باختصار، يجب على الضامن فقط السماح للأطراف بإجراء أي تغييرات على نص الضمان من خلال وضع معيارين وخصائص أساسية، بالإضافة إلى تجنب درجة تضارب الظروف. نص الضمان يشبه الثوب لتغطية مخاطر العلاقة الأساسية، ويجب أن يخضع هذا الثوب لأي تعديل ومرونة وفقًا لذلك.

المبحث الثاني: أثر الضمانات القانونية على إنجاز الإعمال

اوجب القانون على المتعاقدين ان يقوما بأداء ما التزما به وحسب العقد ومضمونه وهذا مقتضي القاعدة العامة العقد شريعه المتعاقدين[٢] و اساس هذا اللزوم هو الآيه الكريمه قوله تعالي: "أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنوا أوْفوا بِا لعُقُودِ"[٣] بصورة عامة "أذا أنعقد العقد وكان قد استوفي أركانه الثلاثه وشروطه ترتب عليه أر تتمثل بألتزامات بذمه اطرافه كون العقد افاد حكمه. فلا يمكن ان يتحلل الاطراف من هذه الالتزامات أو تعديلها ألا بموجب الاتفاق بين طرفي العقد ووفق القانون."[٤]

"فلعقد المقاوله ارتترتب في ذمه عاقديه. كون المقاوله من العقود الملزمه لجانبين. فالجانب الاول تتمثل بألتزامات تلقي على عاتق المقاول (يصنع شيئ او يؤدى عملا). وقد تناول القانون المدني العراقي هذه الآثار في المواد(٨٦٥) الى (٨٨١) والتي تتمثل بالتزامات المقاول"[٥]

"أن الالتزام الرئيسى الذى يقع على المقاول هو الالتزام بأنجاز الشيء بالطريقة الذى أتفق بها مع رب العمل"[٦] "وتشكل المواصفات الفنية العامة جزاءا كبيرا ومهم من هذا الاتفاق. لذا يجب أن يكون الاتفاق متضمن تفاصيل ومواصفات العمل المطلوب تنفيذه".[٧] "مع الاشاره الى من يضع هذه المواصفات يجب أن يكون ملما بأعداد هذه التفاصيل ولا مشكله في جدول الكميات فقد تكون تخمينيه".[٨]

"وصلب هذا الالتزام يتضمن عده واجبات على المقاول القيام بها أتجاه رب العمل. فالاخلال بهذه الواجبات يرتب القانون الجزاء على المقاول نتيجه هذا الاخلال. فالمهنه على المشتغل بها حق الاتقان. فمن يعمل لأجل كسب لقمه العيش وبين من يعمل بدافعين بعمن داخله لحبه هذه المهنه فيقوم بها على وجه الاحتراف والاتقان وهذا فارق كبير فالاستعداد الشخصى والمهاره الذاتيه تلعب دورا في التغلب على المصاعب الفنية لاجل الوصولالى الاحتراف وانجاز العمل بحسب ما تقتضيه اصول المهنه والاتفاق".[٩]

المطلب الاول: الواجبات التي يتضمنها أنجاز العمل

"كى يتمكن المقاول القيام بالتزامه لأنجاز العمل المتفق عليه مع رب العمل يتحتم عليه أن ينفذه بالطريقة الواجبه – بل يجب عليه أيضا أن يبذل في سبيل هذا الاداء العناية اللازمة. ومن غير المناسب ان يبذل المقاول عناية الشخص المعتاد بل عليه ببذل اكبر عناية ممكنه لأنه يبقي مسؤولا لحين انجاز العمل المطلوب"[١٠] . بغض النظر عن المادة المستخدمه في تنفذ ها العمل أى سواء كانت مادة العمل قدمها المقاول أو قدمها رب العمل. وكذلك يجب عليه ان يكمل العمل المطلوب منه محل المقاوله في المدة المتفق عليها وفي حال عدم الاتفاق عليها فيجب ان تكون مناسبه.

الفرع الاول: الطريقة الواجبة في الانجاز

"يلتزم المقاول بأن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها مع رب العمل أستنادا عقد المقاوله وطبقا للشروط التي وردت في بنود العقد. وحسب دفتر الشروط الوارده في مقاولات التشييد أذا وجد هذا الدفتر – واذا لم يكن هنالك شروط متفق عليها وجب أتباع العرف وبخاصة أصول الصناعه والفن تبعا للعمل الذى يقوم به المقاول"[١١] فالأعمال التي تصح ان تكون محلاً للمقاوله أصولا خاصة بها تختلف عن الاخرى. فيجب على المقاول أثناء تنفيذ العمل المطلوب أن يراعى هذه الاصول الخاصة بالصناعه "– فأذا كان نص الاتفاق بين المقاول ورب العمل على سمك جدران الطابق الاول والتي تشييد بالحجر (٣٠) سم. فعلى المقاول التقيد بذلك تحديدا. ولا يجوز لهبناء بسمك أقل – واذا لم يتضمن العقد الى الامور التفصيليه. فيجب على المقاول الالتزام بالأصول الفنية – كمراعاة الاستقامه في بناء الجدران – وان لم يشترط في متن عقد المقاوله صراحه. لان حكم العقد

لا يقتصر على الزام المتعاقد بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيه فحسب. يتناول بالأضافه الى ذلك ما هو من مستلزماته وفقا للعداله والعرف والقانون وبحسب طبيعه الالتزام".[١٢] "ونلاحظ أن التطور الهندسى يخلق انواعا من الروابط ما كانت بهذا التعقيد الذى نشهده اليوم. لذلك نلتمس أحتمالات الاضرار بين الافراد بشكل لا يستهان به وهذا ما يدعو الحاجه الماسه الى تطبيق مبدأ حسن النيه. بل جاء هذا المبدأ غايه من غا ت القانون والذى يتمثل بدرء الاضرار بين الروابط العقديه"[١٣].

"فعندما يخالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تمليها أصول الصنعه وعرفها واثبت ذلك رب العمل. يعتبر المقاول مخلا بالتزاماته ويوجب عليه الجزاء – ودون الحاجه لان يثبت رب العمل خطا من جانب المقاول – لان مخالفه هذه الشروط هى ذا اخطأ".[١٤]

"ومن الجدير بالذكر أن أتجاه المشرع العراقي في نص المادة (١٥٠) ضمن القواعد العامه. كان أكثر دقه من النص عليها ضمن التزامات المقاول كما وردت في التشريع الكويتي ضمن المادة (٦٦٦)"[١٥] – "ومن التطبيقات القضائيه – ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها (تعتبر الشروط العامة والخاصة جزءا من عقد المقاوله يجب تنفيذها. أما العمل الاضافي فهو لا يتناوله عقد المقاوله أبتداءاً. وانما يتناوله المتعاقدان بأتفاق لاحق عليها"[١٦]. كذلك ماقررته محكمة التمييزالعراقية:

"الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاوله يكمل بعضها بعضا وكلها ملزمه للطرفين"[١٧]

وعليه يجب أن نؤكد في حاله مخالفه المقاول الشروط المتفق عليها. أو لم ينفذ العمل المطلوب وفق الاصول الفنية يعتبر مخلا بالتزاماته. وعند أثبات ذلك من جانب رب العمل يعتبر المقاول قد أرتكب خطأ بتا يوجب المسؤولية العقديه. فلا يستطيع المقاول التخلص من هذه المسؤولية الا بأثبات ان اخلاله يعود الى سبب اجنبي (القوة القاهرة، أو خطأ رب العمل نفسه، فعل الغير).

١. "أذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب"[١٨] أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل الى الطريقة الصحيحه خلال أجل مناسب يحدد له. فأذا انقضي الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحه – اتاح القانون لرب العمل أن يطلب أما فسخ العقد. واما أن يعهد بالعمل الى مقاول أخر على نفقه المقاول

متى كانت طبيعه العمل تسمح بذلك. ويجوز فسخ العقد في الحال أذا كان الاصلاح ما في طريقة التنفيذ من العيب مستحيلاً.

٢. "على ان العيب في طريقة التنفيذ أذا لم يكن من شانه أن يقلل الى حد كبير من قيمه العمل او من صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد".[١٩]

واشاره الى الفقره الاولى من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقي التفريق بين ا – ر امكان اصلاح طريقة التنفيذ المعيب كونه ممكنا وكون طريقة الاصلاح المعيب مستحيلا. وهذا ماسوف نتكلم عنه وفق:

أولا: "حالة كون اصلاح العيب في طريقة التنفيذ ممكنا"[٢٠]

"ويتجسد ذلك في حاله ان المقاول يحضر البناء لاساس الدارعلى عمق أقل مما ينبغى أو يبدأ الحائك بصنع الثوب على خلاف ما اشترطه مع رب العمل – فأذا أدرك رب العمل خطأ المقاول – وكانت الظروف تدل على خطأه وأهماله، فالرب العمل التدخل وتنبيه المقاول – عن طريق الانذار بأزاله المخالفه. فأذا كان العمل في بدا ته والطلب منه بضرورة أتباع الطريقة الصحيحه – على أن يحدد رب العمل أجلا مناسبا كى يتمكن المقاول من اصلاح ما ظهر من عيب في العمل دون ان ينتظر أنجاز العمل على وجه معيب او مناف للعقد ودون أن يتنظر موعد أنجاز العمل – فالمقاول لم يقطع سوى مرحله قصيره في التنفيذ المعيب. بحيث أن العوده الى التنفيذ الصحيح لا يكلف الا نفقات قليله فليس من الضرورى الخروج على القوة الملزمه للعقد أبتداءا – بل يجب أن يوجه رب العمل أعذار"[٢١] الى المقاول لتلافي العيب في التنفيذ – "أما أذا أستمر المقاول في التنفيذ المعيب وثبت تعمدة – أجاز القانون لرب العمل أنهاء الرابطه العقديه"[٢٢] ومن التطبيقات القضائيه لهذه الحالة ما قضت به محكمة التمييزالعراقية في قرار لها :

"أذا ظهر لرب العمل ان المقاول قد قام بالعمل على وجه مناف للعقد – فله أن ينذره بأن يعدل الى الطريقة الصحيحه خلال أجل مناسب، فأذا انقضي الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحه – جاز لرب العمل فسخ العقد. أن يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقه المقاول أولا (٨٦٩) مدني"[٢٣]، بالاضافه الى احكام المادتين (٠٥٢)،(٨٦٩) من القانون المدني العراقي المتعلقه بجواز احاله العمل الى مقاول أخر.

ثانيا: حالة كون اصلاح العيب في طريقة التنفيذ مستحيلا

وتكون هذه الحالة عندما يوشك المقاول على انهاء العمل. كحاله (النجار) الذى صنعأ بشكل مخالف تماما لشروط العقد. ولم يلاحظ رب العمل ذلك ألاحين تغليف الاثاث بالقماش أو اوشك على صبغه. فيستحيل على المقاول أصلاح العمل المعيب. وانما يتحتم على المقاول صناعه (خشب وتصميم وتقطيع جديد) طبقا للشكل والمواصفات المتفق عليها. مع مراعاة أنه يكون لرب العمل منذ البدايه ملاحظه ذلك فيكون له الحق في أن يطلب من القضاء فسخ العقد "وحسب المادة ٩٦٨ من القانون المني العراقي. وذلك لمخالفه المقاول الشروط المتفق عليها دون الحاجه الى قيام رب العمل تنبيه المقاول بأنذاره وامهاله مدة للرجوع الى الطريقة الصحيحه، لان رب العمل أنما يلتزم بذلك لغرض أصلاح العيب الممكن أصلاحه – وعليه فلا توجد فائده من أعطاء مدة في حاله أستحاله اصلاح التنفيذ المعيب – وحتى ان أقامه دعوى الفسخ لايعني مطلقا الحكم بالفسخ"[٢٤] . فطلب رب العمل بالفسخ في حاله أستحاله التنفيذ المعيب خاضع لسلطه المحكمة التقديريه في تقدير كون العيب يمكن تداركه من قبل المقاول – بالأضافه الى ذلك ان القانون نفسه قيد سلطه المحكمة في الحكم بالفسخ.

"فلا يجوز فسخ العقد أذا لم يكن التنفيذ المعيب من شأنه أن يقلل من قيمه العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود منه"[٢٥] .

وفي هذه الحالة يكون المقاول ملزما بأصلاح العيب والرجوع الى التنفيذ الصحيح – وعنده أمتناع المقاول يتم اصلاح العمل على نفقته. وحسب ما نصت المادة (٤٠) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنيه.

"ومن التطبيقات القضائيه ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها (لرب العمل رفض البناء المخالف للمواصفات الفنية والخرائط المنظمه دون ان يتحمل عنه مادام قد اشترط ذلك في عقد المقاوله. وايد الخبراء تلك المخالفه"[٢٦] واخيرا يمكن القول: "أنه على المقاول أن يلتزم بتنفيذ العمل المتفق عليه طبقا للشروط الصريحة أو الضمنية. وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النيه في تنفيذ العقد. فالانجاز غايه وعدم تحققها يعد أخلالا. لذا يمكن القانون رب العمل في هذه الحالة بأجراءات تحد من تنفيذ المقاول تنفيذا معيبا كونه حاد عن المسلك الصحيح"[٢٧] .

الفرع الثاني: عدم التاخير في الانجاز

"ان أهم ما يقع على عاتق المقاول بالتزام الرئيسى مسؤولية انجاز العمل هو عدم التأخير. فهو من اهم الواجبات. فيجب على المقاول مسؤولية انجاز مالتزم به استنادا الى عقد المقاوله وبالمدة المتفق عليها مع رب العمل. واذا لم تحدد المدة. فيجب انجاز العمل في المدة المعقوله التي يراعي في تحديد هذه المدة طبيعه العمل المطلوب ومقدار وما يقتضيه من دقه. وحسب ما يعرفه رب العمل من مقدره وامكانات المقاول ومسؤولية المقاول مصدرها من ان التنفيذ اذا لم يتم في الوقت المحدد. فلا فائدة منه بعد ذلك. وهذا يمكن ان يكون (تخلف العوض المطلوب) لان العوض في هذه الحالة ليس فقط تسليم شيء معين. اذ أنه غير ممكن تجاهل قيمه الوقت كعنصر أقتصادى في مجال عقود المعاوضات"[٢٨].

فأنجاز العمل بعد المدة المتفق عليها يكون المقاول مسؤولا عن التاخير حتى لوكانت المدة المتفق عليها غير كافيه لأتمام العمل الذى تعهد به المقاول. لان قبوله بالمدة المتفق عليها كان بأرادته. وعليه تحمل نتائج خطئه. لان المقاول التوم بانجاز العمل المتفق عليه في المدة المعقوله فهو التزام بتحقق غايه وليس بذل عناية.

"فلا يستطيع المقاول التخلص من المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي (كالقوة القاهرة – الحادث الفجائى). ولكن يمكن لرب العمل ان يتفق مع المقاول على تشديد المسؤولية فيتحمل تبعه الهلاك غير المتوقع او القوة القاهرة وعلى عكس ذلك يمكن الاتفاق عي الاعفاء من المسؤولية ويستثنى منها حاله الغش والخطأ الجسيم"[٢٩].

"للان المدة لا تقدر جزافا بل تراعي فيها طبيعه وحجم العمل ومواصفاته وما يتوجبه منبذل العناية والدقه المطلوبهوحسب امكانيات المقاول"[٣٠].

"اما اذا كان السبب راجعا لخطأ رب العمل، فأن خير رب العمل في تقديم المواد المتفق عليها. وكان ذلك سببا لتأخر المقاول في الانجاز – كان المقاول غير مسؤولا".[٣١]

"اذا أخر رب العمل في تسديد دفعات السلفه في مواعيدها حتى يتمكن من الانجاز. كان المقاول غير مسؤولا عن هذا التأخير. وفي قرار لمحكمة التمييز"[٣٢] ان تاخر المقاول في تسليم البناء – كان بسبب مباشر من المميزين... ولماكان التأخير سببه المميزين كما ظهر ذلك من

تقرير الخبراء في المرافعه الاستئنافيه فأنهما لا يحق لهما فرض غرامه خيريه على المقاول للمدة التي كان سببا في تاخيرها – اذ الغرامه التاخيريه تفرض عندما يكون سبب التاخير المقاول نفسه. واذا طلب رب العمل تنفيذ تعديل في العقد، وكان من مقتضيات هذا التعديل التأخير بالانجاز في العمل المطلوب. فلا تتحقق مسؤولية المقاول بالنسبة الى التاخير. لان التاخير قد نتج عن التعديل في العقد، وكان من شأن هذ التعديل التاخير في الانجاز. "وهذا ماقضت به محكمة التمييزالعراقية".[٣٣]

"يستحق المقاول مدة أضافيه على المدة المتفق عليها على انجاز العمل خلالها اذا خرت السلطات العسكريه عن منحه الاجازه بتوفير مادة البارود اللازمة للعمل. ومنعت الاقتراب عن محل التمرينات العسكريه لمدة معينة. فتسبب عنه التاخير في العمل. وكذلك عن أستعمال العمل الشعبي لسيارات المقاول اللازمة للعمل. ويمكن القول ان انجاز الشيء وحسب وما هو متفق عليه والتسليم خاليا من العيوب يكون ذلك سببا من اسباب انقضاء المقاوله"[٣٤].

المطلب الثاني: جزاء اخلال المقاول بالتزام انجاز العمل

كان البحث في الفرع الاول عن الواجبات التي يتضمنها التزام المقاول في انجاز العمل. "اما ما نحن بصدده هو الجزاء الذى يترتب على اخلال المقاول بهذا الالتزام أن المقاول صانعا فهو ملزم بصنعما التزم به اتجاه رب العمل فيجب عليهان يقوم بالخدمه الذى رضي الاتفاق"[٣٥] "فيعتبر المقاول مخلا متى أخل بشروط المقاوله. أو لم يتبع اصول الفن في تنفيذ عمله، كذلك الحال عندما يتعهد بتقديم مادة العمل بجوده اقل ودون المواصفات الفنية المتفق عليها. او كونها لا تصلح اصلا.بل ويعتبر مخلا ايضا اذا لم يقم ببذل العناية اللازمة.ففى المباني والمنشات الثابته يضمن المقاول المهندس طريقة العمل ان كانت ليست بالمستوى المطلوب فيؤدى الى ظهور العيوب"[٣٦].

"وأخيرا يعتبر المقاول مخلا عندما يتأخر في أنجاز العمل عن الموعد المقرر او المعقول. بشرط ان لا تكون نسبه هذا التأخير وسببه يرجع الى (سبب اجنبي) لايد للمقاول فيه. وهناك من يضيف صورة للاخلال وتكون بصورة التنفيذ الجزئى"[٣٧] "وعليه اذا أثبت رب العمل ايه من حالات الاخلال بالتزام. فأن المقاول يعتبر قد أرتكب خطأ. ومصدر هذه المسؤولية هى المسؤولية

العقديه"[٣٨] ويكون لرب العمل الخيار في اتخاذ الاجراء الذى يناسبه. اما ان يطلب التنفيذ العيني. "واما ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مبرر ومقتضي"[٣٩] لذا سوف نبحث عنهما وفق الاتي:

أولا: التنفيذ العيني.

ثانيا: الفسخ.

اولا: التنفيذ العينى

"عند امعان النظر في لفظ الالتزام فأنه ينطوى في ذاته على معنى الاجبار اى وجوب وفاء المدين بما اتفق عليه مع الدائن"[٤٠] بصورة عامة ان للعقد أثر وهو انشاء التزام بذمه عاقديه. اما عن أثر الالتزام نفسه هو (وجوب التنفيذ) – وفي عقد المقاوله يقع على المقاول واجب الاداء بتنفيذ العمل المتفق عليه والاصل ان يقوم به المقاول أختيارا، وهذا هو التنفيذ الاختيارى. و"القانون وضع قاعدة اساسيه لتنفيذ العقود هى وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه. وبطريقة تتفق ما يوجبه مبدأ حسن النيه"[٤١] اما في حاله امتناع المقاول عن التنفيذ العيني الاختيارى. فيجوز لرب العمل الاستعانه بالسلطه المختصه العامه. ويسمي بالتنفيذ العيني الجبرى.

والحقيقه ان التنفيذ الجبرى والتنفيذ الاختيارى. وان اختلف اسلوبهما الا أنهما ينصبان الى تحقيق هدف واحد وهو تنفيذ الالتزام، اى حصول رب العمل على ذات الاداء الذى التزم به المقاول.لذلك يوجد هنالك تشابه القواعد العامة المنظمه لكل من التنفيذ الجبرى والتنفيذ الاختيارى.

"والتنفيذ الجبرى لا تكون له صورة واحده – بل ثلاثه طرق. والتي سنبينها وفق مايلى:

التنفيذ العينى".[٤٢]

"التنفيذ بطرق الغرامات التهديديه".[٤٣]

"التنفيذ بطريق التعويض".

١–**التنفيذ العيني الجبري:** المقصود من التنفيذ العيني الجبرى هو "أجبار المقاول على تنفيذ عين ما التزم به. الا ان ذلك وفق شروط معينة أهمها ما نصت عليه المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي"[٤٤] ومن خلال نص هذه المادة يمكن استخلاص الشروط التاليه وهى كالاتي:

اولا: ان يكون التنفيذ العيني ممكنا: "اذا استحال التنفيذ فلا فائده من المطالبه بالحكم على

المقاول بالتنفيذ العيني الجبرى مع الاخذ بنظر الاعتبار سبب الاستحاله. فان كان السبب يعود الى خطأ المقاول تحتم العدول الى الاستحاله الى طريق التعويض – واما اذا نسبت الاستحاله الى سبب اجنبي لا دخل للمقاول فيه. فنكون امام أنقضاء الالتزام"[٤٥] أما في المقاولات العامه.فقد بينت المادة (٦٥) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنيه الحالات التي يكون للأداره الحق في سحب العمل من المقاول واكماله على حسابه امانه. او احاله العمل الى مقاول اخر.

ثانيا: "**ان لا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمقاول**"[٤٦]. أو فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق برب العمل (ضررا جسيما) ومن الجدير بالذكر ان مشروع القانون المدني قد احسن بعدم الاخذ بهذا الشرط أزاء عقد المقاوله. فقد نصت الفقره نيا من المادة (٤٨٢) على انه:

(اذا كان في التنفيذ العيني ارهاقللمدين، فللمحكمة بناء على طلبه انتقضى للدائنبدلامن التنفيذالعيني بالتعويض شرط ان لا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم هذا مع عدم الاخلال بأحكام عقد المقاوله.

ثالثا: **ان يطلب رب العمل التنفيذ العيني:** "وهذا شرط تفرضه القواعد العامه. فالدعوى: طلب شخص حقه من اخر امام القضاء"[٤٧].

الشرط الرابع: "ان لا يكون امتناع المقاول عن التنفيذ او خره يعود الى عدم قيام رب العمل بأداء التزامه. لان امتناع المقاول في هذه الحالة يكون (مشروعا) وعليه يمكن لرب العمل طلب التنفيذ العيني على نفقه المقاول بعد اذن المحكمة استنادا الى المادة (١٤٩)من قانون المرافعات المدنيه رقم٣٨ لسنه١٩٦٩"[٤٨].

٢-"**التنفيذ بطريق الغرامات التهديدية**"[٤٩]: يعتبر التنفيذ بطريق الغرامات التهديديه وسيله غير مباشره لأجبار المقاول على التنفيذ العيني – اذا كانت شخصيه المقاول (محل أعتبار في العقد).

ويشترط للحكم بالغرامات التهديديه ان يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكنا. كما يشترط ان يكون تدخل المقاول ضرورى. اى(شخصيه المقاول محل اعتبار في عقد المقاوله) بالاضافه الى ذلك تقديم رب العمل طلبا يتضمن الزام المقاول بالتنفيذ والحكم عليه بالغرامه التهديديه في حاله امتناعه عن التنفيذ – مع الاشاره ان الحكم بالغرامه التهديديه (وقتي) الهدف منه الضغط على المقاول والتغلب على عناده.

"فأذا قام المقاول باداء العمل المطلوب بعد ديده أو اصر المقاول بشكل قطعى على الرفض. صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامه. وتحكم لرب العمل بالتعويض الذى يعادل ما فاته من كسب وما لحقه من خساره. على ان خذ المحكمة بعين الاعتبار مدى التعنت الذى صدر من المقاول رغم الحكم بالغرامه التهديديه"[٥٠].

٣-**التنفيذ بطريق التعويض:** "ان الحق الذى منحه لقانون للدائن كى يحصل على التنفيذ العيني او التعويض لا تكون له فائده مرجوه مالم يكن مشفوعا بالضمان ويتمثل ضمان حق الدائن هو الذمه الماليه للمدين"[٥١]. فالاصل في التنفيذ الجبرى هدفه اجبار المقاول على اداء عين ما الزم به اتجاه رب العمل الا ان ذلك رهن شروط معينة.اما اذا لم تتوفر هذه الشروط فيكون لرب العمل ان يطلب التنفيذ بمقابل.اى مطالبه المقاول بدفع تعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب الامتناع عن التنفيذ او الاخلال به أو التأخر عن الموعد المحدد، وقد عرف التعويض:"بانه مبلغ من النقود او ايه ترضيه من جنس الضرر تعادل المنفعه التي سينالها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذى يوجبه حسن النيه وما تقتضيه الثقه في المعاملات"[٥٢] وعليه يكون اتجاه رب العمل نحو التعويض عند حاله عدم امكان الحصول على التنفيذ العيني ولا جبرا عليه. ومجمل الحالات التي يصار بها الى التعويض هى كالاتي:

"اذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا بخطأ المقاول حالات استحاله التنفيذ محتمله في جميع انواع الالتزامات عدا حاله واحده وهى حاله الالتزام بدفع مبلغ من النقود فهو دائما ممكنا وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٨)من القانون المدني العراقي"[٥٣] "وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية"[٥٤] (ان المساحه المبيعه بالنظر لنظام العراق والابنيه لا يجوز افرازها والمال واكمال تسجيلها باسم المشترى كما هو مؤيد بكتاب الامانه لهذا يكون قد استحال على المميز عليه لقيام باتمام عمليه التسجيل. وان تلك الاستحاله ليس للمميز عليه يد فيها) اذا كانت شخصيه المقاول محل اعتبار في عقد المقاوله. كان يكون تدخله ضرور او ملائما وامتنع عن تنفيذ مالتزم به ولم تجدى الغرامه التهديديه.

اذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن فيه ارهاق للمقاول كان التنفيذ بطريق التعويض ترضيه لرب العمل. حيث ان عدم التنفيذ العيني لا ينطوى على ضرر جسيم.

اذا كان التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المقاول الشخصى ولكن رب العمل لم يطلبه ولم يعرض المقاول للقيام به.

ثانيا: الفسخ

"بما ان عقد المقاوله من العقود الملزمه لجانبين. فهى تنشئ التزامات متقابله لعاقديها. فيكون كلا الطرفين دائن ومدين في وقت واحد. ومن مقتضي ذلك فأنه اذا لم يقم احد الطرفين بأداء التزامه جاز للطرف الاخر عدم التنفيذ.او بأمكان هذا المتعاقد ان لا يطلب التنفيذ العيني بل يطلب فسخ العقد وحل الرابطه العقديه. وان يطالب بالتعويض، ففى عقد المقاوله يجوز لرب العمل اذ لم يقم المقاول بأداء التزامه ان يطالب حل الرابطه العقديه.

وذلك بفسخ العقد، بالأضافه الى طلب التعويض اذا كان له مقتضي و فسخ الرابطه العقديه و لها شروط محدده"[٥٥] "ذلك ان الفسخ لا يتم من تلقاء نفسه فيحصل اما اتفاقا او دعوى تقدم الى القضاء"[٥٦] "وقد نصت المادة (٧٧١) من القانون المدني على ما يلى (في العقود الملزمه للجانبين. اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له مقتضي. على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل.كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبه للالتزام في جملته".[٥٧]

"وقد يكون الاخلال متوقعا فتكون الآثار المترتبه عليه هى انحلال الرابطه العقديه فسخا وقبل حلول الاجل. فالمشرع المدني أورد تطبيقات في نطاق المقاولات بهذا الصدد وابرزها التاخير في البدء بالعمل أو في أنجازه أو التنفيذ المعيب"[٥٨].

فشروط الفسخ هى كما يلى:

١. ان يكون العقد ملزم للجانبين. وهذا يعني ان عقد المقاوله ضمن هذا المسمي.
٢. ان لا يفى المقاول بالتزامه.وهذا يعني ان سبب عدم ايفاء المقاول بالتزامه تعود لأراده المقاول وليس لسبب اجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة – لان في هذه الحالة يكون العقد (المقاوله مفسوخا) بحكم القانون وسببا لانقضاء الالتزام.
٣. تنفيذ رب العمل لالتزامه. او استعداده لتنفيذه.

وانواع الفسخ ثلاثة وكما يلي:

"الفسخ بحكم القضاء: ويقضى الفسخ بحكم القضاء عندما يقدم طلب الفسخ الى القضاء نتيجه خلاف بين المتعاقدين بشأن تنفيذ العقد. ويتولى القضاء البت في الخلافات وصولا لصدور الحكم من المحكمة المختصه. ولكن استنادا الى نص المادة (٧٧١/ ١) من القانون المدني العراقي والتي تقضى ان يقوم رب العمل وقبل اللجوء الى القضاء بطلب الفسخ ان يعذر المقاول – يطالبه بالوفاء بالتزامه – وفي العراق يتم الاعذار بواسطه دائره كاتب العدل"[٥٩]، ويسمح القانون ان يتم الاعذار باى طلب كتابي اخر.استنادا الى نص المادة (٢٥٧) من القانون المدني العراقي، مع مراعاة ان القانون حدد حالات معينة لا ضروره لأعذار المقاول بموجب المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي.

"لرب العمل المطالب بدعو بالفسخ انيرجع عن ذلك الى طلب الحكم بتنفيذ العقد عينا. وبالعكس، ويستطيع المقاول قبل صدور الحكم ان ينفذ التزامه كى يتلافى حكم المحكمة بالفسخ. وللمحكمة سلطه تقديريه في البت بطلب المقدم من قبل رب العمل بخصوص الفسخ. فهى غير ملزمه بذلك فقد يرى القاضى وحسب ملابسات الموضوع منح المقاول أجلا لتنفيذ التزامه. شرط ان لا يكون ذلك على حساب مصلحه رب العمل".[٦٠] "ومن التطبيقات القضائيه بهذا الصدد"[٦١] ما قررته محكمة التمييز في قرار لها (للمحكمة ان ترفض طلب الفسخ وتمهل المدين تنفيذ التزامه حتى ما انست منه استعدادا للتنفيذ او كان مالم يوف به المتعاقد جزءا من التزام نفذ القسم الاكبر منه.

٢-**الفسخ بحكم الاتفاق** "قد يتفق المتعاقدان وضمن شروط العقد على عدم اللجوء الى اجراءات التقاضى للحصول على الحكم بفسخ العقد وذلك عند تحقق حاله عدم الوفاء من الطرفين لأداء التزامهما – فيرد بندا يتضمن شرط الفسخ فيقع الفسخ بمجرد حصول شرط عدم الاداء. فتحصل حالات الاخلال – وتكون حالات الفسخ بحكم الاتفاق بصيغ كالاتي"[٦٢].

١-"اتفاق على اعتبار العقد مفسوخا ومع وجود هذا الشرط في العقد فانه لا يعني عدم الاعذار ولاعن تقديم طلب المتمثل باقامه دعوى امام القضاء.

٢- الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه. وبالرغم من وجود هذا الشرط فانه لا يعفى رب العمل عن اعذار المقاول واقامه دعوى امام القضاء ولكن يحدد سلطه القاضى التقديريه.

الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجه الى حكم. ومع وجود هذه الصيغه فيالعقد كذلك لا تغني عن الاعذار من قبل رب العمل للمقاول، ولكن تغني عن اقامه الدعوى

٣. اتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجه الى حكم ولا اعذار قد اجاز القانون لرب العمل وبأرادته ان يلغى العقد استنادا الى نص المادة (٨٨٥) التي تنص:

لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في اى وقت قبل تمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من اعمال. وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل. على انه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا. ويتعين عليها بوجه خاص ان تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد وما يكون قد كسبه بأستخدام وقته في امر اخر".[٦٣]

"وتسمي هذه الحالة بانحلال العقد عن طريق الرجوع فيه بالأراده المنفرده لرب العمل الغاء العقد بأراده المنفرده"[٦٤].

الخاتمه

كانت ومازالت القواعد التشريعيه بمختلف ميتوياتها تهدف الى تنظيم واحكام السلوك الذى يتخذ شكلا قانونيا. وبالخصوص تلك القواعد التي تتميز بأبعاد (أقتصاديه وماليه وسياسيه) على مستوى القطاعين العام والخاص. فمن أهم هذه المواضيع التي تبحث في القانون الخاص هو عقد المقاوله. فأثر المقاوله يعني تنفيذ الالتزامات المترتبه بذمه عاقديها (المقاول ورب العمل). فقد نلاحظ تداخلا في تنفيذ الالتزامات والنصوص القانونية الخاصة بها بلمسه هندسيه. الامر الذى يتطلب تحديد تلك المسائل الفنية ويبقي الجانب القانوني الذى يقود مهمه تنفيذ المقاوله تنفيذ متبادل بشكل تقابلى متتابع وفق شروط في الغالب تم تحديدها مسبقا. وبما ينسجم ومبدأ حسن النيه في تنفيذ الالتزامات بصورة عامة وفي المقاوله خاصة. لذا نرى كلما ازدادت الامور الفنية تعقيدا وعدم الدقه والوضوح في الاتفاق كلما اتسعت دائره الخلاف بين الاطراف.

واليوم نرى التزامات المقاوله تعتلى مكانه بالغه الاهميه من خلال تشييد الابنيه السكنيه والمعامل والصناعات الحرفيه وتوفير البنى التحتيه والخدمات العامة وحسب درجه تقدم البلد العمراني وتزايد سكانه.

الإستنتاجات

وفي النهايه هنالك العديد من الاستنتاجات نتقدم بعرض اهمها:

١. كان عقد المقاوله يعرف بعقد الاستصناع ونتيجه لتنامى دور هذا النوع من العقود المسماه أصبح يعرف بالمقاوله. وذلك لدخولها عالم الصناعه والتجاره والاقتصاد بحيث أصبحت ضرورة ملازمة لكل الدول وبالذات الدول التي تشهد تحولات سياسيه يتبعها الاعمار وتوفير البنى التحتيه. والكتابه ليست ملزمه فيمكن ان تنعقد المقاوله شفويه فهى مجموعه عناصر من الالتزامات المترابطه لا تقبل التجزئه.

٢. عندما كان المقاول ملزما بأنجاز العمل وفق المواصفات المتفق عليها ففى أغلب الاحيان يتوقف تماما تنفيذ الالتزام على تنفيذ التزام الطرف الاخر الذى يتمثل بالتزام التعاون كتقديم الرخص والمستندات الخاصة بالعمل اذا كان العمل يقضى بذلك. فاذا أمتنع او اهمل رب العمل أعتبره القانون مخل بالتزامه ابتداءا.

٣. يترتب على تنفيذ المقاول لألتزامه بتسليم العمل بعد الانجاز وحسب الاتفاق ان يقوم رب العمل بتسلم العمل المنجز من قبل المقاول وبتسلم رب العمل الشيء محل المقاوله يترتب التزامه بدفع الاجر والانتقال تبعه الهلاك اليه.

٤. سريان مدة الضمان العشرى

٥. ان الاصل في الالتزامات هو الانقضاء عند الانجاز من قبل الملتزم بها بأستثناء المباني والمنشات الثابته. حيث نص المشرع على الضمان العشرى اهتماما منه للمحافظه على ممتلكات الافراد وارواحهم بما يتفق والغرض المقصود من المقاوله.

التوصيات

ومن خلال هذه الرؤيه المتواضعه نقترح مايلى:

١. ضروره تدخل المشرع المدني لأيجاد ضما تتشريعيه سريعه ومجديه لاطراف عقد المقاوله التي تتمثل بأجراء اتقضائيه تسرع سير تنفيذ العقد بانتظام عادل. كذلك الزام الاطراف بوضع صيغ عقديه واضحه تمنع اللبس عند تطبيقها. وأحاطه المشاريع حديثه التقنيه (الصناعيه والانشائيه) باستثناءات تتسم بالتسهيلات شرط ان تكون هذه المشاريع ذات أهداف

أنسانيه أو منفعه عامه.

٢. نظرا لطبيعه المقاوله اوجبت اغلب التشريعات العربيه التزاما على رب العمل بالتعاون ولم ينص عليه المشرع المدني العراقي فمن الاجدر ان ينص عليه ضمن التزامات رب العمل كذلك ان يلزم به المقاول ايضا حيث ان مضمون هذا الالتزام واجب المقاول بابداء النصيحه والاعلام كلما كان ذلك ممكنا لتجنب حصول الخسارة برب العمل عملا بمبدأ حسن النيه في تنفيذ العقود.

٣. ألزم المشرع المقاول تسليم العمل بعد أنجازه وحسب المتفق عليه يقابله التزام رب العمل بتسلم الشيء ولكن أغفل النص على المدة الزمنيه لهذا القبول.سيما ان الزمن يلعب دورا في تنفيذ العقد ودورا اهم بالنسبة للمقاول كونه يحتاج الى السيوله النقديه كاثر يترتب على تسلم العمل من قبله وهدفه من المقاوله.

٤. ان ظهور العيوب من اخطر المشاكل على الصعيد العملى التي تواجه المقاوله وهنا يظهر الضمان العشرى كالسيف الصارم بوجه المقاول وان كان اساس هذا الالتزام هو انجاز العمل. فالتناسب يكون عكسيا فكلما كان الانجاز مطابق المواصفات الفنية والعناية اللازمة وحسب التوقيت الزمني المحدد كانت الحاجه الى الضمان اقل وكلما قلت جوده المواصفات والعناية المطلوبه والالتزام بالمدة أزدادت الحاجه الى الضمان. فيجب على المشرع ان يلزم رب العمل عند تنفيذ الالتزام بتسلم العمل ان يستعين بذوى الخبره في مجال المقاولات الانشائيه. وذلك لصعوبه تشخيص العيوب من قبله خاصة ان العمل المنجز عند استلامه قد اجريت عليه الاعمال الخاصة بالانهاءات.

المصادر والهوامش:

[١] المادة ٤ من قانون الضرائب على الدخل، والعقارات، والعقارات، والختم المعتمد الواجب (٧/٦/٤)

[٢] عبد المنعم فرج الصده –محاضرات في القانون المدني "نظريه العقد في القوانين البلاد العربيه /١٩٦٠-ص١٢

[٣] سورة المائده، آيه ١، حيث ان معنا الوفاء العقدى هو تحقيق الشيء و انجازه بشكل تام لا نقص فيه/ باقر الايرواني/ دروس تمهيده في تفسير الا ت الاحكام/ الجزء الاول العبادات، العقود، الايقاعات الاحكام العامه، دارالفقه للطباعه و النشر قم، ص ٢٧٣

[٤] على هادى علوان - شرط الاعفاء من المسؤوليه العقديه دراسه مقارنه / رساله ماجستير - جامعه بغداد.١٩٩٠(١ ص ٤٩)

[٥] حميد لطيف الدليمى - الثقافه القانونيه للمهندسين والمقاولين:اسس الثقافه القانونيه والاداريه للمهندسين والمقاولين في مجال عقود المشاريع الانشائيه.ص٦٩.

[٦] السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ القسم الاول.٧ العقود الوارده علي العمل (المقاوله.والوكاله والوديعه والحراسه.الطبعه الثالثه الجديده/نهضه مصر ص ٦٤

[٧] فتحى غيث قانون المهندس.دار المعرفه / مكتبة وزاره العدل١٩٦٠/ص ٤٩

[٨] حميدلطيفالدليمـ العقود الهندسيه/مطبعه جعفر العصامى للطباعه الفنيه الحديثه ص. ٣٢.

[٩] فتحى غيث - المصدر السابق ص.٦٥ ص

[١٠] خوله كاظم محمد المعمورى –مسؤوليه المقاول والمقاول الفرعى /بحث منشور – مجله جامعه بابل للعلوم الانسانيه /ا لد ٢٤/العدد٢٠١٦/١.ص٧

[١١] السنهوريـ المصدر السابق ص٥٦

[١٢] المادة ٠٥١ من القانون المدني العراقى (١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النيه

[١٣] عبد الجبار صالح - مبدأ حسن النيه في تنفيذ العقود - رساله ماجستير ١٩٧٢/ جامعه بغداد ص ١ ص

[١٤] السنهورى - المصدر السابق ص ٥٦ص ٦٦

[١٥] نص المادة (٦٦٦) من القانون المدني الكويتي: (علي المقاول أن ينجز العمل طبقا للشروط الوارده في عقد المقاوله وفي المده المتفق عليها. فأن لم تكن هنالك شروط أو لم يتفق علي مده التزم بأنجازه وفقا للأصول المتعارف عليها. وفي المده المعقوله التي تقتضيها طبيعه العمل مع مراعاه عرف الحرفه)

[١٦] قرار محكمة التمييز رقم ٥/ هيئه عامه / ٩٧١ والمؤرخ في ١٩٧٢/٢/٩١ النشره القضائيه /العدد الاول. السنه الثالثه. ص ٨٥

[١٧] قرار محكمة التمييز رقم٣٤ / هيئه عامه /٩٧١والمؤرخ في١٩٧١/٦/٦٢/النشره القضائيه /العدد الثاني /السنه الثانيه ،١٩٧٢ ص ٦٢

[١٨] رفع الاعمال المعيبه والمواد غير الصالحه

[١٩] المادة ٠٤ من الشروط العامه لمقاولات اعمال الهندسه المدنيه التي تنص"للمهندس "اثناء سير الاعمال صلاحيه اصدار الاوامر التحريريه من وقت الى اخر فيما يخص ١-رفعايه مواد من"الموقع""يرى"المهندس انها لاتطابق احكام المقاوله وذلك خلال المده او المدد المبينه في امر المهندس واستبدالها بمواد صالحه وملائمه

[٢٠] حسب المادة (٦٤٢) الفقره ٢ من القانون المدني العراقى

[٢١] الاعذار:عمل ايجابي يصدر من الدائن يعبر فيه عن رغبته بضروره قيام المدين بتنفيذ التزامه والا كان مسؤولا عن ذلك مال /التزام بضمان سلامه الاشخاص في تنفيذ العقود / على مطشر عبد الصاحب.أطروحه دكتوراه.٢٠٠٧ص ٣٠٢ /جامعه بغداد ص ٣٠

[٢٢] عبد الجبار جى صالح / أنقضاء عقد المقاوله - أطروحه دكتوراه.جامعه بغداد.١٩٧٩ ص ٤٨٢. ١٩٧٩

[٢٣] قرار محكمة التمييزرقم (١٢١٢/ح/٩٥٥. والمؤرخفي٣٠ /١٩٥٦/١.مجله القضاء. العدد.الثالث السنه الرابعه١٩٥٦. ص..٤٥١

[٢٤] محمد رجب بكرى - التزام المقاول بأنجاز العمل في القانون المدني العراقى/بحث مقدم الى المعهد القضائى كجزء من متطلبات الدراسه للسنه الثانيه /٦٨٩١ ص ٥١

[٢٥]. الفقره (٢) من المادة (٨٦٩) من القانون المدني العراقى

[٢٦]. قرار محكمة التمييز رقم ٣١/ المدينه الاولى /٩٧٨ والمؤرخ في ١٩٧٨/٨/٤٢. مجله الاحكام العدليه - العدد الثالث/ السنه التاسعه ١٩٧٨ ص ٢٤

[٢٧]. عبد الجبار جى صالحانقضاءعقدالمقاولهرساله دكتوراه/جامعهبغداد ،١٩٧٩.ص٢٧٠

[٢٨]. د عبد الجبار جى صالح / انقضاء عقد المقاوله /رساله دكتوراه /جامعه بغداد /١٩٧٩ص ٥٤٢.

[٢٩]. باسووى رضوان – مسؤوليه المقاول والمقاول من الباطن /بحث منشور /موقع العلوم القانونيه.٢٠٠٥-٢٠٠٦.النشر ٢٠١٢ص٨

[٣٠]. السنهورى - المصدر السابق.ص ٨٧

[٣١]. قرار محكمة التمييز ٤٩٧١/ حقوقيه. ٩٦٨ المؤرخ في ١٩٦٨/٩/٨٢/ منشور في قضاء محكمة التمييز العراق. ا لد السادس القرارات الصادره سنه ١٩٦٨ ص ٠٧٣

[٣٢]. قرار محكمة التمييز رقم ٩٥٥/ مدينه الاولى، ٩٧٥في ١٩٧٦/١/٢١. مجموعه الاحكام العدليه. العدد الاول. السنه السابعه ،١٩٧٦ ص.٣٦

[٣٣]. احمد شوقى محمد عبد الرحمن - مضمون الالتزام العقدى /.مركز البحوث القانونيه مكتبة وزاره العدل.١٩٨٦بغداد.ص٦

[٣٤]. كمال قاسم ثروت - شرح احكام المقاوله.ج ١/ ص ٩٣

[٣٥]. على هادى علوان شرط الاعفاء من المسؤوليه العقديه"دراسه مقارنه"رساله ماجستر.جامعه بغداد.١٩٩٠.ص٨

[٣٦]. زاله انور على - مسؤوليه المهندس المعمارى والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشات الثابته.أطروحه دكتو راه /جامعه بغداد.١٩٩٧.ص٣٨١

[٣٧]. السنهورى - الوسيط ص ٨٧

[٣٨]. حامد مصطفي الالتزامات والعقود في الشريعه الاسلاميه.مطبعه الاهالي.بغداد.١٩٤٤ص٥

[٣٩]. حسن على ذنون – احكام الالتزام او الالتزام في ذاته /مطبعه المعارف. بغداد -١٩٤٨/ص٤

[٤٠]. حسبالمادة (٠٥١) من القانون المدني العراقى ف١ والتي تنص يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق ماي وجبه مبدأحسن النيه

[٤١]. محمد رجب بكرى / التزام المقاول بأنجاز العمل في القانون المدني العراقى - ١٩٨٦ بحث مقدم الى المعهد القضائى.ص ٣٧

[٤٢]. الغرامه التهديديه:هى عباره عن وسيله غير مباشره لاجبار المدين علي تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا في مده معينه.فأذا خر في التنفيذ.فأنه يكون ملزما علي سبيل التهديد بدفع تعويض عن هذا التاخير يقدر بمبلغ معين عن كل يوم او كل اسبوع او كل شهر او كل مده زمنيه حتى يقوم بتنفيذ التزامه.فاذا اصر المدين علي الامتناع عن تنفيذ التزامه بشكل نهائى صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامه التي هددته بها وتحكم للدائن بالتعويض الحقيقى /حسن على ذنون – المصدر السابق ص٢٢

[٤٣]. تنص المادة علي: جبر المدين علي تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا

[٤٤]. المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقى

[٤٥]. الارهاق: تجنب المشرع تحديد معناه. وترك امر تقديرها الى القضاء. اما الفقه. فقد عرفها بنها: الخساره

الجسيمه التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني دونان يعني مجرد الكلفه والضيق

[٤٦]. المادة (٢) من قانون المرافعات المدنيه العراقى رقم ٨٣ لسنه ٩٦٩١

[٤٧]. عبدالله شلال عباس - أخلال المقاول بألتزامه في أنجاز المقاوله.بحث مقدم الى المعهد القضائى كجزء من متطلبات الترقيه الى الصنف الاول من القضاه.٢٠١١.ص٣١

[٤٨]. ان احكام الغرامه التهديديه تختلف عن احكام الغرامات التاخيريه المعروفه في العقود الاداريه

[٤٩]. عبدالله شلال عباس - خلال المقاول بالتزامه في انجاز المقاوله ص ٣٨ وما بعده

[٥٠]. حسنعلى ذنون –شرحالقانون المدني العراقى /احكام الالتزام/مطبعه المعارف –بغداد /١٩٥٢/ص٨٠

[٥١]. عبد الباقى البكرى - عبد ا يد الحكيم. القانون المدني.ج ٢.احكام الالتزام مطبعه جامعه بغداد ١٩٨٦ ص ٨١

[٥٢]. نصت المادة (٨٦١) علي (اذا استحال علي الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه ما لم يثبت ان حاله استحاله التنفيذ قد نشات عن سبب اجنبي لا يد له فيه

[٥٣]. قرارمحكمة التمييز/رقم٦٠٣ /حقوقيه ٩٥٧ بغداد ١٩٥٧/٣/٢١.منشور في مجموعه الاستاذ سليمان بيات ص ١٩١

[٥٤]. عبد ا يد الحكيما زفيشرح القانون المدني /مصادرالالتزام - ج ١الطبعه١٩٧٤.٤. وزاره العدل ص٤٤

[٥٥]. محمد رجب بكرى - التزام المقاول بانجاز العمل في القانون المدني العراقى ص /٥٣

[٥٦]. محمد شويش الراوى - فسخ العقد لعدم تنفيذه.بحث مقدم الى المعهد القضائى كجزء من متطلبات نيل الدبلوم للعلوم القانونيه.٢٠١٤.ص٣٤

[٥٧]. وسن كاظم زرزور الدفاعى/ الاخلال المتوقع وأثره في تنفيذ العقد / ٢٠١٥- رساله دكتوراه جامعهكربلاء(ص٦٨١ومابعدها

[٥٨]. عبد ايد الحكيم -الوجيز في شرح القانون المدني / الجزء الاول نظريه الالتزام بوجه عام. دار النهضه العربيه ١٩٦٦. ص ٢٦٩

[٥٩]. يحكم قانون المرافعات المدنيه رقم والتجاريه رقم ٨٣ لسنه ٩٦٩١ اجراءات الخاصه بالاعذار ضمن التبليغات القضائيه وما بعده /ادم وهيب النداوى –قانون المرافعات المدنيه / وزاره التعليم العالي والحث العلمى /جامعه بغداد مكتبة السنهورى –بيروت ٢٠١٥ص ٨١٠

[٦٠]. عبدالله شلال عباس /أخلال المقاول بألتزامه في أنجاز المقاوله/بحث مقدم الى المعهد القضائى كجزء من متطلبات الرقيه الى الصنف الاول ٢٠١١ ص ٧٤

[٦١]. قرار محكمة التمييز رقم ٧٩٢ / هيئه عامه اولى /٧٦ والمؤرخ في ١٩٧٦/٢/٦٢ مجموعه الاحكام العدليه ،العدد الاول ، السنه الثامنه ١٩٧٧ في ص ٥٦

[٦٢]. عبدالله شلال عباس -اخلال المقاول بالتزامه بانجاز المقاوله /بحث مقدم الى المعهد القضائى كجزء من متطلبات الترقيه الى الصنف الاول من صنوف القضاه.٢٠١١.ص٥٠

[٦٣]. عبد ا يد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني /ج١/ مصادر الالتزام. الطبعه الخامسه-بغداد – مطبعه نديم – ١٩٧٧ص. ٣٣٤

[٦٤]. السنهورى –مصادر الحقفي الفقه الاسلامى – ا لد الثاني بيروت –دار الاحياء التراث العربي/مكتبة جامعه بغداد –ص ٢٩ –ج٤