# الغلط في عقد المقاولة

## (دراسة قانونية)

مدرس مساعد

عماد خضير علاوي

## خلاصة

**الغلط في عقد المقاولة يمكن ان يكون في شخص المقاول اذا اتفق الطرفان بالعقد او كانت طبيعة العمل تقضي بذلك او ورود نص بالقانون . وهذا بالنتيجة يؤدي الى جعل العقد تارة موقوفاً وتارة اخرى عقد قابل للابطال وتارة ثالثة عقد صحيح قابل للفسخ ، كما يمكن ان يقع الغلط في المادة المقدمة لانجاز العمل التي قد يقدمها رب العمل وحكم هذا الغلط يكون على قرار وقوعه في الشخص المقاول اما ان كان المقاول هو الذي قدم المادة كان العقد بحسب ما اتجه اليه الرأي الرابع وهو ما نؤيده عقد استصناع اي مزيج من بيع ومقاولة تطبق احكام البيع على المادة وتطبق احكام المقاولة على العمل ، لابل يمكن ان يكون الغلط في الحساب الذي ينحصر اثره في تصحيح ذلك الغلط . وفي ضوء ذلك تظهر ضرورة التمييز بين العقد الموقوف والعقد القابل للابطال والتعرف على مدى انطباق احكام العقد الموقوف على حالة الغلط في عقد المقاولة لما لهما من اهمية في نطاق بحثنا الذي توصلنا من خلاله الى ما يلي :-**

**١- ان العقد النافذ غير اللازم في الفقه الاسلامي يقابل العقد القابل للابطال في الفقه الغربي وما شاع من انه يقابل العقد الموقوف خطأ منشاؤه عدم الدقة في التمييز بين العقد الاخير والعقد القابل للابطال .**

**٢- ندعو المشرع العراقي لتعديل احكام المادة ( ٨٨٨ ) بحذف الفقرة الثانية منها على قرار ما جاء بالقانون المدني المصري ( م٦٦٦) وذلك لان الواقع العلمي يدلنا على ان القرينة التي جاءت بها تلك المادة غير صحيحة على الاطلاق .**

**٣- ندعوه الى اقرار عقد نافذ غير لازم بالنسبة للطرف الذي وقع فيه الغلط بدلاً من تبنيه العقد الموقوف اذا ما وقع غلط في عقد المقاولة .**

# الغلط في عقد المقاولة
# (دراسة قانونية)

د. عماد خضير علاوي


## ًResume

L erreur dans le contrat Dentreprise peut etre dans l entrepreneur lui meme si les deux cotes sest sont accordes , ou la nature de travail l executait ou sil ya un text dans la loi . En effet ce fait un contrat une fois inerte et une autre fois annulable et dautre fois une reel contrat resiliable. Et aussi l erreur peut se trouver dans larticle presente par le maitre de louvrage pour le realiser et le jugement de cette erreur sera contre l entrepreneur lui meme mais si l entrepreneur lui meme qui a presente larticle, l**e** contrat sera selon le quatrieme avis ,cest-a-dire act de synthese : une mixe de vente et dentreprise de lapplication les decisions de vente dans larticle et les jugements de convention sappliquent dans le travail, aussi l erreur peut etre dans la trace de cette erreur.et ala lumiere de cette chose la nessicite de distinguer entre le contrat inert et le contrat annulable apparait , et pour faire connaitre sur la correspondence des articles de l**e** contrat inerte sur la natue de l erreur de Dentreprise de sa nessicite dans le cadre de notre recherche par le quell on est arrive pour les points suivants :

1- L**e** contrat valide inutile dans le concevoir Islamigue ressemble a l**e** contrat annulable dans le concevoir occidental, et ce qui a dit quil rassemble a l**e** contrat inerte est faux , cetait a cause de linfidilite dans la distinguation entre la derniere contrat et l**e** contrat annulable.

2- On reclame le projet Irakien de modifier le contexle de larticle (888) de suprimer la deuxieme paragraphe de larticle selon le Code Civil Egyptien larticle (666) par ceque la realite pratique nous indique que lepreuve par la quelle cette article est fixe n etait pas correct parfaitement.

3- On reclame de trouver une l**e** contrat valide inutile contre le cote trompe ala place d adopter le contrat inerte sil existe une faux dans le contrat de la convention

# مقدمة

القانون ظل الحياة ولا زمها يرتبط بها وجوداً وعدماً فهو المنظم لروابطها والضابط لانماط السلوك بها وهو الذي تستهدي به سفينتها عندما تسير في محيط يغشاه موج ، من فوقه موج ، من فوقه سحاب لتصل بسلامة وامان الى بر النجاة ، والحياة دائماً متغيرة متطورة فهذه سمتها وسنتها التي لاتبديل لها، فهي مخلوقة من خلق الله ارادها كذلك ولاتبديل لخلق الله . فأذا كان التغيير هو دينها والتطور هو روحها لزم القانون ان يواكبها فيقاسمها هذا التغيير ويشاطره ذلك التطور .

والمتأمل للتاريخ يجد ان عقد المقاولة قد لازم البشرية في رحلتها عبر تاريخها الطويل وان لم يكن احياناً بذات المسمى المعروف في عصرنا الحاضر ، الا انه لم يتغير في مضمونه ومعناه مما يجعلنا بعيدين عن المغالاة اذا قلنا انه ظل الحياة وتؤام البشرية .

اذا كانت هذه حقيقة تاريخية لاسبيل لنكرانها ، فأن هناك حقيقة اخرى لايمكن جحدها او التنكر لها وهي ان ما اتى به هذا العصر من متغيرات وما صاحبه من تطورات شملت مختلف الميادين ومست ادق دقائق الحياة فيه قد اضفى على هذا الامر اهمية قصوى لفتت اليه الانظار وشدت صوبه الافكار ، لذلك اصبح عقد المقاولة في تطور مستمر كماً وكيفاً ، فبعد ان كان قديماً يقتصر على تنظيم العلاقة بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، نجده في عصرنا الحاضر يمتد ليتوغل في مختلف جوانب الحياة المعاصرة اذ اصبحت العلاقة التي تربط المقاول برب العمل ليست مجرد علاقة صانع بمستصنع كما كان عليه الحال قديماً ، بل غدت اشمل من ذلك وابعد طبقاً لشمول الاحتياجات المعاصرة وعمق مداها، والنتيجة اللازمة لذلك كله ان تتعدد الاعمال التي يمكن ان يرد عليها عقد المقاولة وتتنوع سواء بالنظر الى طبيعتها او حجمها او جنسها.

ومن المشاكل التي ظهرت بتطور عقد المقاولة مشكلة الغلط الذي قد يشوب ارادة احد المتعاقدين ( المقاول او رب العمل ) فهذا الموضوع ورغم اهميته القصوى لما يثيره من اشكالات في الحياة العملية لم يكن حظه من الفقه بأحسن منه تشريعاً فلم تظهر فيه دراسة متخصصة متعمقة الا من بعض المتفرقات بمناسبة دراسة عقد المقاولة ، فهي وان صلحت ان تكون نواة لدراسة متخصصة الا انها لايمكن ان تكون تلك هي الدراسة المعنية . لذلك ارتأينا بحث موضوع الغلط في عقد المقاولة متجاوزين تناول تعريف الغلط والنظريات المختلفة فيه والتي رأينا ان تناولها لايضيف فائدة علمية لهذا البحث لذ كانت خطة البحث وفق الاتي :-

- المبحث الاول / الغلط في شخص المقاول

- المبحث الثاني / الغلط في المادة المقدمة لانجاز العمل
  المطلب الاول : الغلط في المادة المقدمة من قبل رب العمل
  المطلب الثاني : الغلط في المادة المقدمة من قبل المقاول

- المبحث الثالث / الغلط في الحساب

- المبحث الرابع / اثر الغلط في عقد المقاولة
  المطلب الاول : تمييز العقد الموقوف من العقد القابل للابطال
  المطلب الثاني : مدى انطباق احكام العقد الموقوف مع حالة الغلط في عقد المقاولة

- خاتمة البحث :- (١)- الاستنتاجات
  (٢)- التوصيات

- مصادر البحث

## المبحث الاول

## الغلط في شخص المقاول

غني عن البيان ان الغلط في شخص المقاول لاينبغي ان يكون له تأثير في العقد الا اذا كانت شخصية العاقد التي وقع فيها الغلط هي محل الاعتبار (١) . فالغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته لايعرض الا في العقود التي تراعى فيها شخصية المتعاقد . وفي عقد المقاولة فأن شخصية المقاول قد تراعى اولا ، فقد يقصد رب العمل ان يوكل تنفيذ عمله الى شخص معين بالذات لايرضى بغيره .وقد لايهتم رب العمل لشخصية المقاول بقدر اهتمامه بأتمام العمل وتسليمه له ، لذا فأن شخصية المقاول في الفرض الثاني لايكون لها اثر لدى رب العمل .

اذ نصت المادة (٢/١١٨) من القانون المدني العراقي على ان ( لاعبرة بالظن البين خطؤه .فلا ينفذ العقد :- ٢- اذا وقع الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيسي في العقد )(٢) .

وبتطبيق هذا النص على عقد المقاولة يمكن القول ان شخصية المقاول اذا لم تكن محل اعتبار في التعاقد فأن الغلط فيها لايؤثر على التعاقد ويبقى العقد صحيحا" ونافذا" . لذا نقصر الدراسة في هذا المبحث على حالة الغلط في شخص المقاول عندما تكون هذه الشخصية محل اعتبار فنقول ان الاصل في الغلط في شخص المقاول لاتأثير له على نفاذ العقد ولكن قد يكون شخص المقاول ملحوظا" ومحل اعتبار عند رب العمل (٣) ومما يلزم الاشارة اليه بهذا الخصوص ان شخصية المقاول لاتكون بصورة عامة محل اعتبار في عقد المقاولة ، وهذه هي القاعدة لان استقراء بعض النصوص القانونية الخاصة بهذا العقد يظهر بوضوح القاعدة المشار اليها في ماتقدم(٤).

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت / ١٩٩٨، ص ١٢٧.

(٢) تقابلها-(م١١١٠) قانون مدني فرنسي (م٢/٦٣-ب) قانون المعاملات المدنية السوداني (م١٥٣) قانون مدني اردني (م٢/١٢١ب) قانون مدني مصري (م٨٢) قانون مدني جزائري (م٢/١٢٢-ب) قانون مدني سوري(م١٩٥) قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء السابع ، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٠.

(٤) د. كمال قاسم ثروت ،الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة ،الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، مطبعة اوفيست الوسام ، بغداد ١٩٧٦ ، ص٣٦.

فالفقرة الاولى من المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي تنص على انه(يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر... الخ ).(١)

وهذا معناه ان الاصل في عقد المقاولة هو حق المقاول في ان يقاول من الباطن ،اي ان شخصية المقاول لسيت محل اعتبار في العقد ومثال ذلك كما لو تم التعاقد بين صاحب العمل والمقاول على بناء عمارة سكنية وقام المقاول بدوره ايكال عمل اساس العمارة الى مقاول من الباطن وعهد الى مقاول ثان عمل الكتل الكونكريتية في طوابق العمارة وعهد الى مقاول ثالث اعمال التدفئة والتبريد وهكذا (٢) فان سأل سائل أ ثابتاً هذا الاصل ام ترد عليه استثناءات؟

ان الاجابة عن مثل هذا السؤال تظهرلنا واضحة من خلال ما تضمنته نصوص قانونية متفرقة من استثناءات يمكن ايجازها بثلاثة استثناءات هي :-

الاستثناء الاول :-يتمثل بالحالتين التي نص عليهما الشطر الثاني من المادة(١/٨٨٢) من القانون المدني العراقي (اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية)(٣).

الحالة الاولى:- تتحقق في حالة اتفاق رب العمل والمقاول على عدم جواز قيام الاخير بأن يعهد بالعمل المكلف به الى مقاول اخر وهذا مايسمى بالشرط المانع . وقد يحصل المنع في عقد المقاولة بايراد شرط فيه ، كما قد يقع المنع بعد ابرام عقد المقاولة وذلك باتفاق لاحق بين الطرفين (٤)

الحالة الثانية :-تتحقق عندما يتبين بأن طبيعة العمل المعهد به الى المقاول انما عهد اليه بسبب كفاءته وسمعته الامر الذي يستلزم قيام المقاول نفسه بأنجازه ومن ثم لايجوز له ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر كما لو تعاقد شخص مع نحات لعمل تمثال له مثلا" فأنه يمكن الافتراض في هذه الحالة بأن قصد رب العمل قد انصرف الى قيام النحات بالعمل بنفسه ومن ثم لايجوز لذلك النحات ان يعهد بالعمل المكلف به الى نحات اخر (٥).

---

(١) تقابلها (م/١/٦٦١) مدني مصري (م/١/٧٩٨) مدني اردني (م/٥٦٤) مدني جزائري (م/١/٧٠١) مدني قطري (م/٦٨١) مدني كويتي (م/٦٠٤/أ) مدني بحريني (م/١/٦٢٧) مدني سوري (م/٣٩٢) معاملات مدنية سوداني (م١/٨٩٠) معاملات مدنية اماراتي.

(٢) د. كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق، ص ٢٥٠ .

(٣) ينظر هامش رقم (١) من الصفحة ذاتها.

(٤) ولمزيد من التفاصيل ينظر. د.كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩.

(٥) د. كمال قاسم ثروت ،المصدر السابق، ص ٢٩٠ و ينظر كذلك د. سعيد مبارك . د. طه الملا حويش ،د. صاحب عبيد الفتلاوي . الموجز في العقود المسماة (البيع -الايجار-المقاولة ) ،دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ،١٩٩٢-١٩٩٣، ص ٤٨٥.

الاستثناءالثاني:-يتمثل بما ورد في حكم المادة (١/٨٨٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان (تنتهي المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد ).(١) فأن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته ،ولايجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة( ٨٨٥ ) الا اذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ). (٢) . ولغرض ايضاح حكم هذه المادة لابد من تحديد المقصود بالمؤهلات الشخصية المذكورة فيها فنقول ان بعض الفقه قد أتجه الى ان المؤهلات الشخصية هي (( كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل)) والتي تتمثل بما يأتي:-

اولا": الشهادات الفنية الحاصل عليها المقاول في المقاولة .

ثانيا" :الاعمال السابقة التي قام بتنفيذها والتي تكسبه تجربة في أداء الاعمال .

ثالثا":سمعة المقاول والمكانة التي وصل اليها اسمه في السوق سواء من ناحية حرصه على الوفاء بالتزاماته المالية ام من ناحية دقته في تنفيذ الاعمال الفنية المعهود بها اليه.

رابعا" :تخصص المقاول في نوع العمل المعهود به اليه (٣). ومن ثم فأن تقدير ما اذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد من عدمه . مسألة موضوعية

---

(١) نود الاشارة الى كون هذا التمييز لاوجود له في القانون المدني الفرنسي ،اذ ان المادة (١٧٩٥) من هذا التقنين تنتهي المقاولة بموت المقاول دون التمييز بين ما اذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد او كانت غير محل اعتبار . الا ان هذه القاعدة ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على مايخالفها- ينظر. د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩.

(٢) لقد تباينت التشريعات المدنية في صياغة هذا النص الى ثلاث مجاميع المجموعة الاولى منها نصت على ((تنتهي المقاولة بموت المقاول ، اذا كانت مؤهلاته الشخصية او امكاناته محل اعتبار في التعاقد)) كما هو الحال في (م٧٠٥) مدني قطري (م ١/٦٨٦) مدني كويتي (م٦٠٩) مدني بحريني ، اما المجموعة الثانية منها فقد نصت على(( ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد)) كما هو الحال (م٦٦٦) مدني مصري (م٥٦٩) مدني جزائري (م٦٣٢) مدني سوري . في حين نصت المجموعة الثالثة منها على (( انفساخ عقد المقاولة بموت المقاول اذا كان مشترطاً ان يعمل بنفسه او كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد)) كما هو الحال في (م١/٨٠٤) مدني اردني (١/٣٩٩) معاملات مدنية سوداني اما قانون المعاملات المدنية الاماراتي فقد انفرد بنص (م١/٨٩٦) المتضمنه ((ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول ، اذا كان متفقا على ان يعمل بنفسه اوكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد)). وبدورنا نرى ان ما اوردته المجموعة الاولى من عبارة امكاناته تدخل ضمن المؤهلات الشخصية اما اوردته المجموعة الثالثة من عبارة انفساخ فانها تنصرف الى الانفساخ بحكم القانون .

(٣) د. كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق ، ص ٣١٥ .

يفصل فيها القضاء في ضوء الظروف التي لابست هذا التعاقد وبصفة خاصة بالنظر الى طبيعة العمل أهو عمل فني دقيق يستدعي مقاولا" متخصصا" ام عمل عادي بسيط ،كذلك يجب

النظر الى قيمة هذا العمل من الناحية المالية واهميته . وفي كل ذلك يجب ان يحاول القاضي تبين نية المتعاقدين المشتركة فهي اساس التقدير فيما اذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد ام لا (١).

الاستثناء الثالث :- يتمثل بالقرينة القانونية التي انفرد المشرع العراقي في اقامتها التي تكون بموجبها شخصية المقاول محل اعتبار في العقد الذي يبرمه مع الذين يمارسون مهنا" حرة كالتعاقد مع الطبيب والمهندس والفنان والمعماري اذ جاءت المادة (٢/٨٨٨) من القانون المدني العراقي تنص على ( وتعتبر دائما" شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد، اذا ابرم العقد مع فنان او مهندس او معماري او مع غيرهم ممن يزاولون مهنا" حرة اخرى، وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال او الصناع ،الا اذا كان هناك دليل او عرف يقضي بغير ذلك وفي سائر الاحوال الاخرى وبخاصة في اعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض ان المكانة التي وصل اليها اسم المقاول في السوق لاصفات المقاول الشخصية ،هي التي كانت محل الاعتبار الاول في التعاقد))(٢).

يتضح من هذا النص أن كلاً من رجال الفنانين ( كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين) ،واصحاب المهن الحرة (كالمهندسين والاطباء والمحامين والمحاسبين) تكون مؤهلاتهم الشخصية عند التعاقد دائما" محل اعتبار. اما العمال والصناع(( كالنقاشين والسباكين والبخارين والحدادين )) تكون مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، ما لم يقم دليل او عرف يقضي بغير ذلك وهذا ما يمكن تجسيده بحالتين هما:- الحالة الاولى عندما يكون العمل محل المقاولة عملا" بسيطا" لايقتضي مهارة فنية خاصة. ، يستطيع ان يقوم به اي شخص في الحرفة. الحالة الثانية عندما يكون العمل محل المقاول عملا كبيركما في المقاولات الكبيرة ((كالعمارات والمدارس والمستشفيات الضخمة)) التي يقوم بها عادة مقاولون كبار لايعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية

---

(١) د. محمد لبيب شنب ،شرح احكام عقد المقاولة ،دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٢ ،ص ١٨٤.

(٢) .ومما تجدر الاشارة اليه ان مشروع القانون المدني المصري كان يتضمن ثلاث فقرات ففي المادة (٨٨٧) منه تنص على موقف مشابه لمادة القانون المدني العراقي الا ان لجنة مراجعة المشروع قد حذفت الفقرات المذكورة (لعدم الحاجة اليها) ينظر. د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ص٢٣٩.

بقدر مايعتمدون على ماتوافر عندهم من مهندسين فنيين وادوات ومعدات ورؤوس اموال اذ تكون العبرة هنا لابصفات المقاول الشخصية بل المكانة التي وصل اليها اسم المقاول في السوق(١).

الا أن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو أهناك حاجة الى تشريع مثل هذا النص واقامة مثل هذه القرينة ؟

ان الاجابة عن مثل هذا السؤال تظهر بأن الواقع العملي يبين لنا ان القرينة التي اقامتها الفقرة المذكورة سابقا" ليست صحيحة على اطلاقها فقد يتعاقد شخص مع فنان مثلا" لرسم صورة له ولايهتم بشخصية الرسام كما قد يتم التعاقد مع مهندس او معماري دون ان تكون شخصيته محل اعتبار في العقد وهذا المثال يثار في حالة التعاقد بطريق المسابقة والذي له صورتان :-

الصورة الاولى :- تكون حينما يدعو رب العمل عن طريق الاعلان في الصحف او غير ذلك من وسائل الاعلام كل من يريد الدخول في المسابقة لوضع تصميم العمل المطلوب ويعين هذا العمل تعينا" كافيا" ولايذكر في اعلان المسابقة انه غير ملزم بابرام عقد المقاولة مع الفائز من المتسابقين فأذا ما وقع اختيار لجنة التحكيم على تصميم احد المتسابقين اصبح رب العمل ملزما" بالتعاقد مع صاحب التصميم (٢).

الصورة الثانية :- حينما يضع رب العمل اجراً في المسابقة التي عادة ما تكون عن طريق مناقصة طبقا" لمواصفات وضمانات تدرج في دفتر الشروط وهذه المناقصة قد تكون سرية حيث يتقدم كل مناقص بعطائه في ظرف مختوم ثم تفتح ظروف المناقصين في يوم معين فترسو المناقصة على المقاول الذي تقدم بأقل اجر وقد تكون علنية حيث ترسو المناقصة على المقاول الذي يتقدم بصورة علنية بأقل اجر، مع تقديمه التأمينات الكافية طبقا" لدفتر الشروط فأذا لم يحتفظ رب العمل بحقه في عدم الالتزام بالتعاقد مع صاحب اقل عطاء تقدم للمسابقة وجب عليه ارساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء ويعد هذا قبولا" بالتعاقد(٣) .

---

(١) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ ، د.كمال قاسم ثروت ،مصدر سابق ، ص ٣١٣ ومابعدها .د. عبد الرزاق حسين يس ،المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، طبعة اولىً ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٧، ص ٦٤ .

(٢) د. فتحية قرة ، احكام عقد المقاولة ،القاهرة ، ١٩٨٧، ص ٨٦ وينظر كذلك د.كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق هامش (١) ص ٥٥ .

(٣) د..كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص ٤٨-٤٩ .

نخلص مما تقدم في الصورتين بأنه قد يتقدم مهندس او معماري ليشارك في المسابقة ويفوز بها ومن ثم يبرم العقد بينه وبين رب العمل دون ان يكون هذا الاخير عارفا" بشخصية هذا المقاول قاصدا" التعاقد معه قبل فوزه بالمسابقة .

اذاً شخصية المقاول تكون محل اعتبار في الحالات الاستثائية الثلاث التي تم عرضها ، واذا ما كانت كذلك ، وحصل غلط في شخص ذلك المقاول فان الغلط المذكور يعد عيبا من عيوب الرضا ويكون عقد المقاولة حينها بحسب ماتجهت اليه التشريعات المدنية بالشكل الاتي :-

الاتجاه الاول :- عقد موقوف .

اتجه المشرع العراقي الى جعل عقد المقاولة ، موقوفاً على اجازة رب العمل (١) ، اذا ماشاب ارادة المقاول غلط في ذاته او في صفة من صفاته شريطة ان يكون المتعاقد الاخر قد وقع في الغلط نفسه او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبين وجوده (٢) .

الاتجاه الثاني :- عقد قابل للابطال .

تجسد هذا الاتجاه في ما اقرته بعض التشريعات المدنية من جعل الغلط الذي يعيب ارادة المقاول سبباً لقابلية عقد المقاولة للابطال (٣) اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله في هذا الغلط او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبينه(٤).

الاتجاه الثالث :- عقد صحيح قابل للفسخ .

يتجسد هذا الاتجاه فيما اقره كل من المشرع الاماراتي والاردني في ان للعاقد الذي وقع في الغلط فسخ العقد اذا ما وقع الغلط في امر مرغوب كصفة في المحل او ذات المتعاقد الاخر(٥)او صفة فيه.

---

**(١) ينظر (م٢/١١٨) مدني عراقي .**

**(٢) ينظر (م١١٩ ) مدني عراقي .**

**(٣) ينظر (م٢/١٢١- ب ) مدني مصري (م٨٢ ) مدني جزائري ( م٢/١٢٢- ب ) مدني سوري ( م٢/٦٣- ب ) معاملات مدنية سوداني .**

**(٤)ينظر(م١٢٠) مدني مصري(م١/١٣٠ ) مدني قطري ( م١٢١ ) مدني سوري ( م٨٤ ) مدني بحريني (م١/١٤٧) مدني كويتي وقد زادت بعض هذه التشريعات نص مضمونه ((على انه في التبرعات يجوزطلب الابطال دون اعتبار لمشاركه المتعاقد الاخر في الغلط او علمة بحصوله ) كما هو الحال في(م٢/١٤٧) مدني كويتي (م٢/١٣٠) مدني قطري (م٨٥) مدني بحريني.**

**(٥) انظر(م١٩٥) مدني اماراتي (م١٥٣) مدني اردني.**

## المبحث الثاني

## الغلط في المادة المقدمة لانجاز العمل

قد يقتصر تعهد المقاول بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها او يستعين بها المقاول في القيام بعمله ، كما نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٨٦٥) من القانون المدني العراقي بقولها (( يجوز ان يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول او يستعين بها في القيام بعمله ، ويكون المقاول

اجيراً مشتركاً )) وقد يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معاً كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٨٦٥) من القانون نفسه التي نصت على ان (( كما يجوز له ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً . ويكون العقد استصناعاً ))(١).

وبناءاً على ذلك فان الغلط في المادة المستخدمة في عقد المقاولة يمكن تصوره في حالتين ، وهو مانعرضه في مطلبين هما:-

---

(١) **ينظر(م٦٤٧) مدني مصري (م٥٨٥/أ) مدني بحريني (م١/٧٨١) مدني اردني (م٥٥٠) مدني جزائري (٦١٣) مدني سوري (م١/٦٦٢) مدني كويتي** (١/٣٧٩) معاملات مدنية **سوداني (م ٨٧٣)** معاملات مدنية **اماراتي (م٦٨٣) مدني قطري** .

## المطلب الاول

## الغلط في المادة المقدمة من قبل رب العمل

لامراء ان يكون رب العمل هو الذي يقدم المادة للمقاول كأن يكون قدم مثلا" القماش للخياط او الخشب للنجار او الذهب للصائغ او الورق والالوان للرسام او الارض لمقاول البناء(١).

اذ قضت المادة (١١٨/ ١) من القانون المدني العراقي على ان ((لاعبرة بالظن البين خطؤه، فلا ينفذ العقد .

١- اذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ))(٢).

وبتطبيق هذا النص على عقد المقاولة فان اسئلة عدة يمكن ان تطرح بصدده اولها ما المقصود بالغلط الوارد في المادة اعلاه ؟

ان الاجابة عن مثل هذا السؤال تبدو واضحة في ان المقصود هو الغلط في الصفات الجوهرية للشيء والتي أخذها المتعاقدون بالاعتبار وليس كما هو وارد في تعبير المادة ( ١١١٠) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ما يلي (( لايكون الغلط سبباً لبطلان العقد الا اذا وقع على نفس جوهر الشي الذي يدور حوله )) والتي اوضحت بان الغلط المذكور هو الغلط في مادة الشيء ذاتها محل الالتزام .

وسؤال ثانٍ يطرح بصدد النص اعلاه هو ما المعيارالمعتمد لتحديد الصفات الجوهرية للشيء؟ ان المعيار الذاتي هو الاساس لتحديد تلك الصفات بحسب ما اتجه اليه كل من الفقه والقضاء في فرنسا اذ ينظر فيه الى تقدير المتعاقد نفسه ويعد صفة جوهرية في الشيء تلك التي كانت محل اعتبار في نظر المتعاقد والتي دفعته بالنتيجة الى التعاقد .

---

(١) **د. فتحية قره ، احكام عقد المقاولة ، القاهرة ،١٩٨٧، ص١١٤.**

(٢) **تقابلها(م٢/١٢١-ا) مدني مصري(م٨٢) مدني جزائري (م٢/١٢٢-ا) مدني سوري (م٢/٦٣-ا)** معاملات مدنية **سوداني**

وبذات الاتجاه سار المشرع العراقي في تحديد الصفات الجوهرية للشيء اخذا" بالمعيار الذاتي ( الشخصي ) معللا" ذلك بأن الصفة الجوهرية للشيء يحددها نظرالمتعاقدين واعتبارهما الخاص على ان الاخذ بهذا المعيار من وجه نظر استاذنا الدكتور حسن علي الذنون يستلزم ان يكون متعلقا" بالحالة النفسية التي قد يصعب الكشف عنها في بعض الاحيان .ولذلك اتخذ القانون قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ليس اذا اعتبرها المتعاقدان كذلك طبقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل فقط بل ايضا" اذا وجب ان يكون قد اعتبرها كذلك طبقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية

فالظروف الموضوعية للعقد وما يسود التعامل من حسن نية بالضرورة يساعدان القاضي في التعرف على نية المتعاقدين(١).

وسؤال ثالث يطرح بصدد النص السابق ، هو ما حكم الغلط أصحيحاً يجعل العقد ام باطلاً ؟ ان الاجابة على مثل هذا السؤال تبدو واضحة بانه اذا ما وقع غلط في صفة جوهرية كان عقد المقاولة بحسب ما اتجهت اليه التشريعات المدنية بالشكل الاتي .

**اولاً – عقد موقوف**

أتجه المشرع العراقي الى جعل عقد المقاولة ، موقوفاً على اجازة رب العمل اذا ما شاب المادة التي قدمها الاخير غلط جوهري في اعتبار المتعاقدين او يجب اعتباره كذلك لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية(٢) .

ثانياً :- عقد قابل للابطال.

تجسد هذا الاتجاه في ما اقرته بعض التشريعات المدنية من جعل الغلط الذي يعيب صفة للشيء تكون جوهرية سبباً لقابلية عقد المقاولة للابطال(٣).

**الاتجاه الثالث :- عقد صحيح قابل للفسخ .**

يتجسد هذا الاتجاه فيما اقره كل من المشرع الاماراتي والاردني في ان للعاقد فسخ العقد اذا ما وقع منه غلط في امر مرغوب كصفة في المحل او ذات المتعاقد الاخراو صفه فيه(٤).

---

(١) – **د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر واحكام الالتزام ،الجامعة الستنصرية ، بغداد /١٩٧٦م ، ص٩٦ .**

(٢) **ينظر (م١/١١٨) مدني عراقي .**

(٣) **ينظر (م٢/١٢١–أ) مدني مصري (م٢/١٢٢–أ) مدني سوري (م٨٢) مدني جزائري (م٢/٦٣–أ)** معاملات مدنية **سوداني.**

(٤) **ينظر (م١٩٥) معاملات مدنية اماراتي (م١٥٣) مدني اردني.**

## المطلب الثاني

## الغلط في المادة المقدمة من قبل المقاول

قد يتعاقد شخص مع نجار على ان يصنع له مكتباً او مكتبة او اثاثاً ، ويقدم النجار الخشب من عنده . وهذا ما يحصل في الغالب . وقد يتعاقد شخص مع خياط على ان يصنع له ثوباً ويقدم الخياط القماش من عنده . وقد يتعاقد شخص مع صانع سفينة . ويقدم الاخير الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة ، فكل هؤلاء يتعاقدون على العمل والمادة معاً . والسؤال الذي يطرح بهذا

الصدد . أيبقى العقد في الحالات المتقدم ذكرها عقد مقاولة ام يكون عقداً اخر ؟ انقسمت اراء الفقة بهذا الخصوص على اربعة يمكن عرضها بالشكل الاتي .

**الرأي الاول :-**

يذهب انصار هذا الرأي الى ان تقديم المقاول لعمله وللمادة لايغير من طبيعة العقد اذ يبقى عقد مقاولة(١) فالمادة المقدمة تعد تابعة للعمل وبذلك تكون المقاولة في هذه الحالة ملزمة للمقاول بصنع الشيء المطلوب فتقع على العمل وهي في الوقت ذاته تقع على الشيءالمصنوع فتنتقل ملكيته الى رب العمل اذ ان (تملك رب العمل للشيْ الذي صنعه المقاول ليس الا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالعمل لحساب رب العمل فضلا" عن ذلك فأن العقود الواردة على الملكية لاتقتصر على البيع فهناك( الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح وكذلك المقاولة اذا ما اتخذت صورة من صور الاستصناع وكان محلها صنع شيْ من مواد يقدمها المقاول )(٢).

---

(١) ذهبت الى هذا الرأي بعض احكام القضاء في فرنسا مستندة الى ان المادة (١٧٨٧) من القانون المدني الفرنسي لاتميز بين ما اذا كان الذي قدم المادة هو رب العمل او المقاول (اذ تضمنت المادة في مشروعها فقرتين اخرتين تقضي احداهما بأن العقد مقاولة اذا قدم المادة رب العمل وتقضي ثانيهما بأن العقد بيع اذا كان المقاول هو الذي قدم المادة فحذفت هاتان الفقرتان وحذفهما في نظر انصار هذا الرأي دليل على العدول عن هذا التمييز وعلى ان العقد مقاولة في الحالتين ينظر.د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٢٥.د.كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص٣٣٨ .

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،مصدر سابق ، ص٢٥ د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد ،العقود المسماة (عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة ) ، ج ٤ ، منشأة المعارف بدون مكان طبع ، ٢٠٠٥ ، ص٢٠٣ .

**الرأي الثاني:-** سارانصارهذا الرأي في تكييفهم للعقد على انه عقد بيع شيء مستقبل(١) اذ لا يأخذون في الاعتبار ان المقاول قد تعاقد اصلا" على العمل والمادة معا" وان الاخيره جاءت تابعة للعمل ولو كان المقاول قد قصد بيع شيءٍمصنوع لكان له ان يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل ابرام العقد وان فعل ذلك وقبله منه رب العمل فأن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لاتنتقل بموجب العقد المبرم وانما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على انه بيع لا لشيء مستقبل بل لشيء حاضر (٢)

**الرأي الثالث :-** يذهب انصار هذا الرأي الى ان اعتبارالعقد مقاولة او بيعاً يكون بحسب نسبة قيمة المادة الى قيمة العمل (٣) فأذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة ، كالرسام

يورد القماش او الورق الذي يرسم عليه والالوان التي يرسم بها وهذه الخامات اقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاولة ، اما اذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل كما اذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد ان يقوم فيها باجراء بعض الاصلاحات الطفيفة فالعقد بيع(٤) ويرى اتجاه فقهي مناصر لهذا الرأي من المثالين السابقين بأنه حيث تصغر

---

(١) يستند انصار هذا الرأي الى ماجاء بأحكام المادة (١٧١١) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ان العقد يكون مقاولة اذا كانت المادة مقدمة من رب العمل ويستخلصون من هذا النص مفهوم المخالفة بأن العقد لايكون مقاولة اذا كانت المادة مقدمة من المقاول وانما العقد يكون بيعاً ويسندون رأيهم بما نصت عليه المادة (١٧٨٧) من القانون ذاته وهي تتحدث عن حالتين في الاولى منهما يقدم المادة رب العمل وفي الاخرى يقدمها المقاول وكان يشتمل مشروعها على فقرتين اخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ويجريان على الوجه الاتي (٢- وفي الحالة الاولى (المادة يقدمها رب العمل ) يتمخض عنها عقد مقاولة .٣- وفي الحالة الثانية (المادة يقدمها المقاول ) فيكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه )الان هاتين الفقرتين قد حذفت لكونهما اقرب الى تقرير قواعد فقهية فواضعوا هذا التقنين اذاً يكيفون من الناحية الفقهية العقدالذي يقدم فيه المقاول المادة بأنه عقد بيع وهذا ما ذهبت اليه بعض احكام القضاء الفرنسي ينظر.د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ص ٢٥-٢٦ .د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ ولمزيد من التفاصيل ينظر .د.كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق ، ص ٣٣٣.

(٢) .د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٦.

(٣) يستند انصار هذا الرأي الى القاعدة التي تقضي بأن التابع يلحق الاصل ( csessorium sequitur principale) فأذا كان العمل هو الاصل تبعته المادة كان العقد مقاولة ، واذا كانت المادة هي الاصل تبعها العمل كان العقد بيعاً .ينظر. د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .د. سعيد مبارك .د.. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ٤٠٤ .

(٤) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٦-٢٧. د.محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٩ .ولمزيد من التفاصيل ينظر. د.كمال قاسم ثروت ،مصدر سابق ، ص ٣٣٥-٣٣٦ .

قيمة المادة الى حد كبير بالنسبة الى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة وحيث تكبر هذه القيمة الى حد بعيد بالنسبة الى العمل في السيارة التي تحتاج الى اصلاحات طفيفة ليكون العقد بيعاً (١) .

**الرأي الرابع:**- يتجه مؤيدوا هذا الرأي في تكييفهم للعقد الى كونه عقداً مختلطاً ( contrat mixte) اذ كثيراً مايكون للمادة قيمة محسوسة الى جانب قيمة العمل (٢) كالخشب الذي يورده النجار لصنع الاثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب (٣) اذ يصبح العقد في هذه الحالة استصناعاً( marche a facon) (٤) أي مزيج من بيع ومقاولة سواءً أكثر كانت قيمة المادة ام أقل من قيمة العمل ، ويقع البيع على المادة وتسري احكامه فيما يتعلق بها وتقع المقاولة على العمل وتطبق احكامه عليه (٥).

يبدو لي ان هذا الرأي هو الراجح وهذا ما نجده واضحاً في اتجاه القانون المدني العراقي الذي نصت المادة (٢/٨٦٥) منه على (( يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

---

(١) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني،مصدر سابق ، ص ٢٧.

(٢) يستند اصحاب هذا الرأي الى ماجاءت به مجلة الاحكام العدلية بنص المادة (٣٨٨) ، اذا قال شخص لاحد من اهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصناع ذلك انعقد البيع استصناعاً ، مثلاً لو رأى المشتري رجله لخفاف ، وقال له اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع او تقاول مع نجار على ان يصنع له زورقاً او سفينة وبين له طولها وعرضها واوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع كذلك لو تقاول مع صاحب معمل ليصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر اوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع) وما يقابلها في حكم المادة (٢/٨٦٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على الاتي ((كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون العقد استضاعاً)) .

(٣) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني مصدر سابق ،ص٢٧ .

(٤) ويجب هنا ان نستبعد الرأي القائل بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداءً وعقد بيع انتهاءً ، اي مقاولة قبل ان يتم صنع الشيء فأذا ماتم صنعه وسلم الى رب العمل انقلب بيعاً اذ ان العقد لاتتغير طبيعته بمجرد تنفيذه فطبيعة العقد انما تتحدد وقت انعقاده فاذا ماتحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده ينظر . د.عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ،ص ٢٧ ،د.كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق ، ص٣٣٧-٣٣٨ .

(٥) د. سعيد مبارك .د.طه الملاحويش .د.صاحب عبيد الفتلاوي ،مصدر سابق ، ص ٤٢٢ .د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .

ويكون العقد استصناعاً )). وبذلك يكون المشرع العراقي قد حسم الموضوع وسد الباب امام الاختلافات الفقهية بشأن تحديد طبيعة هذا العقد .

ولذا فأن الغلط في المادة المقدمة من قبل المقاول والذي يقع فيه رب العمل تطبق عليه احكام الغلط بأعتباره عقد بيع للمادة ، فأذا ما وقع غلط في جنس الشيء بأن اعتقد احد العاقدين ان المعقود عليه من جنس معين فأذا به من جنس اخرحينئذ يعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه ، ومثال ذلك ان يتفق شخص مع صانع على ان يصنع له خاتماً من الذهب ويزينه بقطعة من الماس ، وبعد ان يأخذه الشخص يظهر ان الخاتم قد زين بقطعة من الزجاج ، والحالة هذه ينعدم الرضا ويكون العقد باطل بطلاناً مطلقاً . اما اذا ادى الغلط الى فوات الوصف المرغوب في المبيع فلا يمنع من تكون العقد بل يجعل العقد موقوفاً على الاجازة ، كما ان فوات الوصف المرغوب ليس الاغلطاً في صفة جوهرية في الشيءهو محل التعاقد ، لان كل وصف

مرغوب فيه يندرج تحت الصفة الجوهرية التي اشارت اليها الفقرة الاولى من المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي .

## المبحث الثالث

## الغلط في الحساب

ان مجرد الغلط في الحساب او الغلط المادي لايؤثران في نفاذ عقد المقاولة (١) وذلك استنادا" لما جاء في المادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي (لايوثر في نفاذ العقد(٢) مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وانما يجب تصحيح هذا الغلط )(٣) فقد يقع غلط في الحساب فيكون غلطاً مادياً مما يستوجب الامر طبقاً للنص تصحيحه دون ان يكون له اثر على نفاذ العقد ، اذ يكون عقد المقاولة نافذاً رغم وجود هذا الغلط (٤) ففي المقايسة (٥) التي يقدمها المقاول ، والتي تشتمل على تفاصيل المواد واجزاء العمل والاسعار، قد يغلط المقاول في

حساب بعض تلك الفقرات كأن يغلط في احدى عمليات الحساب ، ففي هذه الحالة تكون المقاولة صحيحة على ان يصحح الغلط في الحساب ويدون الرقم الصحيح بدلاً من الرقم الذي وقع فيه الغلط ، وقد يقع في المقايسة غلطة قلم ، كأن ينقل رقم صفحة الى صفحة اخرى مغلوطاً ففي هذه الحالة يصحح الغلط ويعتد بالرقم الصحيح(٦) هذا ولايقتصر نطاق الغلط المادي على العقد وانما يشمل كل محرر سواء أسنداًعرفياً كان ام رسمياً ممكن ان يلحق بالعقد ويعد جزاءاً منه.

---

(١) د. فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ،بغداد ،دون سنة طبع ، ص١٠ .

(٢) انفرد المشرع العراقي بهذا النص في حين اوردت بعض التشريعات المدنية العربية عبارة (لايؤثر في صحة العقد ... الخ ) كما هو الحال في (م١٢٣) مدني مصري (م٨٨) مدني بحريني (م٨٤) مدني جزائري (م١٣٣) مدني قطري (م١٢٤) مدني سوري (م٦٦) معاملات مدنية سوداني بينما اوردت تشريعات اخرى عبارة(لايؤثرفي العقد....الخ) كما هو الحال في (م١٩٧) معاملات مدنية اماراتي(م١٥٥) مدني اردني .

(٣)اوردت بعض التشريعات المدنية العربية عبارة (الغلط في الحساب وزلات القلم ) كما هو الحال في القانون المدني البحريني في حين اوردت تشريعات اخرى عبارة (الغلط في الحساب وغلطات القلم ) كما هو الحال في القانون المدني المصري – القانون المدني السوري –القانون المدني الجزائري بينما اوردت تشريعات اخرى عبارة(( الغلط في الحساب او الكتاب ... ))كما هو الحال في القانون المدني الاردني– القانون المدني القطري– قانون المعاملات المدنيه السوداني – قانون المعاملات المدنيه الاماراتي .

(٤) د. كمال قاسم ثروت ،مصدر سابق ،ص٣٥ .

(٥) المقايسة (devis) تكون حينما يقدم المقاول تقديرات مكتوبة لمختلف اجزاء العمل . ينظر د.محمد كامل مرسي ،مصدر سابق ،ص٢٠٦.

(٦) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدرسابق ، ص٥١.

الا ان السؤال الذي يطرح بهذا الصدد هل بالامكان طلب اعادة عمل حساب المقاولة من جديد بعد عمل المقايسة والحساب النهائي ؟

ان الاجابة عن مثل هذا االسؤال تظهر لنا فيما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ (٧ نوفمبر ١٩٣٥ ) بأن الخطأ في ذات الارقام المثبتة بحساب المقاولة ( erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الارقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل او متى كانت ارقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة الى اخرى معترف بها او كانت غير مطابقة لارقام اخرى ثابتة قانونياً .اما طلب المقاس والحساب النهائي عن المقاولة بعد اتمامها مادام عملاً متفقاً عليه في اصل عقدها فأن الاتفاق متى نفذ

بعمل المقاس والحساب فعلاً ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسؤولية كل عاقد عنه واصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين(١) .

فضلا عن ذلك فان الطرفين قد يلجان احياناً الى تحديد الثمن جزافا (Marche a forfait ) بحسب تقديرهما للعمل . ولايجوز لهما تجاوز الثمن المعين وهذه الطريقة تكون مفيدة لرب العمل ، اذ يتقى بها كل مفاجأة ، أما المقاول فقد يلجأ الى هذه الطريقة ليشجع رب العمل على الاقدام على تنفيذ العمل ، فأذا ما حصل غلط في هذا التقدير كان المقاول مسؤولاً عن ذلك، كأن يتعاقد مقاول بناء مع شخص على ان يبني له داراً بمواد من عند المقاول ويظهر فيما بعد ان الثمن الذي اتفق عليه ثمن زهيد لجهل المقاول بقيمه المواد الحقيقة ، وخطر هذه الطريقة يتجسد حينما يستعمل المقاول مواداً من صنف أقل او لايتقن العمل ويخشى ذلك عند تحديد الثمن عقب مناقصة بين عدد من المقاولين(٢).

---

**(١) . د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ،ص٥٢ .**
**(٢) د٠ محمد كامل مرسي ، مصدرسابق ، ص ٢٠٦**

## المبحث الرابع

## أثر الغلط في عقد المقاولة

ان تطبيق القواعد العامة يقضي بأنه اذا وقع احد المتعاقدين في غلط فأن العقد يكون موقوفاً على اجازة العاقد الذي تقرر الوقف لمصلحته (( فله اجازته او نقضه على ان تتم الاجازة او النقض خلال مدة ثلاثة اشهر من تاريخ تبين الغلط فأذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً ))(١).

وقد اخذ المشرع العراقي بفكرة العقد الموقوف من الفقه الاسلامي على خلاف القوانين الاخرى التي اخذت بفكرة البطلان النسبي بالنسبة لاثر الغلط في العقود ، وعليه لابد من بيان التمييز بين العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والعقد القابل للابطال في الفقه الغربي في مطلب

اول . ثم بحث مدى انسجام احكام العقد الموقوف مع حالة الغلط في عقد المقاولة في مطلب ثانٍ.

## المطلب الاول

## تمييز العقد الموقوف من العقد القابل للابطال

العقد الموقوف هو العقد الذي ينعقد صحيحاً لتوفر شروط انعقاده وصحته(٢) ولكن لا تترتب عليه اثاره الشرعية ( او القانونية ) لوجود مانع يمنع ذلك عملاً بمقتضى قاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع )(٣) ، واذا اجيز من قبل من له حق الاجازة وتوافرت فيه شروط هذه الاجازة يزول المانع وتترتب عليه اثاره الشرعية ( او القانونية ) بأثر رجعي من تاريخ انشائه لامن وقت الاجازة عملاً بالقاعدة ( اذا زال المانع عاد الممنوع ) (٤) واسباب توقف العقد يمكن ردها الى ثلاثة اسباب رئيسة هي :-

---

**(١) ينظر( م١٣٦ / ٢) مدني عراقي(م١٦٢) مدني قطري (م١١٧) مدني بحريني (م١٨٢) مدني كويتي (م٣/٨٩) معاملات مدنيه سوداني.**

**(٢) د.محمد يوسف الزعبي، اسباب فساد العقد بين الفقة الحنفي والقانون المدني (( WWW. Arablawinfo. Com)) ص ١٠. وينظر كذلك د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص١٢٨ . د.مختار القاضي ، بطلان العقود في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، مجلة اسلامية عالمية ، دار التقريب بين المذاهب الاسلا مية ، القاهرة المجموعة الثالثة العددان (٥٢-٥١) ، ١٩٦٢ ، ص٣١٠.**

**(٣) ينظر (م ٤٦) مجلة الاحكام العدلية تقابلها (م٤/ ١ ) مدني عراقي .**

**(٤)ينظر (م٢٤)مجلة الاحكام العدلية تقابلها (م٤/ ٢ ) مدني عراقي**

١-عدم ولاية العاقد على محل العقد كما في تصرف الفضولي .

٢-عدم ولاية العاقد على نوع التصرف كما في عقد ناقص الاهلية.

٣-تعلق حق الغير بمحل العقد. كالوصية بأكثر من ثلث التركة ، فالزيادة موقوفة على اجازة الورثة بعد وفاة الموصي .وكتجاوز الوكيل حدود وكالته ،وبيع المرهون بدون اذن الدائن المرتهن ،وبيع العين المؤجرة بدون اذن المستأجر (١).

اما العقد القابل للابطال (العقد الباطل بطلان نسبي)(٢) فهو العقد الذي ينعقد صحيحاً وينتج جميع اثاره ولكنه قابل للفسخ ، وتكون اسباب قابلية العقد للابطال في الفقه الغربي والقونين العربية المتاثرة به متمثله بما يلي:-

١- نقص الاهليه .

٢- عيوب الرضا.

٣- عدم ولاية العاقد على محل العقد . وعليه فان هذا العقد يمر بمرحلتين هما:-

المرحلة الاولى:- قبل ان يتحدد مصيره بالاجازة أو الابطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل فينتج كل الاثار القانونية التي كانت تترتب عليه كما لو نشأ صحيحاً .

المرحلة الثانية :- يلقى فيها العقد أحد المصيرين : فأما ان تلحقه الاجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منتجا آثاره كافة ، واما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاما وتزول جميع آثاره بأثر رجعي (٣).

يتبين من ذلك ان العقد الموقوف يختلف عن العقد القابل للابطال في ان الاخير ينتج جميع اثاره من وقت ابرامه ، في حين ان الاول لاينتج اي اثر ما لم تلحقه الاجازة ، ومعنى ذلك ان العقد الموقوف هو عقد اقرب الى البطلان منه الى الصحة ، في حين ان العقد القابل للابطال على خلاف ذلك فهو اقرب الى الصحة منه الى البطلان (٤) ، وكلاهما ترد عليه الاجازة غير

---

**(١) مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، الجزء الاول ، السعدون للطباعة ، بغداد ، من دون سنة طبع ، ص ١٥٣ -١٥٤ . د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص١٣٦ ولمزيد من التفاصيل ينظر د.محمد يوسف الزعبي ، مصدر سابق ،ص٩ وما بعدها. د.مختار القاضي، مصدر سابق، ص٣١١ .**

**(٢) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٣١ د.محمد يوسف الزعبي ، مصدر سابق ، ص ١١ د.عبد الرزاق احمد السنهوري ،مصادر الحق ، الجزء الرابع ،مصدر سابق ، ص ١١٥. المحاميه علياء النجار. العقد الباطل والعقد القابل للابطال، مركز القوانين العربية ((www.damascusbar org)) ص٢.د.مختار القاضي، مصدر سابق ، ص٣٠٨-٣١٠ .**

**(٣ ) د.محمد يوسف الزعبي مصدر سابق ، ص٣ د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص١٣٧** د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، **، مصادر الحق في الفقة الاسلامي ، الجزء الرابع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت / ١٩٩٨ ، ص٨٧ . مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص١٨٦.**

**(٤) د٠ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الاول ، القاهرة ، ص ٤٢٥ .**

ان طبيعة الاجازة في الحالتين مختلفة ، فالاجازة في العقد الموقوف بمثابة الوكالة السابقة وتكون لترتب الاثار في حين ان الاجازة في العقد القابل للابطال بمعنى الامضاء او الاختيار والغرض منهما لزوم العقد وعدم تعرضه للفسخ ثم ان الاجازة في العقد القابل للابطال تكون ممن تقررت قابلية الابطال لمصلحته ، بينما الاجازة في العقد الموقوف قد تكون من العاقد نفسه كالعقد الموقوف للاكراه وتعاقد ناقص الاهلية اذا بلغ سن الرشد بعد العقد وقبل الاجازة . وقد تكون من غير العاقد كالولي او الوصي في عقد ناقص الاهلية والموكل في تجاوز الوكيل حدود وكالته فضلاً عن ذلك فأن السكوت في العقد القابل للابطال مدة يحددها القانون او العرف يرفع قابلية الابطال ويحولها الى الالزام اذا مضت تلك المدة ، بخلاف السكوت في العقد الموقوف فأنه لايعد اجازة ما لم تقم قرينة على ذلك (١) .

وبناءأ على هذه الفروق الجوهرية فأن الاجازة في العقد القابل للابطال غير الاجازة في العقد الموقوف ، ففي الاول يقتصر اثر الاجازة على ان تبعد عنه عوامل الفناء وتقوي منه عوامل الصحة وتؤيد ما انتجه من اثار ، وهي لاتضيف اليه جديداً بل تقتصر على تأييده وصد عوامل الفناء عنه ، اما اجازة العقد الموقوف فهي التي تبحث فيه الحماية وتسمح بأن تترتب عليه اثار اذ بدونها لاتكون لهذا العقد اي فائدة (٢) .

---

**(١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ١٥٤.**
**(٢) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٤٢٥ .**

## المطلب الثاني

## مدى انسجام احكام العقد الموقوف مع حالة الغلط في عقد المقاولة

يجب ان يلاحظ ان العقد الموقوف لاينتج اثاره قبل الاجازة ، فأذا لم تتم اجازته يزول العقد دون ان ينتج اثره ولانقول ان ثمة اثراً رجعياً لان العقد لم يرتب اثراً لكي يزول بأثر رجعي ، ولكن عقد المقاولة عقد يكون فيه العمل مستمراً لمدة من الزمن ، فأذا بدأ المقاول بتنفيذ العمل ثم تبين ان هناك غلطاً نقض العقد ( اي ان العقد الموقوف قد تم تنفيذه عملياً) فما حكم هذه الاثار المادية .

فضلاً عن ذلك فأن شخصية المقاول اذا كانت محل اعتبار في التعاقد فأن ذلك يعني ان هذه الشخصية هي الدافع الى التعاقد بحيث لولاها لما تعاقد رب العمل . فأذا ما وقع غلط في هذه الشخصية فأن رب العمل لايتصور منهً ان يجيز العقد في الاغلب . لذلك فأن القول بأن الغلط يؤدي الى جعل عقد المقاولة موقوفاً امر لايتماشى مع الواقع العملي ، والاولى بالمشرع العراقي ان يقرر ان العقد في هذه الحالة عقد نافذ غير لازم بالنسبة للطرف المتضرر (الذي وقع في الغلط ) . وعدم اللزوم هنا لعارض غير ارادي مقترن بالعقد وهو الغلط (١) ، اي ان للعاقد الذي وقع في الغلط فسخ العقد بارادته المنفردة .

---

(١) **د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ١٥٦.**

# خاتمة البحث

لانروم في نهاية المطاف العودة الى تكرار جميع النتائج والمقترحات التي انطوت عليها تفاصيل هذا البحث وانما الغاية في هذه الخاتمة هي ان نركز على ابرز ما توصلنا اليها من استنتاجات ومقترحات لها الاثر الفاعل في مادة بحثنا ، وذلك على النحو الاتي :-

**أولاً :- الاستنتاجات .**

١- انقسام التشريعات المدنية في اثر الغلط في شخص المقاول على ثلاث اتجاهات. اتجاه يجعل العقد موقوفاً وآخر يجعل العقد قابل للابطال وثالث جعل العقد صحيحاً قابلاً للفسخ .

٢- لم ياخذ المشرع العراقي بما هو سائد في الفقة الاسلامي و الفقة الغربي ولا بما هو سائد في التشريعات المدنية العربية من اعتبار الغلط في الصفة الجوهرية سبباً من اسباب عدم لزوم العقد ولانجد مبرراً لهذا الاتجاه الشاذ في اعتبار العيب المذكور من عيوب الرضا سبباً لجعل العقد موقوف .

٣- وافق المشرع العراقي مشرعي القوانين المدنية العربية في اعدام اثر الغلط في الحساب ، غير ان المشرع في التشريعات الاخيرة قد اعتبر الغلط شرطاً من شروط الصحة خلافاً لما تبعه المشرع العراقي من اعتباره شرطاً من شروط النفاذ.

٤- يلاحظ بان العقد النافذ غير اللازم في الفقة الاسلامي يقابل العقد القابل للابطال في الفقة الغربي وما شاع من انه يقابل العقد الموقوف خطأ منشؤه عدم الدقة في التمييز بين العقد الاخير والقابل للابطال .

٥- يلاحظ بان اسباب توقف العقد هي ذاتها اسباب قابلية العقد للابطال . مع ملاحظة السبب الثالث لتوقف العقد المتمثل تعلق حق الغير بمحل العقد في حين يكون السبب الثالث بالعقد القابل للابطال متمثل بالغلط .

٦- اعتبر المشرع الاردني الغلط سببا" من اسباب عدم لزوم العقد خلافاً لما اتبعه المشرع العراقي في اعتباره سبباً من اسباب عدم نفاذ العقد .

**ثانياً :- التوصيات :-**

(١)- ان الفقرة الثانية من المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي لاحاجة اليها لان الواقع العملي يدلنا على ان القرينة التي جاءت بها غير صحيحة على اطلاقها. ونرى هذا الاتجاه واضحاً في القانون المدني المصري ، فقد نصت المادة (٦٦٦) من المشروع التمهيدي في فقراتها (٢)، (٣)، (٤) على حكم مشابه للفقرة (٢) من المادة (٨٨٨) مدني عراقي ، الا ان لجنة مراجعة مشروع القانون المدني المصري حذفت الفقرات المتقدمة .

(٢)- ان القول بأن الغلط يؤدي الى وقف العقد في عقد المقاولة أمر لايتماشى مع الواقع العملي ، فالاولى بالمشرع العراقي ان يقرر ان العقد نافذ غير لازم بالنسبة للطرف الذي وقع في الغلط .

## مصـــــادر البحث


**اولاً- الكتب الفقهية:-**

١- الزلمي (مصطفى ابراهيم )- الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ،الجزء الاول ، شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع.
٢- السنهوري (عبد الرزاق احمد) - مصادر الحق في الفقة الاسلامي ، الجزء الثاني ، الجزء الرابع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت / ١٩٩٨م .

**ثانياً:-. الكتب القانونية:-**

١- د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر واحكام الالتزام ،الجامعة الستنصرية ، بغداد /١٩٧٦م.

٢- د٠ سعيد مبارك٠ د٠ طه الملاحويش . د٠ صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ( البيع – الايجار – المقاولة ) ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد / ١٩٩٢م – ١٩٩٣م .

٣- د٠ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الاول ، القاهرة / ١٩٨٧م.

٤- د٠ عبد الرزاق احمد السنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل (( المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة )) ، منشاة المعارف ، الاسكندرية / ٢٠٠٤م .

٥- د٠ عبد الرزاق حسين يس ، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، الطبعة الاولى ، بدون مكان طبع / ١٩٨٧م.

٦– د. فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي ،بغداد ، دون سنة طبع

٧- د٠ فتحية قره ، احكام عقد المقاولة ، القاهرة / ١٩٨٧م.

٨- د٠ كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، مطبعة اوفيست الوسام ، بغداد / ١٩٧٦م.

٩- د٠ محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد الجزء الرابع ، العقود المسماة ( عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة ) ، منشاة المعارف ، بدون مكان طبع / ٢٠٠٥م.

١٠- د٠ محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية /١٩٦٢م.

## ٢- ثالثاً :- البحوث.

١- المحاميه علياء النجار. العقد الباطل والعقد القابل للابطال، مركز القوانين العربية ((www.damascusbar org )).

٢ - د.مختار القاضي ، بطلان العقود في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، مجلة اسلامية عالمية ، دار التقريب بين المذاهب الاسلا مية ، القاهرة المجموعة الثالثة العددان (٥٢-٥١) ، ١٩٦٢ م.

٣- د٠ محمد يوسف الزعبي ، اسباب فساد العقد بين الفقة الحنفي والقانون المدني الاردني ، الدليل الالكتروني للقانون العربي .WWW.Arablawinfo (( .Com))

## رابعاً :- المتون القانونية :-

١- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
٢- القانون المدني البحريني (١٩) لسنة ٢٠٠١.
٣- القانون المدني الجزائري رقم (٧٥- ٥٨) لسنة ١٩٧٥م.
٤- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩م.
٥- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٦- القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م.
٧- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م.
٨- القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
٩- قانون المعاملات المدنية السوداني رقم (٨) لسنة ١٩٨٤ م.
١٠- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٥م.
١١- مجلة الاحكام العدلية الصادرة سنة ١٨٧٦م.

**خامسا":- الكتب الاجنبية.**

1- le Code Civil Francais - 1902