الفصل السابع

عقد المقاولة في القوانين المدنية

محتويات الفصل

٧- ١ المقاولة والعمل.
٧-٢ المقاولة والوكالة وأصحاب المهن الحرة.
٧-٣ عقد المقاولة في النظم الأنجلو سكسونية.
٧-٤ أركان عقد المقاولة.

* * *

٧- عقد المقاولة في القوانين المدنية:

CONSTRUCTION CONTRACTS

مصادر الالتزام التعاقدي وأساسه القانوني :

إذا كان للالتزام عدة مصادر فإن العقد هو المصدر الأساسي لنشأة الالتزام بل الحقوق المالية بصفة عامة واستعمال لفظ العقد يستند إلى قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١].

وتعرف العديد من التشريعات العربية العقد علي أنه (ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون)، وبمقتضى هذا التعريف يتضح أن العقد يجب أن يتوافر له ثلاثة أركان أساسيه:

١- التراضي.

٢- المحل.

٣- السبب.

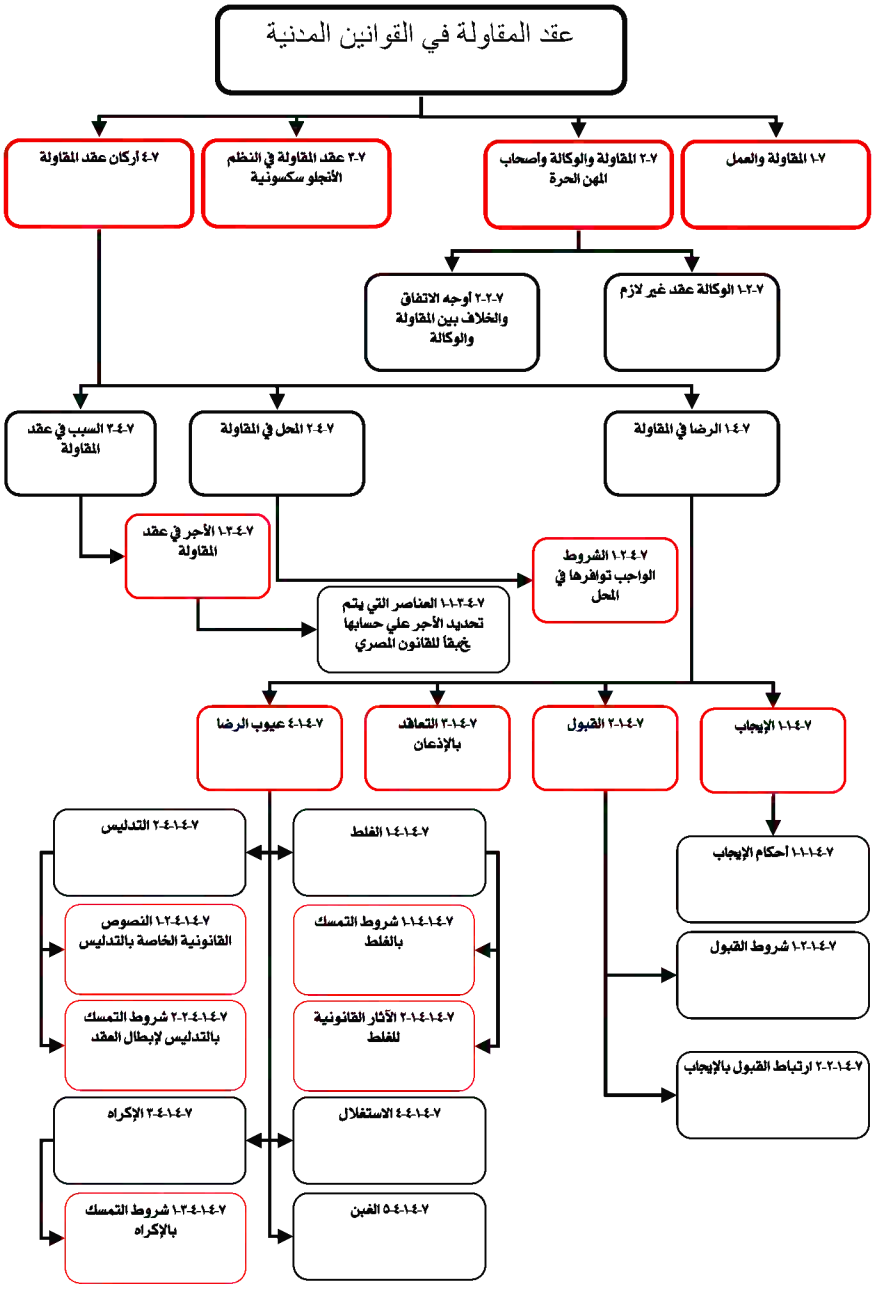
وتخلف أحد هذه الأركان يرتب جزاء البطلان للعقد؛ والرضاء في العقد كركن أساسي للعقد يستوجب توافر أمرين أساسيين :

الأول: هو ارتباط الإيجاب بالقبول وهو ما يكون الإرادة المشتركة.

الثاني: اتجاه الإرادة المشتركة لإحداث أثر قانوني.

وارتباط الإيجاب بالقبول كأساس للعقد مستمد من تعريف العقد طبقاً للفقه الإسلامي وهو:- توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر معين فالإرادة إذن هي توجيه العقد. فلابد من تراضي المتعاقدين حتى يقوم العقد وهذا التراضي يجب أن يتجه إلى تحقيق غاية مشروعه وهذا هو سبب العقد (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي – ص ٤٢).

ويوضح الشكل التخطيطي (٧-١) محتويات هذا الفصل.


عقد المقاولة في القوانين المدنية
٧-١ المقاولة والعمل
٧-٢ المقاولة والوكالة وأصحاب المهن الحرة
٧-٣ عقد المقاولة في النظم الأنجلو سكسونية
٧-٤ أركان عقد المقاولة
٧-٢-١ الوكالة عقد غير لازم
٧-٢-٢ أوجه الاتفاق والخلاف بين المقاولة والوكالة
٧-٤-١ الرضا في المقاولة
٧-٤-٢ المحل في المقاولة
٧-٤-٣ السبب في عقد المقاولة
٧-٤-١-١ الشروط الواجب توافرها في المحل
٧-٤-١-٢ الأجر في عقد المقاولة
٧-٤-١-٣-١ العناصر التي يتم تحديد الأجر علي حسابها طبقاً للقانون المصري
٧-٤-١-١ الإيجاب
٧-٤-١-٢ القبول
٧-٤-١-٣ التعاقد بالإذعان
٧-٤-١-٤ عيوب الرضا
٧-٤-١-١-١ أحكام الإيجاب
٧-٤-١-٢-١ شروط القبول
٧-٤-١-٢-٢ ارتباط القبول بالإيجاب
٧-٤-١-٤-١ الغلط
٧-٤-١-٤-١-١ شروط التمسك بالغلط
٧-٤-١-٤-١-٢ الآثار القانونية للغلط
٧-٤-١-٤-٢ التدليس
٧-٤-١-٤-٢-١ النصوص القانونية الخاصة بالتدليس
٧-٤-١-٤-٢-٢ شروط التمسك بالتدليس لإبطال العقد
٧-٤-١-٤-٣ الإكراه
٧-٤-١-٤-٣-١ شروط التمسك بالإكراه
٧-٤-١-٤-٤ الاستغلال
٧-٤-١-٤-٥ الغبن

شكل (٧-١)

٧-١ المقاولة والعمل:

Construction Contract and Labor Contract

يتفق عقد المقاولة مع عقد العمل في أن الأداء الرئيسي في كلا العقدين هو القيام بعمل معين، ومن شأن ذلك أن يؤدى إلى اشتباه العقدين رغم اختلاف القواعد التي يخضع لها تشابه كلا من العقدين. والرأي المسلم به في الوقت الحاضر هو أن عقد العمل يتميز عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل سلطة توجيه ما يؤدى له من خدمات، بحيث يقوم العامل بأداء ما هو مكلف به تحت إدارة وإشراف رب العمل، ويعبر عن ذلك بأن العامل يكون في مركز خضوع أو تبعية بالنسبة لرب العمل، أما في المقاولة فإن المقاول يقوم بالعمل المعهود به إليه مستقلاً، عن أي إشراف أو توجيه من قبل رب العمل، فهو الذي يختار وسائل التنفيذ، من أدوات ومهمات ومعاونين، وهو الذي يحدد كيفية هذا التنفيذ ووقته، وما دام عمله مطابقًا لما هو متفق عليه في العقد، ولما تفرضه عليه الأصول الفنية لمهنته، فلا يجوز لرب العمل أن يتدخل في تنفيذ العمل، ولا يلتزم المقاول بإطاعة أوامره وتوجيهاته في هذا الشأن.

ولقانون العمل أهمية قصوى في الوقت الحاضر في النمو الاقتصادي والاجتماعي للدول. وفي مصر فإن القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والمعدل بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨ هو الذي ينظم عقد العمل ويحكم العلاقة بين العامل ورب العمل، وهو ما يعد مثالاً علي باقي الدول العربية، والتي توجد بها قوانينها الخاصة التي تحكم وتنظم عقد العمل.

وقد كانت هناك العديد من المزايا التي جاء بها القانون الأخير وانفرد بها نوجزها في الآتي:

أولاً: واقعية ذلك القانون في تنظيمه لروابط العمل وتحديد العلاقة بين العامل وأصحاب الأعمال.

ثانياً: تبنى ذلك القانون لبعض النظم والأحكام التي تتفق مع طبيعة الروابط بين العاملين وأصحاب الأعمال.

ثالثاً: أخذ القانون في مواده بالصفة الآمرة بتحديد قواعد القانون التي تعتبر من النظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

رابعاً: وقد ترتبت على أن قواعد ذلك القانون من القواعد الآمرة وليست مكملة أن نص القانون على جزاء جنائي عند مخالفة القواعد التي نص عليها ذلك القانون. (د. علي عوض وزميله – الموسوعة الشاملة في شرح قانون العمل – لسنة ٢٠١٠ ص ٢٤ وما بعدها).

فإذا أضيف إلى ذلك أن القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ تضمنت نصوصه أيضاً بعض المميزات والتي يمكن حصرها في النقاط الآتية :

مراعاة التوازن بين طرفي العملية الإنتاجية (العمال وأصحاب الأعمال) في الحقوق والواجبات.

مراعاة البعد الاجتماعي.

تعبير القانون عن المتغيرات الاقتصادية التي حدثت على المستويين العالمي والمحلي.

الاستفادة من المبادئ الأساسية التي تضمنتها اتفاقيات العمل الدولية.

عدم المساس بالحقوق المكتسبة للعمال.

إقرار حق العاملين في علاوة سنوية دورية لا تقل عن ٧% من الآجر الأساسي.

تأكيد القانون على أن المزايا الواردة في ذلك القانون تمثل الحد الأدنى.

(المستشار/ فايز اللمساوي – شرح قانون العمل الجديد – المجلد الأول – الطبعة الثانية ٢٠٠٥ ص ١٨ وما بعدها).

هذا وقد حددت المادة الأولى من ذلك القانون معاني العديد من المصطلحات وتمثل ذلك في تحديد معاني المصطلحات الآتية:

العامل: حيث عرفت العامل بأنه كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه.

صاحب العمل: حيث قررت أنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر.

الأجر: حيث قررت أنه يحصل عليه العامل لقاء عمله ثابتاً كان أو متغيراً، نقداً كان أو عيناً ونصت على أن الآتي على الأخص يعتبر من الأجر:

أ- العمولة.

ب- النسبة المئوية التي تدفع للعامل نظير الإنتاج أو التحصيل.

ج- العلاوات بكافة أنواعها (دورية – تشجيعية).

د – المزايا العينية التي يقدمها صاحب العمل للعامل.

هـ. – المنح.

و- البدلات بكافة أنواعها.

ز- الوهبه.

العمل المؤقت: هو العمل الذي ينتهي في مدة محددة أو ينصب على عمل بذاته وينتهي بانتهائه.

العمل العرضي: وهو العمل الذي لا يدخل بطبيعته فيما يزاوله صاحب العمل من نشاط ولا يستغرق انجازه أكثر من ستة أشهر.

العمل الموسمي: وهو الذي يتم في مواسم دوريه متعارف عليها.

الليل: وقد حددته المادة الأولى المشار إليها بأنه الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها.

الوزير المختص: وقد حددته تلك المادة بأنه الوزير المختص بالقوى العاملة.

الوزارة المختصة: وهي وزارة القوى العاملة والهجرة.

ونظراً لاختلاط عقد العمل ببعض العقود التي قد تتشابه معه كالمقاولة والبيع والإيجار والوكالة والشركة نتعرض للتفرقة بإيجاز بين عقد العمل وتلك العقود لأهمية ذلك.

١- عقد العمل وعقد المقاولة:

حيث تنص المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري على أن عقد المقاولة اتفاق بمقتضاه يتعهد أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يعهد به المتعاقد الآخر.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٦٦١ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٧٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى،

والمادة ٥٨٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٨٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ٦٨٢ من القانون المدني القطري، والمادة ٦١٢ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٧٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٤٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٧٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٤٥ من القانون المدني الليبي.

بينما تنص المادة ٦٧٤ من نفس القانون والتي حددت تعريف عقد العمل بأنه هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٦٦٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٧٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٥٨٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٨١ من القانون المدني الأردني، والمادة ٦٨٣ من القانون المدني القطري، والمادة ٦١٣ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٧٩ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٥٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٧٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٦٥ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٤٦ من القانون المدني الليبي، والمادة ٦٥٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

الأمر الذي يتضح معه أن كلا العقدين قد يكون عملاً لقاء أجر إلا أن الحاكم للتفرقة بينهما أنه بينما يؤدي العامل عمله في عقد العمل تحت إدارة وإشراف المتعاقد معه لا يحدث ذلك في عقد المقاولة ومن ثم كان عنصر تبعية العامل إلى صاحب العمل هذا هو المميز الوحيد والحاسم بين العقدين.

٣- عقد العمل وعقد البيع :

والتفرقة بينهما سهلة إذ لا يمكن مماثلة العمل بالشئ محل عقد البيع إلا أن ذلك يصعب عندما يلتزم العامل فضلاً عن أداء العمل بتقديم المواد التي يقع عليها هذا العمل وكانت تلك المواد ليست ثانوية فهنا تتداخل صفة عقد العمل مع عقد البيع وعقد المقاولة إلا أن تحقق عنصر التبعية هو الذي يفصل بين كافة تلك العقود وعقد العمل.

٣- عقد العمل وعقد الإيجار:

توجد صور يصعب فيها التمييز بين العقدين ومن أهمها العلاقة التي تنشأ بين مالك السيارة وسائقها إذا قد يتفق الاثنان على تسلم السيارة مقابل دفع مبلغ من المال يومياً أو نسبة مئوية من إيراد السيارة وتدق التفرقة هل هو عقد إيجار؟ أم عقد عمل؟ وعنصر التبعية هو الذي يقرر أنه عقد عمل من عدمه، فإذا كان الاتفاق يقرر مراقبة مالك السيارة للسائق ومحاسبته على نشاطه وإصدار الأدلة كان عقد عمل أما إذا لم يتحقق عنصر التبعية أصبح عقد إيجار سيارة.

٤- عقد العمل وعقد الوكالة:

تنص المادة ٦٧٤ من القانون المدني المصري كما رأينا على تعريف عقد العمل، بينما تنص المادة ٦٩٩ من نفس القانون على تعريف عقد الوكالة بأنه عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٦٩٨ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٢٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٤٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٣٣ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧١٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٦٥ في القانون المدني السوري، والمادة ٤١٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٧١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٠٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٢٧ في القانون المدني العراقي، والمادة ٦٩٩ من القانون المدني الليبي، والمادة ٧٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

ومن ثم يتضح أن كلا من العامل والموكل يقوم بعمل معين لمصلحة الطرف الآخر وكلاهما يتقاضى أجراً عن ذلك العمل، إلا أن الموكل رغم التزامه بالحدود المرسومة للوكالة فلا تتوافر في حقه التبعية من ثم اختلف عقد العمل عن عقد الوكالة.

وقد تضمن قانون العمل الموحد ٢٥٧ مادة تم توزيعها على ستة كتب وفقاً للبيان التالي:

حيث تعرض المشرع في الكتاب الأول للتعاريف والأحكام العامة حيث عرف المقصود بالمصطلحات كما رأينا في المادة الأولى منه كما استعرض في

الباب الثاني من نفس الكتاب الأحكام العامة حيث حدد أن هذا القانون هو القانون العام الذي يحكم علاقات العمل والجهات التي يسري عليها ذلك القانون ونص على أن أحكام هذا القانون من النظام العام ويقع باطلاً كل شرط أو اتفاق يخالف أحكامه.

وفي الكتاب الثاني تعرض لعلاقات العمل الفردية في سبعة أبواب تعرض في الباب الأول للتشغيل حيث نص على أحكام تنظيم تشغيل المصريين في الداخل والخارج وتنظيم عمل الأجانب في مصر، وفي الباب الثاني تعرض لأحكام عقد العمل الفردي وتحديد بنود ذلك العقد، وفي الباب الثالث قام بتحديد أحكام الأجور والعلاوات الدورية السنوية بما لا يقل عن ٧% من الأجر الأساسي وحدد النسب التي يجوز لرب العمل أن يقتطعها كحد أقصى من هذا الأجر ونص على عدم إبراء ذمة رب العمل من الأجر إلا إذا وقع العامل بما يفيد استلام الأجر في السجل المعد لذلك، وفي الباب الرابع حدد الأجازات العارضة والسنوية والمرضية وأجازات الأعياد، وفي الباب الخامس نص على واجبات العاملين وكيفية مساءلتهم حيث حدد الواجبات على العامل والأعمال المحظور عليه ارتكابها وكيفية التحقيق مع العاملين ومساءلتهم والاختصاص في توقيع الجزاءات، والأخطاء التي يجوز فصل العامل إذا ارتكب أياً منها والمحكمة المختصة بذلك. وفي الباب السادس استعرض كيفية تنظيم العمل بتحديد ساعاته وفترات الراحة وأحكام تشغيل النساء وتشغيل الأطفال. الباب السابع والأخير من ذلك الكتاب استعرض أحكام انقضاء علاقة العمل حيث حدد كيفية انتهاء العقد بكافة أنواعه (محدد المدة – لعمل معين – دائم) وحدد مهلة للإخطار قبل إنهاء العقد يجب إخطار الطرف الآخر بالإنهاء قبل الموعد المحدد له، وتحديد سن التقاعد بستين عاماً.

وفي الكتاب الثالث استعرض المشرع أحكام التوجيه والتدريب المهني حيث حدد المقصود بتلك المصطلحات ونص على تنظيمات التدريب المهني وكيفية الترخيص بمزاولة عمليات ذلك التدريب وكيفية قياس مستوى المهارة ومزاولة الحرف، وأخيراً العمالة المتدرجة التي تلتحق لدى صاحب العمل بقصد تعلم المهنة أو الصنعة.

وفي الكتاب الرابع استعرض المشرع علاقات العمل الجماعية حيث حدد في الباب الأول تشكيل مجلس استشاري للعمل بقرار من رئيس مجلس الوزراء

تكون مهمته إبداء الرأي في مشروعات القوانين المتعلقة بعلاقات العمل واتفاقيات العمل الدولية، وفي الباب الثاني استعرض أحكام المفاوضة الجماعية التي تجري بين المنظمات النقابية العمالية وبين أصحاب الأعمال، وفي الباب الثالث حدد تعريف اتفاقيات العمل الجماعية وكيفية إبرامها وقيدها بعد اعتمادها من الجهة الإدارية المختصة، وفي الباب الرابع استعرض منازعات العمل الجماعية وكيفية اختيار الوسيط أو المحكم وتشكيل هيئة التحكيم.

وفي الكتاب الخامس تعرض المشرع لأحكام السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل حيث حدد في الباب الأول منه التعاريف ونطاق تطبيق أحكام هذا الكتاب حيث قرر سريان أحكام هذا الكتاب على جميع مواقع العمل وكافة المنشآت أياً كان نوعها أو تبعيتها وسواء كانت برية أو بحرية ووسائل النقل، وفي الباب الثاني تعرض لاختيار مواقع العمل وكيفية منح التراخيص، وفي الباب الثالث تعرض لتأمين بيئة العمل واتخاذ كافة الاحتياطيات والتدابير اللازمة لتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية، وفي الباب الرابع حددت مواد القانون الخدمات الاجتماعية والصحية التي تمثل الحد الأدنى للعاملين بالمنشأة والتي يلتزم بتوفيرها رب العمل لكل عامل، وفي الباب الخامس تعرض المشروع لكيفية التفتيش على المنشآت في مجال السلامة والصحة المهنية وبيئة العمل وذلك بإلزام الجهة الإدارية المختصة بإعداد جهاز متخصص للتفتيش على المنشآت وتزويده بأجهزة ومعدات القياس اللازمة لأداء المهمة، وفي الباب السادس استعرض المشرع أحكام تنظيم أجهزة السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل بالمنشآت حيث ألزم المنشآت الصناعية التي تستخدم خمسة عشر عاملاً وغير الصناعية التي تستخدم خمسون عاملاً فأكثر بإعداد إحصائية نصف سنوية عن الأمراض والإصابات والإخطار بكل حادث حين يقع بالمنشأة، وفي الباب السابع استعرض المشرع أجهزة البحوث والدراسات والأجهزة الاستشارية.

وفي الكتاب السادس الخاص بتفتيش العمل والضبطية القضائية والعقوبات تعرض المشرع في الباب الأول منه للعاملين اللذين يحق لهم التفتيش ومنح الضبطية القضائية، وفي الباب الثاني حدد العقوبات التي يتم توقيعها على مخالفة أحكام القانون المنصوص عليها بالمواد المختلفة حيث حدد عقوبة كل مخالفة علي حدة.

تلك كانت نبذة بسيطة عن قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ وما تضمنته مواد ذلك القانون من أحكام تهدف فيها إلي معرفة تلك الأحكام والإلمام بها.

هذا مع ضرورة الرجوع للقانون الخاص بكل دولة من الدول علي حدة، وذلك للوقوف علي القواعد التي تنظم عقد العمل في كل منها.

ومتى توافرت رابطة التبعية على التحديد السابق، كان العقد عملاً، وإن انتفت كان العقد مقاولة، فالتمييز بين العقدين إذن يقوم على أساس معيار التبعية وحده.

٧-٢ المقاولة والوكالة و أصحاب المهن الحرة:

Difference between a construction contract and a professional service contract

الـ.وكـ.الة شرعاً إقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم ، ودليل جوازها قوله تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ ﴾ [الكهف:١٩] سورة الكهف. لأن ذلك كان توكيلاً وما روى من أن رسول الله ﷺ وكل حكيم ابن حزام بشراء الأضحية، كما أجمعت الأمة على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا. وسببها حاجة الناس إليها لترفهم أو عجزهم.

وتعريف الوكالة كما أوردته المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري هو أن (الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) ونخلص من هذا التعريف إلي أن محل الوكالة الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً، حتى لو استتبع هذا التصرف القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له. وهذا ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود، وبخاصة عقدي العمل والمقاولة. أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملاً مادياً، فإن العقد لا يكون وكالة، بل قد يكون عقد عمل أو عقد مقاولة فالتصرف القانوني الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٦٩٨ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٢٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٤٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٣٣ من القانون المدني

الأردني، والمادة ٧١٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٦٥ في القانون المدني السوري، والمادة ٤١٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٧١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٠٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٢٧ في القانون المدني العراقي، والمادة ٦٩٩ من القانون المدني الليبي، والمادة ٧٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

تنص المادة ٣/٧٠٢ من القانون المدني المصري على أن (والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧٠٣ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٢٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٤٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٣٨ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٢١ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٦٨ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٢٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٧٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٢٠ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٣١ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧٠٢ من القانون المدني الليبي، والمادة ٦٤٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

والتزامات الوكيل طبقاً لنص المادة ٧٠٣ من القانون المدني المصري هي (١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة. ٢- على أنٍ له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧٠٤ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٣١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٤٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٤٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٢٢ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٦٩ من القانون المدني السوري، والمادة ٥٧٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٢٠ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٣٣ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧٠٣ من القانون المدني الليبي، والمواد ٧٨٧ و ٧٧٩ و ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

كذلك يجب أن يبذل الوكيل في تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية فإذا كانت الـوكـالة بـأجـر، وجـب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عـناية الشخص العادي (مادة ٢/٧٠٤ من القانون المدني المصري)، ويلتزم الوكيل بإطلاع موكله على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها، من تلقاء نفسه أو كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة وأن يقدم له حسابا عن وكالته عند انتهائها. ويجب أن يكون الحساب مفصلاً شاملاً لجميع أعمال الوكالة ومؤيداً بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٢/٧٠٥ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٣٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٤٧ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٤١ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٢٣ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٧٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٢٢ فقرة ٢ و ٣ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٧٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٢٩ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٣٤، ٩٣٥ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧٠٤ من القانون المدني الليبي، والمواد ٧٨٥ و ٧٨٦ و ٧٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

وأخيراً، يلتزم الوكيل، إذا وقع في يده مال الموكل ألا يستعمله لصالح نفسه بدون إذن وإلا كان ملزما بتعويض الموكل تعويضاً عادلاً يقدره القاضي بمراعاة ظروف الحال، وذلك وفقاً للمادة ٧٠٦ من القانون المدني المصري والتي تنص علي أنه (١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه. ٢- وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧٠٧ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٦٤٩ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٢٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٧٢ من القانون المدني السوري، والمادة ٥٧٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٢٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٣٧ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧٠٦ من القانون المدني الليبي، والمادة ٧٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

ويعرض المشرع المصري بعد ذلك في المادة ٧٠٧ لتعدد الوكلاء ومسئولياتهم فيفرق في ذلك بين فرضين :

الأول: أن يعين الوكلاء بعقود متفرقة، وفي هذه الحالة يجوز لأي وكيل منهـ.م أن ينفـ.رد بالعمـ.ل، إلا إذا اشتـ.رط الموكل عليهم أن يعملوا مجتمعين، فعندئذ لا يجوز لأحد منهم أن ينفرد بالعمل.

الثاني: أن يعين الوكلاء بعقد واحد – وفي هذه الحالة يجب عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا رخص الموكل لهم، صراحة أو ضمناً، في الانفراد بالعمل. على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج تبادل الرأي فيجوز لأي من الوكلاء أن يباشره منفرداً لانتفاء الحكمة من وجود اجتماعهم.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٢/٧٠٨ و ٧٠٩ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢/٩٣٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٢/٦٥٠ و ٦٥١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢/٨٤٢ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٢٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٧٣ من القانون المدني السوري، والمادة ٢/٤٢٣ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٧٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٢٦ و ٩٢٨ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٣٨ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧٠٧ من القانون المدني الليبي.

والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء، فإنهم لا يكونون متضامنين في التزاماتهم قبل الموكل باعتبارهم مدينين، لأن التزاماتهم ناشئة عن العقد ولا تضامن في الالتزامات العقدية إلا باتفاق أو بنص في القانون، على أن المشرع قد نص على تضامن الوكلاء في حالتين:

إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، كأن يكون العمل الموكل به هو بيع. وإذا كانت الوكالة قابلة للانقسام تقضي المادة ٧٠٨ من القانون المصري بأنه (إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية)، فإذا رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا

عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر فهو يلتزم بأن يدفع له الأجر وأن يرد له ما أنفقه وأن يعوضه عما يصيبه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧١٠ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٣٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦٥٢ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٤٣ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٢٨ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٧٤ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٢٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٨٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩١٦ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٣٩ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧٠٨ من القانون المدني الليبي، والمواد ٧٨٢-٧٨٤-٨١٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

فالوكالة تنتهي إنتهاء عادياً بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المعين لها، كما تنتهي أيضا بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحداهما لأهليته (ماده ٧١٤ من القانون المدني المصري).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧١٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٥٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦٥٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٦٢ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٣٤ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٨٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٤١ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٨٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٣١ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٤٦ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧١٤ من القانون المدني الليبي، والمواد ٨٠٨ - ٨٠٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

٧-٢-١ الوكالة عقد غير ملزم :

نظراً لأن الوكالة عقد غير ملزم فإنها تتسم بصفات مختلفة عن باقي العقود وتتضح من الآتي :

(أولاً) للموكل أن ينهي الوكالة أو يعزل الوكيل في أي وقت قبل إتمام العمل محل الوكالة، فتنتهي الوكالة بعزله، وله من باب أولى أن يقيد من وكالته، كأن

يوكله في الإشراف واستلام المشروع وقبول الأعمال وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام، على أنه يرد على عزل الموكل الوكيل بأجر بغير مبرر معقول أو في وقت غير مناسب فإنه على الرغم من صحة العزل وانعزال الوكيل به فإنه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا العزل (مادة ١/٧١٥ من القانون المدني المصري).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٣/٧١٧ من القانون المدني الكويتي، والمواد ٩٥٥ – ٩٥٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦٥٩ من القانون المدنى البحرينى، والمواد ٨٦٣ – ٨٦٤ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٣٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٨١ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٤٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٨٧ من القانون المدني الجزائري، والمواد ٩٣٢ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٤٧ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧١٥ من القانون المدني الليبي، والمواد ٨١٠ – ٨١٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(ثانياً) كذلك يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة في أي وقت قبل إتمام العمل الموكول إليه ويتم التنحي بإعلانه للموكل (مادة ٧١٦ من القانون المدني المصري)، فلا ينتج التنحي أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل. وجواز تنحى الوكيل كجواز عزله، قاعدة تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولكن للتنحي قيود ترد عليه منها :

(١) أنه إذا تنحى عنها في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول وكانت الوكالة بأجر صح تنحيه ، ولكنه يكون مسئولاً عن تعويض الموكل عما يلحقه من ضرر (مادة ١/٧١٦ من القانون المدني المصري).

(٢) إذا كانت الوكالة لصالح شخص من الغير فلا يجوز التنحي عن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر هذا التنحي مع إخطار الغير وإعطائه وقتاً كافياً ليتخذ ما يراه مناسبا لرعاية مصالحه (مادة ٢/٧١٦ من القانون المدني المصري)، أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه فإنه يجوز له التنحي دون شرط لأنه هو الذي يقدر مصلحته.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧١٨ من

القانون المدني الكويتي، والمواد ٩٥٧ – ٩٥٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦٦٠ من القانون المدنى البحرينى، والمواد ٨٦٥ – ٨٦٦ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٣٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٨٢ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٤٣ – ٤٤٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٨٨ من القانون المدني الجزائري، والمواد ٩٣٣ – ٩٣٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٤٧ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧١٦ من القانون المدني الليبي، والمواد ٨٣٥ – ٨١٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) وإذا انتهت الوكالة قبل انتهاء العمل الموكل فيه ، فإنه يجب على الوكيل بالرغم من انتهاء وكالته بالعزل أو التنحي أو موت الموكل أو غير ذلك من الأسباب أن يستمر في الأعمال التي بدأها حتى يصل بها إلى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل (مادة ١/٧١٧ من القانون المدني المصري).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٧١٩ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٦٦١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٣٧ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٨٣ من القانون المدني السوري، والمادة ٥٨٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٣٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٤٩ في القانون المدني العراقي، والمادة ٧١٧ من القانون المدني الليبي.

٧-٢-٢ أوجه الاتفاق والخلاف بين المقاولة والوكالة:

تتفق المقاولة مع الوكالة في أن محل التزام المدين في كل منهما القيام بعمل لحساب الآخر، ولكن يختلف العقدان في كون محل الوكالة عمل قانوني (المادة ٦٩٩ من القانون المدنى المصرى) في حين أن محل المقاولة القيام بعمل مادي، ويترتب على هذا الاختلاف بين طبيعة كل من العقدين نتيجة هامة وهي أن الوكيل إذ يقوم بعمله يفعل ذلك باسم الموكل، بحيث تضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلى الموكل كما لو كان هو الذي عقدها مباشرة، أما المقاول فهو وإن عمل لحساب رب العمل إلا أنه يعمل باسمه الخاص، فهو لا يمثل رب العمل أو ينوب عنه، وبالتالي فإن التصرفات القانونية التي يبرمها المقاول في سبيل تنفيذ العمل الموكول إليه إنما تضاف إليه شخصياً، ولا تنصرف إلى رب العمل.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٦٩٨ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٢٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٤٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٨٣٣ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧١٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٦٥ في القانون المدني السوري، والمادة ٤١٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٧١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٠٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٢٧ في القانون المدني العراقي، والمادة ٦٩٩ من القانون المدني الليبي، والمادة ٧٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

فمثلاً المهندس الاستشاري مهمته مادية محضة وهي وضع المستندات التعاقدية اللازمة للبناء، وإعداد الرسومات والمواصفات، وإذا كان الاستشاري في قيامه بهذه المهمة يعمل لحساب رب العمل، فهو لا يمثله ولا ينوب عنه، بل يعمل بإسمه الخاص، ولما كان عمله مستقلاً، لا يخضع لإشراف أو رقابة من جانب رب العمل، فإن العقد الذي يربطه مع رب العمل عقد مقاولة.

غير أن المهندس إذا أسند إليه الإشراف تكون له السلطة في إدخال تعديلات على التصميمات الأصلية، أو إضافة أعمال جديدة، والسلطة في معاينة وفحص واختبار الأعمال وإصدار التعليمات حسب العقد وقبول البناء بعد الانتهاء من العمل، والسلطة في فحص حسابات مقاولي البناء وتسويته معهم، ولا شك أن هذه الأعمال (إدخال تعديلات على العقد المبرم بين رب العمل ومقاول البناء، القبول، تسوية الحساب) تعتبر كلها أعمالاً قانونية، يقوم بها الاستشاري بالنيابة عن رب العمل. فهو هنا وكيل لرب العمل والعقد الذي ربطه مع رب العمل عقد وكاله.

حالة عملية ١:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية:

القاعدة رقم (١٧٣):

المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون الأخير مسئولاً عن أعماله مسئولية المتبوع عن عمل التابع.

-عدم مسئولية الوزارة عن كافة الأضرار التي تنجم عن الأعمال المتعلقة بإنشاء أو صيانة الأشغال. حيث إن الوزارة هي رب العمل والمقاول مستقل عنها. (حكم محكمة الاستئناف - الدائرة التجارية الثانية - الطعن رقم ٩٣/٥١٥ جلسة ١٩٩٤/٦/٢٦).

حالة عملية ٣:

مقاولة، وكالة - القاعدة الصادرة سنة ٢٠٠٧ حقوق:

التي تضمنها حكم محكمة التمييز - دبي بتاريخ ٣٤-٠٤-٢٠٠٧ في الطعن رقم ٢٠٠٧ / ٦٣ طعن تجاري

موجز القاعدة :

الوكالة، تميزها عن عقد المقاولة، محل كل منهما- ماهيته، الأعمال المادية التى يقوم بها الوكيل تبعاً للتصرف القانوني الذي وكل فيه، لا أثر لها على مهمة الوكيل الأصلية وهي التصرف القانوني.

نص القاعدة :

من المقرر أن أهم ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود . وبخاصة عقد المقاولة، هو أن محل الوكالة الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً، في حين أن المحل في عقد المقاولة هو عمل مادي، وهذا التصرف القانوني يقوم به الوكيل لحساب الموكل، وقد يقوم الوكيل في بعض الأحيان بأعمال مادية تبعاً للتصرف القانوني الذي وكل فيه، ولكن هذا لا ينفى أن مهمة الوكيل الأصلية هي التصرف القانوني، ومن المقرر كذلك أن المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يؤدى عملاً مادياً لقاء أجر يتعهد به الطرف الأخر.

٧-٣ عقد المقاولة في النظم الأنجلوسكسونية:

أركان العقد وفقاً للنظم الأنجلوسكسونية يمكن تلخيصها فيما يلي:

١- الإيجاب والقبول (**Offer And Acceptance**) بحيث يجب أن يلتقي الإيجاب **(Offer)** والقبول(**Acceptana**) مع ضرورة خلو الرضا من العيوب التي قد تشوبه، مثل الغلط والإكراه والتدليس.

٢- تطابق النوايا (**Mutual Intent**) أي أن الطرفين متفقان على بنود العقد الأساسية.

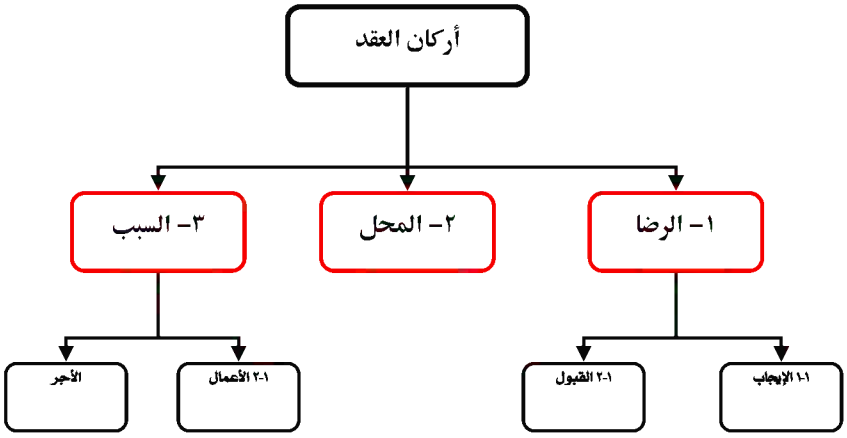
٣- السبب الدافع للتعاقد (Consider Ation) وهو يمثل النفع العائد على الأطراف من التعاقد.

٤- مشروعية محل التعاقد (Legality) ويقصد بذلك عدم مخالفة محل العقد للقانون.

٥- أهلية المتعاقدين (Capacity) أي أن الأطراف تملك الأهلية للتعاقد.

ويتضح من هذا العرض أن أركان العقد في النظام الأنجلوسكسوني والقانون المدني متقاربة إلى حد كبير.

٧-٤ أركان عقد المقاولة:



شكل ٧-٣ أركان عقد المقاولة

حدد المشرع أركان العقد بالمواد التالية :

ويعرف العديد من المشرعين العرب العقد علي أنه (ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون)، ومقتضى هذا التعريف أن يبرز في شأن الرضاء بالعقد – وهو الركن الأساسي فيه – أمرين أساسين :

(الأول) ارتباط الإيجاب بالقبول، وهو ما يكون الإرادة المشتركة، (والثاني) هو اتجاه الإرادة المشتركة إلي إحداث أثر قانوني.

كما تنص المادة ٨٩ من القانون المدني المصري علي أنه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٣٢ في القانون المدني الكويتي، والمادة ١٣٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٣٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٩٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ٦٤ من القانون المدني القطري، والمادة ٩٢ في القانون المدني السوري، والمادة ٣٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٤٧ من القانون المدني اليمني، والمادة ٧٣ في القانون المدني العراقي، والمادة ٨٩ من القانون المدني الليبي.

وأركان عقد المقاولة كالأركان في سائر العقود ثلاثة وهي :

١- التراضي.

٢- المحل.

٣- السبب.

٧-٤-١ أولاً : الرضا في المقاولة **Mutual counsent**

يعتبر الرضاء الركن الأول لقيام العقد، وبالنظر لما نص عليه القانون المدني بهذا الخصوص، فسيتم عرض تلك المواد وشرح المعنى المقصود منها طبقاً لما حددته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري :

وتنص المادة ٩٠ من القانون المدني المصري علي أنه (١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٣٤ في القانون المدني الكويتي، والمادة ١٣٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٣٢ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٩٣ من القانون المدني الأردني، والمادة ٦٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٩٣ في القانون المدني

السوري، والمادة ١/٣٥، ٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٤٨ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٠ من القانون المدني الليبي.

وتتناول الفقرة الأولى عناصر الرضاء السابقين من حيث الموضوع، متطلبة توافرهما، إذ أن الرضاء لا يقوم بغير الإرادة، ولا تتوافر الإرادة في المتعاقد، إلا إذا وعى وتدبر أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه، وانتهي إلي أن يقصده، بيد أن توافر الإرادة وحده لا يكفي، فالقانون لا يعتد بالإرادة طالما بقيت حبيسة في نفس صاحبها، فلابد أن تخرج إلى العالم الخارجي الملموس، ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها، وبهذا يمكن أن يقال أن الإرادة التي يعتد بها القانون في إنشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام، تمر بثلاث مراحل: التدبير والتقرير والتعبير، والمرحلتان الأوليتان نفسيتان، أما الثالثة فتأخذ مظهراً مادياً.

وتعرض الفقرة الثانية من المادة للإرادة الضمنية، وهي تقيم قرينة على توافرها عند إجراء التصرف، تمشياً مع الغالب في شأن الناس، واستقراراً للمعاملات بينهم، ولكن هذه القرينة بسيطة فيجوز إثبات عكسها ممن يدعيه، ثم إن هذه القرينة لا يمكن لها أن تقوم بمخالفة حكم يمليه القانون بانعدام الإرادة كما هو الشأن في حالة الصبي غير المميز أو إذا اتفق الطرفان علي أن يكون التعبير صريحاً.

ولتحقيق الرضا في عقد المقاولة يجب أن يكون هناك إيجاب من طرف ويقابله قبول من الطرف الآخر وسوف يتم شرح العناصر المشتركة في الإيجاب والقبول وبيان العلاقة بالعقود الهندسية.

٧-٤-١-١الإيجاب Offer

الإيجاب هو العرض الصادر من الموجب متضمناً عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له.

ولأن الإيجاب يترتب عليه انعقاد العقد، بمجرد اقترانه بقبول مطابق له، فيتعين أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي، على الأقل، طبيعة العقد وشروطه الأساسية الواجب توافرها في العرض حتى يعتبر ايجاباً قانونياً.

ويشترط في العرض الذي يتقدم به الموجب لاعتباره إيجاباً بمعناه القانوني ، توافر شرطين هما :

(١) أن يكون هذا العرض جازماً باتاً، أي عرضاً نهائياً يوضح عزم الموجب ونيته القاطعة إلى التعاقد، بحيث ينعقد العقد بمجرد قبول العرض ممن وجه إليه.

فإذا كان العرض غير جازم فلا يكون إيجاباً، وعلى ذلك لا يعتبر إيجاباً مجرد الدعوة إلى التعاقد وما يتخللها من تفاوض ومساومة بين الطرفين حول شروط التعاقد، فكل ذلك لا يخرج عن كونه مراحل تمهد لإبرام العقد، ولا تصبح إيجاباً إلا إذا توافرت النية الجازمة القاطعة في إبرام العقد.

(٢) يتعين لاعتبار العرض إيجاباً، إلى جانب كونه جازماً، أن يكون محدداً، أي متضمناً كل العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فاشتراط أن يكون الإيجاب محدداً يستلزم أن يكون كاملاً، أي متضمناً كل ما يلزم الاتفاق عليه حتى ينعقد العقد. فيجب أن يتم التراضي بين المقاول ورب العمل على ما هو العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل والأجر الذي يتقاضاه منه .

وتنص المادة ٩١ من القانون المدني المصري علي أنه (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٦ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٣ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٦٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٣٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٥٠ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩١ من القانون المدني الليبي.

وتعتمد هذه المادة لتحديد ما يعتبر إيجاباً يقوم العقد بقبوله ، فقد يدق في بعض الأحيان تكييف ما يصدر من المتعاقد أهو إيجاب أم هو مجرد دعوة إلى التعاقد، أو من قبيل التفاوض بشأنه، ولهذا التكييف أهمية لا تخفى، فالإيجاب خطوة إلى العقد نصل به إليه بمجرد أن يقترن به القبول، وعندئذ يمتنع على صاحبه النكول والرجوع، أما الدعوة إلى التعاقد فإن تلبيتها تتضمن إيجاباً يلزم قبوله ممن وجهها ليقوم العقد، وبهذه المثابة يجوز لهذا الأخير أن يتحلل من

إبرام العقد مع عدم الإخلال بما تقتضيه قواعد المسئولية التقصيرية من تحميله بالتعويض إذا كان له محل.

كما تنص المادة ٩٣ من القانون المدني المصري علي أنه (١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٤١ في القانون المدني الكويتي، والمادة ١٣٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمواد ٣٨ - ٣٩ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٩٨ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٠ من القانون المدني القطري، والمادة ٩٤ في القانون المدني السوري، والمادة ٣٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٣ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٩٢ من القانون المدني المصري علي أنه (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٤٥ في القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧١ من القانون المدني القطري، والمادة ٣٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٢ من القانون المدني الليبي.

كما أن مجرد الإفصاح عن النية أو الرغبة في التفاوض أو الدخول في مفاوضات لا يعد إيجاباً ولذا فإنه في حالة قبولها لا ينشأ عقد إذ يجب أن يكون الإيجاب محدد الصيغة والألفاظ وموجه إلى المختص لإتمام قبوله.

(والتعاقد في الفقه الانجلو سكسونى) .

1- " … to constitute a contract, there must be an offer by one person to another and an acceptance of that offer by the person to whom it is made. A mere statement of a person's intention, or a declaration of his willingness to enter into negotiations is not an offer and cannot be accepted so as to form a valid contract"

(Acme Grain Co. v. Wenaus, 1917)

على سبيل المثال:

فإن عبارة "يسعدنا تلقي طلبكم والذي سوف يحظى باهتمامنا الفوري" وتعتبر إيجابا بينما عبارة "نقدم لكم عرض أسعار" لا تعتبر كذلك.

ولذا يجب تحديد الصيغة المستعملة وفقاً للظروف وما إذا كان ما يصدر من المجيب هل هو مجرد عرض أسعار أو أنه إيجاب وعرض للبيع.

2- "We quote you" has been held not to be an offer but "shall be happy to have an order from you to which we will give prompt attention" was held to be an offer. In each case of this type, it is a question to be determined upon the language used, and in light of the circumstances in which it is used, whether what is said by the vendor is a mere quotation of price or in truth an offer to sell." (Canadian Dyers Association v. Burton (1920))

إن الإيجاب يجعل العقد واقعا ..... ويجب أن يكون واضحا

إن العرض البديل أو الإيجاب أو الرد على إيجاب بإيجاب هو رفض للإيجاب الأصلي .

3- : Acceptance validates the contract … It also must be clear, unequivocal, unconditional and made by the person to whom the offer is intended.

وقد نصت المحكمة على أن العرض البديل يلغي العرض الاصلي واللذي لم يعد مجالا للقبول (حيئذ)

The court stated that a counter-offer normally terminates the original offer, which is no longer subject to acceptance.

(Livingstone v. Evans (1925))

مثال:

إذا عرض المقاول نظير القيام بالأعمال مبلغ مائة ألف دولار إلا أن رب العمل عرض عليه أن يقوم بهذه الأعمال نظير تسعين ألف دولار فذلك العرض من رب العمل يعتبر رفضاً لعرض المقاول أي رفضاً لإيجاب المقاول ويعد ذلك إيجاباً جديداً ولكن من قبل رب العمل وفي حالة رفض المقاول هذا الإيجاب أي رفض العمل نظير تسعين ألف لا يجوز لرب العمل إلزام المقاول بالعرض الذي تقدم به سابقاً (مائة ألف دولار) لأنه قد رفض ذلك العرض بالإيجاب الذي تقدم به.

– إذا سلك أحد الأطراف مسلكاً يعبر به عن شروطه ونيته في التعاقد بما يمكن أن يعتمد عليه الشخص العادي واعتمد الطرف الآخر على ذلك السلوك كدليل لنية الطرف الأول وشروطه واتخذ مسلكاً يظهر قبوله بهذه الشروط فإن سلوك الأطراف في هذه الحالة يعد كعقد بينهما يلتزم فيه الأطراف بهذه الشروط.

4- ....."If, whatever a man's intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was consenting to the terms proposed by the other party and that other party upon that belief enters into a contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms." Saint John Tug Boat Co. v.

(Irving Refinery Ltd. (1964))

– العقد يتم بتوافر الإيجاب والقبول المحددين كتابة ويمكن أن يتم التعاقد شفوياً بإيجاب وقبول صحيحين ويستنتج ذلك من ظاهر الأحوال وسلوك أقران التعاقد

مثال : إذا صدر إيجاب (موافقة) من شخص على إنجاز عمارة مكونة من ثلاثة طوابق فإن قيام الشخص الآخر المتعاقد معه بإعداد الأرض وإعداد الرسومات يعد قبولاً لهذا الإيجاب وهذا العرض طالما صاحبته من الأعمال ما يدل على ذلك.

٧-٤-١-١-١ أحكام الإيجاب Offer rules

كما رأينا فالأصل العام – إذن – هو أن الإيجاب قبل اقتران القبول به يكون غير ملزم لصاحبه، طالما لم يكن محدداً له موعد للقبول، صراحة أو ضمناً وفي هذا المعنى تقرر المادة ٩٣ من القانون المدني المصري علي أنه (١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعـ.اد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة).

أولاً : رفض الإيجاب: Offer refused

يترتب على رفض الإيجاب، أي عدم قبوله من الموجب له، سقوطه كذلك يعتبر الإيجاب المتعارض رفضاً ضمنياً للإيجاب. إذا كان الإيجاب محدداً له

ميعاد للقبول، صراحة أو ضمناً، فإنه يسقط بمجرد انقضاء الموعد المحدد دون أن يصدر قبول من الموجب له.

– يؤخذ بمبدأ عدم لزوم الإيجاب على صاحبه، لما فيه من التيسير عليه بمنحه فرصة التحلل من العقد، إذا أصبح عنه راغباً، أي في حالة ما إذا اقترن الإيجاب بميعاد محدد للقبول " التزم الموجب بالبقاء على إيجابه "، أي " التزم الموجب بإيجابه " ويسقط الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول، بمجرد فوات هذا الميعاد.

٧-٤-١-٢ القبول: Acceptance

يقصد بالقبول، في مجال التعاقد، موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي ضمنها، دون تعديل، ويترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب وكان الإيجاب مازال قائماً.

٧-٤-١-٢-١ شروط القبول :

يشترط في القبول الذي يترتب عليه انعقاد العقد شرطان هما :

(١) مطابقته للإيجاب.

(٢) صدوره والإيجاب مازال قائماً.

فإذا جاء القبول غير مطابق للإيجاب سواء بالزيادة أو بالنقص أو بالتعديل بأية طريقة أخرى اعتبر ذلك رفضاً للإيجاب متضمناً إيجاباً جديداً لا ينعقد معه العقد إلا إذا قبله الموجب. أي يعد رفضاً للإيجاب وكذلك إذا جاء القبول معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل.

وإذا كان الإيجاب محدداً بمدة معينة فيجب لكي يترتب على القبول أثره أن يصدر خلال مدة قيام الإيجاب، فإذا جاء بعد انقضاء مدته أو بعد سقوطه لأي سبب كان، اعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر. وتلك الحالات التي ينقلب فيها القبول إلى إيجاب يحتاج إلى قبول جديد.

وبخصوص هذا البند، فقد ذكر القانون المدني المصري المواد التالية، وشرح المعنى والمقصود منها طبقاً لما حددته المذكرة الإيضاحية :

حيث تنص المادة ٩٦ من القانون المدني المصري علي أنه (إذا اقترن

القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٣/٤٣ في القانون المدني الكويتي، والمادة ١٤٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٤١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٩٩ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٢ من القانون المدني القطري، والمادة ٩٧ في القانون المدني السوري، والمادة ٢/٤٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٥٦ من القانون المدني اليمني، والمادة ٩٦ من القانون المدني الليبي.

وتعرض هذه المادة لما يعتبر قبولاً، وتستلزم لذلك أن يجيء الرد من الموجب له مطابقاً للإيجاب، ويجب أن تكون هذه المطابقة تامة شاملة كل ما تناوله الإيجاب من أمور التعاقد.

وتبين حكم حالة عدم التطابق بين الإيجاب وبين الرد عليه من الموجب له، بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، وتقضي بأن مثل هذا الرد يعتبر رفضاً للإيجاب، فأي إختلاف بين الإيجاب وبين الرد عليه، سواء بالزيادة أو بالنقصان في مداه، أو بالتعليق على شرط أو الاقتران بأجل، أو على أية صورة أخرى يجعل من الرد رفضاً للإيجاب. على أن الرد المخالف للإيجاب وقد اعتبر رفضاً له يقع بمثابة إيجاب جديد.

يتضح مما سبق أن عدم التعرض، ومن ثم عدم الاتفاق على الأمور الثانوية، لا يحول دون ارتباط القبول بالإيجاب، ومن ثم تحقق التراضي اللازم لإبرام العقد، طالما تم الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، وفي هذه الحالة يتولى القاضي تحديد الأحكام والقواعد التي تنظم هذه الأمور، في ضوء ما تقرره القواعد القانونية المكملة والقواعد العرفية، وطبيعة المعاملة وقواعد العدالة. (حكم التمييز الطعن رقم ٨٩/٢٠٠ تجاري جلسة ١٩٩٠/١/٢٩).

حالة عملية ٣:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية:

القاعدة رقم (١٩١):

التقدم بالعطاء في المناقصات أو المزايدات هو الإيجاب ، ولا بد أن يصادفه

القبول لانعقاد العقد بإرساء المناقصة أو المزاد:

المناقص لا يعتبر متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد.

من المقرر عملاً بحكم المادة ٧٨ من القانون المدني الكويتي أن التقدم بالعطاء سواء في المزايدات أو المناقصات والتي تأخذ حكمها ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء فلا بد لانعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه ، وتضيف المادة ٥٢ من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة أن المناقص لا يعتبر متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد طبقاً لما تقضي به المادة ٥٣ التالية.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٩٩ من القانون المدني المصري، والمادة ١٤٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٥٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٠٣ من القانون المدني الأردني، والمواد ١٠٣ – ١٠٤ من القانون المدني القطري، والمادة ١٠٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٦٠ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٩ من القانون المدني الليبي.

٧-٤-١-٢-٢ ارتباط القبول بالإيجاب: Offer and Acceptance

الأصل في العقود الرضائية أن تتم بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، ويكفي لتمام العقد واعتباره حجة لازمة علي الطرفين بما فيه أن يكون موقعاً من كل منهما توقيعاً غير متكرر. (الطعن بالتمييز ١٣٩ / ٩٣ تجاري جلسة ١٣ – ١٢ – ١٩٩٣).

وتنص المادة ٩٤ من القانون المدني المصري علي أنه (١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول، فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل. ٢- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٤٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٤٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٩٥ في القانون المدني السوري، والمادة ١/٣٩ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٩٤ من القانون المدني الليبي.

وتقضي المادة ٥١ من القانون المدني الكويتي بأنه (١- إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما أنه، عند حصول الاتفاق بينهما، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها. ٢- وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد، فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة).

وتنص المادة ٩٥ من القانون المدني المصري علي أنه (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٥٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٤١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٤٣ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٠٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ٧٩ من القانون المدني القطري، والمادة ٩٦ من القانون المدني السوري، والمادة ٢/٤١ ، ٣ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٦٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٥٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٥ من القانون المدني الليبي.

٧-٤-١-٣ التعاقد بالإذعان :

Submission Contract

يتحقق التعاقد بالإذعان عندما ينفرد أحد طرفي العقد بوضع شروط التعاقد في قالب إيجاب عام واحد مستمر، موجه للجمهور، بحيث لا يكون أمام من

يرغب في التعاقد سوى الإذعان لهذه الشروط وقبولها كما هي دون مناقشة، أو عدم التعاقد كلية. فمع عقود الإذعان يحرم الطرف المذعن من أية مناقشة حقيقية لشروط العقد، التي يستقل أحد طرفيها بوضعها مقدماً في شكل نموذج عقد عام مجرد جاهز لقبوله كما هو ممن يرغب التعاقد وإلا فلا تعاقد.

وهذا النوع من التعاقد يجب التركيز عليه لما له من أهمية بالغة ، وخاصةً فيما يتعلق بصحة قيام العقد ، وقد ذكر القانون المدني المواد التالية لتحديد المعنى والمقصود من التعاقد بالإذعان ، وما يترتب عليه .

وتجئ المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري لتحسم خلافاً ثار واحتدم في الفكر القانوني حول طبيعة عقد الإذعان ذاتها، وهو خلاف تركز حول ما إذا كان عقد الإذعان يعتبر عقداً، وبالتالي تطبق في شأنه أحكام العقود بوجه عام، أو أنه لا يعتبر كذلك.

وقد آثر المشرع أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد حول عقود الإذعان، فناصر فكرة العقدية في صددها، قاضياً، في المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري بأنه (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٤٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٥٧ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٠٤ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٠٥ من القانون المدني القطري، والمادة ١٠١ من القانون المدني السوري، والمادة ٤٥ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٧٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٦١ من القانون المدني اليمني، والمادة ١/١٦٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٠٠ من القانون المدني الليبي.

والمشرع بذلك يغلب الرأي السليم، الذي ناصره القضاء دوماً، فضلاً عن كثرة من الفقهاء، وقد راعى في ذلك الطرف المذعن، ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه، ولو أن رضاءه يأتي على صورة التسليم بشروطه والإذعان لمشيئته، إلا أنه مع ذلك رضاء قائم وكاف لقيام العقد، ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتمثل في رفض فكرة العقدية في ذاتها، وإنما في حماية

هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة.

كما تقضي المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري بأنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٨١ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٤٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٥٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٠٦ من القانون المدني القطري، والمادة ١٥٠ من القانون المدني السوري، والمادة ١١٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١١٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢/١٦٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٤٩ من القانون المدني الليبي.

وتقرر هذه المادة حماية فعالة للطرف المذعن – وهي الغاية التي استهدفها الفكر القانوني دوماً – اعتباراً بأن في قبوله العقد يرضخ لإرادة المتعاقد الآخر ويسلم بشروطه من غير نقاش، وتتركز الحماية في تجنيب المذعن أثر إعمال الشروط التعسفية الجائرة المجحفة به، وهي تكون كذلك إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية، وتثبت هذه الحماية حتى لو كان المذعن يعلم بها وشملها بالتالي رضاؤه.

وتنص المادة ٢/١٥١ من القانون المدني المصري علي أنه (٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المواد ٨٢ و ١٩٤ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٦٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمواد ٥٩ و ١٢٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢/٢٤٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٧٠ من القانون المدني القطري، والمادة ٢/١٥٢ من القانون المدني السوري، والمادة ١٠٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١١٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١٣ من القانون

المدني اليمني، والمادة ٣/١٦٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/١٥٣ من القانون المدني الليبي.

وتعرض المادة السابقة لتفسير الشك الذي يبقى في عبارات عقد الإذعان الغامضة، والتي لاتصل وسائل التفيؤ إلى تبديده، وتقضي بأن هذا الشك يفسر دائماً، وفي كل الأحوال لمصلحة الطرف المذعن، وهذا مظهر آخر من مظاهر الحماية للجانب الضعيف في عقد الإذعان.

حيث أوجبت المادة ٢/١٥١ من القانون المدني المصري تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، دائناً كان أو مديناً، ونظراً لاستقلال أحد طرفي عقد الإذعان بفرض شروط التعاقد على المتعاقد الآخر، بسبب وجوده في مركز اقتصادي قوي يمكنه من ذلك ، فقد تتضمن هذه العقود بنوداً تعسفية في غير صالح الطرف الضعيف، أي المذعن، الذي لا يملك إلا قبولها إذا ما رغب في التعاقد، وهذا ما يبرر تدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان بما يكفل حماية هذا الطرف.

ولاحتمال تعسف الطرف القوي في وضع هذه الشروط، فقد أجازت المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري، للقاضي، بناء على طلب الطرف الضعيف، أي المذعن، أن يعدل من الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان مما يرفع عنه إجحافها أو يعفيه منها كلية.

والمقصود بالشروط التعسفية التي يملك القاضي تعديلها، تلك الشروط التي تتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع.

ولم يفرض المشرع على القاضي معياراً معيناً يستهدي به عند تعديله للشروط المجحفة، التي تتضمنها عقود الإذعان سوى ما تقتضيه العدالة، لذلك فللقاضي أن يعفي الطرف المذعن كلية من الشروط المجحفة، وليس فقط تعديلها، إذا ما اقتضت العدالة ذلك، ولا يحول دون سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان المجحفة أو إلغائها، أن يكون الطرف المذعن على علم بها، فهو لا يملك حيالها شيئاً، علم بها أو لم يعلم.

وإمعاناً في حماية الطرف المذعن فقد جعل المشرع سلطة القاضي في تعديل الشروط المجحفة متعلقة بالنظام العام، لذلك أبطل كل اتفاق يحول دون

تدخل القاضي لتعديل هذه الشروط، الأمر الذي يجعل من سلطة القاضي في تعديل الشروط المجحفة، قاعدة آمره لا تجوز مخالفتها، غير أن القاضي لا يملك أن يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشروط المجحفة التي يتضمنها عقد الإذعان، وإنما يجب أن يكون ذلك بناءاً على طلب الطرف المذعن، فإذا لم يطلب فلا يملك القاضي سلطة التعديل.

تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن :

خص المشرع بالمادة ٢/١٥١ من القانون المدني المصري تفسير عقود الإذعان بحكم خاص بمقتضاه يجب أن يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن، باعتباره الطرف الضعيف، الأولى بالرعاية، يستوي في ذلك أن يكون دائناً أو مديناً خاصة وأن الطرف القوي يفترض أن لديه من الوسائل ما يمكنه من فرض ما يراه من شروط في صالحه.

وسبيل الطرف المذعن إلى توفير الحماية لنفسه هو أن يلجأ إلى القضاء الذي له، بناءاً على طلبه، وعلى حسب الأحوال، ووفقاً لما تقتضيه العدالة، أن يعدل من الشروط التعسفية بما يرفع إجحافها عن الطرف المذعن، أو يعفيه كلية منها، ويقع باطلاً كل اتفاق من شأنه أن يرفع تلك الحماية بوجهيها (المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري).

القبول في عقود الإذعان (من وجهة الفقة الإسلامي) :

تعتبر عقود الإذعان ثمرة من ثمرات التطور الاقتصادي وآلة من آلات التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الحياة الحديثة، وأسلوب لتنظيم كثير من المجالات الحيوية التي لا غنى للجمهور عنها، وخاصة مجال المقاولات.

وتتميز هذه العقود بالسمات التالية :

١- تعلق العقد بالسلع والمرافق والخدمات الضرورية لعموم الناس .

٢- سيطرة المنظمات الضخمة والجهات الحكومية على هذه السلع والمرافق والخدمات ، بحيث تنعدم المنافسة في تقديمها أو تقل ، ولا يستطيع الجمهور عامة والمقاول خاصة أن يرفض التعاقد مع مثل هذه المنظمات والجهات.

٣- قدرة هذه المنظمات على فرض شروطها ومصالحها فيما تبرمه من عقود مع المتعاقدين معها.

ويقيم العلامة السنهوري اجتهاده لتحديد حكم عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامي بلمح معنى الاحتكار الذي يشيع في هذه العقود والذي تستند إليه تلك المنظمات لإجبار الناس على الرضوخ لشروطها والثابت بيقين أن الشريعة الإسلامية حرمت الاحتكار بوجه عام.

كما يجب علينا إضافة معنى آخر للتعرف على موقف الفقه الإسلامي من عقود الإذعان ويتمثل هذا المعنى في إسراف الجهات المالكة في وضع ما تشاء من شروط متعسفة ظالمة لا تخلو أحياناً من تناقضها مع أصول الشريعة ومبادئها العامة، ومن ذلك ما تضعه بعض الجهات المالكة من شروط فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن إهمال موظفيها أو تقصيرهم.

وهكذا يقوم الحكم على عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامي بالنظر إلى هذين الأمرين:

١- كراهة الاحتكار ومنع التأثير على قوى العرض والطلب.

٢- بطلان الشروط المناقضة لأصل شرعي أو للعدالة أو للعرف.

ولا يخفي أن القبول في عقود الإذعان هو التسليم بالشروط التي يضعها الموجب ولا يقبل التعديل فيها، ويجب إعطاء القاضي حق التدخل بمقتضى ولايته العامة لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد أو يخالف أصلاً شرعياً عاماً.

حالة عملية ٤:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية:

القاعدة رقم (٣٠٣) – العقد الإداري ليس من عقود الإذعان :

من المستقر عليه أن العقد الإداري يتميز عن العقود المدنية بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة، ولكن يجب أن يكون ذلك أيضاً داخل إطار المبادئ القانونية والأصول المقررة لتنفيذ كافة العقود وذلك إذا توافرت شرائطها لعدم تعارضها مع الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية ومؤدى ذلك أن تضمن العقود الإدارية شروطاً غير مألوفة ومنح الإدارة حرية أكبر ومساحة حركة في

تنفيذ العقود الإدارية لا يقلبها إلى عقود إذعان بل تظل تلك العقود محافظة على طبيعتها وخصائصها طالما كان تنفيذها لا يخرج عن الأحكام التي وردت بها وعن النصوص الواردة بالمستندات الملحقة بها والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها.

وإذا تبين من مطالعة أحكام العقد وشروط المناقصة أن الوزارة قد طبقت هذه الأحكام والشروط تطبيقاً سليماً دون إخلال أو تفريط وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل ومراعاة طبيعة التعامل وما تمليه العدالة وتجري به العادة ومحقق في الوقت ذاته الصالح العام فإنه لا يحق للمتعاقد المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة تمديد الأشغال أو الأوامر التغييرية. (حكم الاستئناف الطعن رقم ١٩٩٨/٢٦٤ إداري بجلسة ١٩٩٩/٢/٢٢).

حالة عملية ٥:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية:

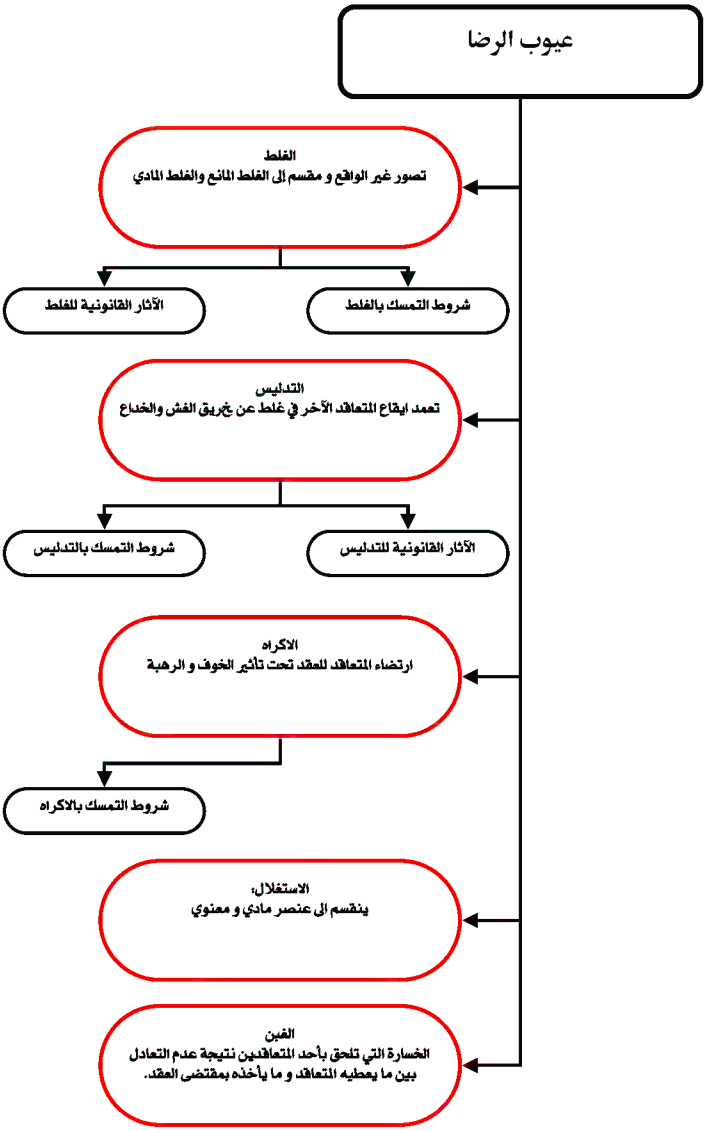
الشروط الواجب توافرها في عقود الإذعان :

عقود الإذعان وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تتميز عن غيرها باجتماع سمات ثلاث أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، والثاني احتكار الموجب لهذه الأسعار والمرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث صدور الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة وعلى نحو مستمر، والقبول في هذه العقود ليس إلا إذعاناً لما يمليه الموجب فالقابل لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع ولما كان في حاجة إلى التعاقد فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل إقتصادية أكثر منه إتصالاً بعوامل نفسية. (حكم التمييز في الطعن ٩٥/٢١٧ تجاري جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)

٧-٤-١-٤ عيوب الرضا: Defects of Consent

تحقيقاً لسلامة الرضا، تتطلب القوانين الوضعية المختلفة، كما يتطلب الفقه الإسلامي بدوره، إلى جانب صدوره عن أهلية صحيحة، خلوه من العيوب التي

تشوبه، والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء هي: الغلط والتدليس والإكراه والغبن والاستغلال .



شكل ٧-٣ عيوب الرضا

٧-٤-١-٤-١ الغلط: Fault

١- المقصود بالغلط:

الغلط يتمثل في تصور غير الواقع، ويتحقق نتيجة وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له أمراً على غير حقيقته، فيبرم بناءاً على هذا الغلط عقداً، لم يكن يبرمه لو علم بالحقيقة، والغلط الذي يقع فيه المتعاقد ليس على درجة واحدة من حيث تأثيره في إرادته، فهناك الغلط المانع الذي يهدم هذه الإرادة فيمتنع معه إبرام العقد أي الخطأ في الواقع **fault in fact**، وهناك الغلط المادي **material fault** غير المؤثر في الإرادة واتجاهها إلى إبرام العقد، وبين هذا وذاك يوجد الغلط المعيب للإرادة، الذي وإن تحقق معه رضاء المتعاقد إلا أنه يكون رضاءاً معيباً، فيجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحته.

(١) الغلط المانع: **mistake in fact**

الغلط المانع هو الغلط الذي يعدم الإرادة كلية فيمنع من إبرام العقد، فهو يتعلق بوجود رضاء المتعاقد وليس بسلامته، ومعه يتخلف عن العقد ركن الرضاء فلا يقوم العقد كلية.

والغلط المانع الذي يعدم الرضاء قد يقع في ماهية العقد، أي طبيعته، كقيام شخص ببيع أرض معينة يملكها بينما اعتقد المشتري، أن البيع وارد على أرض أخرى للبائع، والغلط المانع كما يرد على ركن الرضا فيعدمه، قد يرد أيضاً على ركن المحل أو ركن السبب.

(٢) الغلط المادي: **material mistake**

نقصد بالغلط المادي ذلك الغلط الذي يقع فيه المتعاقد، ليس عند تكوين إرادته وإنما بعد تكوينها تكويناً صحيحاً، ولأن الإرادة مع هذا الغلط تكون قد تكونت لدى المتعاقد تكويناً صحيحاً غير معيب، فينعقد العقد صحيحاً وفق ما اتجهت إليه إرادته مع تصحيح ما وقع من غلط.

ومن تطبيقات الغلط المادي، اللاحق لتكوين الإرادة، الغلط في الحساب، فهذا الغلط لكونه لا يؤثر في توجيه إرادة المتعاقد، فلا يؤثر في الرضا ولا في قيام العقد وصحته، بل يجب تصحيحه ليصبح الرضا متفقاً مع حقيقة ما اتجهت إليه الإرادة. وهذا ما قررته المادة ١٢٣ من القانون المدني المصري بقولها (لا

يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٥٠ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٩٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٨٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٥٥ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٣٣ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢٤ من القانون المدني السوري، والمادة ٦٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٨٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٢٣ من القانون المدني الليبي.

فإذا باع شخص شيئاً بثمن محدد تم الاتفاق عليه مع المشتري ، إلا أنه عند كتابة عقد البيع وقع غلط في الثمن بأن كتب ١٠٠٠ بدلاً من ١٠٠٠٠ مثلاً، عندئذ لا يؤثر هذا الغلط المادي في إبرام العقد وقيامه وفقاً لحقيقة ما اتجهت إليه الإرادة، ويقتصر الأمر على تصحيح هذا الغلط المادي.

مثال:

على سبيل المثال إذا كان المقاول قد تعاقد على أساس مبلغ إجمالي ثابت مقطوع تم ذكره في صيغة العقد وهو ما اتفق عليه الأطراف إلا أنه بمراجعة جداول الكميات المسعرة التي قدمها المقاول فإن المجموع المذكور يخالف المذكور في صيغة العقد فإنه في هذه الحالة يتم تصحيح المذكور في جداول الكميات ليتفق مع المذكور في صيغة العقد.

٧-٤-١-٤-١-١ شروط التمسك بالغلط:

(١) أن يكون الغلط دافعاً إلى التعاقد.

(٢) أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر.

تعرضت المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري لشروط إعمال الغلط وأثره، وهي تتطلب لإعمال الغلط أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، بحيث أنه لولا وقوعه فيه لما ارتضى العقد، فالمعيار هنا شخصي يتعلق بالمتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه، فإذا تبين أن المتعاقد، حال ارتضائه العقد، وقع في غلط، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى الرضاء به، بحيث أنه ما كان

ليرتضيه بغيره تهيأ الغلط لأن ينتج أثره في العقد بالقابلية لإبطاله، دون اعتداد بعد ذلك بالأمر الذي ينصب الغلط عليه، أما إذا ظهر أن وقوع المتعاقد في الغلط ليس هو الذي دفعه إلى التعاقد فلا يكون لغلطه تأثير على صحة العقد، ولو كان قد انصب على مادة الشيء محل التعاقد ذاتها، التي هي من بعد الركيزة الأولى للغلط المؤثر في ظل النظرية القديمة فالعبرة ليست بموضوع الغلط، وإنما بأثره على صاحبه بالنسبة إلى ارتضائه العقد.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٤٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١/١٣٠ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢١ من القانون المدني السوري، والمادة ٦٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمواد ٨١ – ٨٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٧٣ من القانون المدني اليمني، والمواد ١١٨ – ١١٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٢٠ من القانون المدني الليبي.

ولإعمال أثر الغلط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره في نفس الغلط، أو علم بوقوع غريمه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك.

فوقوع المتعاقدين كليهما في نفس الغلط ينهض بذاته دليلاً على أن أيا منهما معذور في غلطه، فيغفر له الوقوع فيه، ويكون لصاحب المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد.

وقد سبق أن رأينا المادة ١٢٣ من القانون المدني المصري قد تعرضت للغلط المادي، المتمثل في أخطاء الحساب أو زلات القلم، وقررت بأنه لا يؤثر في صحة العقد، ذلك لأن الغلط المادي ذاته لا يمثل عيباً في الرضاء، فهو لا يعدو أن يكون مظهراً غير صحيح للرضاء ذاته، ومن ثم فهو لا يؤثر بداهة في صحة العقد وإنما يلزم تصحيحه.

على أن الخطأ المادي الذي لا يكون له تأثير على العقد هو ذاك الذي يجيء كمظهر لرضاء قد تم بالفعل من المتعاقدين، أما إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط مادي في حسابات أجراها، أو زل منه القلم في التعبير عن إرادته، وجاء رضاء الطرف الآخر متأثراً بغلطه المادي هذا، فقد يكون من شأن ذلك أن يؤثر في حكم العلاقة بينهما على وجه ما يقضي به القانون، وهذا ما أراد المشرع المصري أن يتحفظ في شأنه بقوله أن الذي لا يؤثر في صحة العقد هو مجرد الغلط في الحساب وليس زلات القلم.

٧-٤-١-٤-١-٢ الآثار القانونية للغلط :

رأينا أن نص المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري قد جرى علي أنه (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه).

الأمر الذي يتضح معه أن أهم الآثار القانونية التي تترتب علي وقوع المتعاقد في غلط جوهري هو إعطائه الحق في طلب إبطال ذلك التعاقد شريطة أن يكون هذا الغلط جوهرياً قد بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

كما أضافت المادة ١٢٢ من القانون المدني المصري النص علي أنه (يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٤٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٩٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٨٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٥٤ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ١٣١ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢٣ من القانون المدني السوري، والمادة ٨٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٢ من القانون المدني الليبي.

وأضافت المادة ١٢٤ من القانون المدني المصري استثناء علي تلك القاعدة حيث قررت أنه (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٤٩ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٩٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٨٧ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٥٦ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ١٣٢ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢٥ من القانون المدني السوري، والمادة ٦٥ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٨٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٤ من القانون المدني الليبي.

كما يعد استثناء أيضاً نص المادة ١٢٣ من القانون المدني المصري التي قررت بقولها (لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط).

ولذا فيمكن تقسيم الخطأ في عقود التشييد إلي نوعين من الخطأ، وهما الخطأ في الواقع والخطأ الحسابي أو زلة القلم، والنموذج الشائع للأخطاء الحسابية هو الخطأ في الجمع أو الضرب، أو ذلة قلم كطباعة ١٠٠ بدلاً من ١٠٠٠ أو الخطأ في نقل رقم من صفحة إلي صفحة وهي أخطاء في الحساب لا يختلف عليها أحد، فمثلاً لا يوجد أحد يختلف علي أن حاصل ضرب ١٠ في ١٠ هو ١٠٠ وليس ١٠٠٠ ، وكذلك سته مضاف إليها أربع هي عشر وليس واحد، أما الخطأ في الواقع فهو الذي قد يكون خطأ في تقدير الكميات المطلوب إنجازها أو عدم القدرة علي فهم تبعات المواصفات المقترحة أو المطلوب وفقاً للعقد، فالذي يصحح هو الخطأ الحسابي وزلات القلم، أما الخطأ في الواقع فيعامل معاملة مختلفة كما سيتم إيضاحه في الحالات التالية:

حالة عملية ٦:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية – القاعدة رقم (١١٠)

تدقيق العطاء و تصحيح الأخطاء الحسابية – ص(٣٤٧)

١- الخطأ الحسابي هو خطأ مادي يقع نتيجة أخطاء في الأسعار الفردية وفي التفصيلات في عمليات الحساب من جمع وطرح وضرب وخلافه والتي إذا ما تم جمعها – بعد تصحيحها – انتهت إلى سعر إجمالي يخالف السعر الإجمالي المدون في صيغة العطاء. إذا جاوز الخطأ الحسابي ٥% من السعر الإجمالي، يترتب عليه استبعاد العطاء.

٢- الخطأ المادي في الكتابة مرده إلى سقطات القلم والسهو الذي يحدث أخطاء أو نقصاً في التعبير، ومثل هذا الخطأ لا يعدو أن يكون مظهراً غير صحيح لإرادة المناقص، ولا يؤثر في صحة العطاء، ويلزم تصحيحه والترسية على السعر الإجمالي للعطاء بعد التصحيح.

٣- تسري على العقود الإدارية القاعدة العامة التي أرستها المادة ١٥٠ مدني باعتبارها من الأصول العامة في الالتزامات.

تتحصل الوقائع في أن لجنة المناقصات المركزية طرحت المناق.صة ..... وأحالت العطاءات المقبولة إلى شركة نفط الكويت للدراسة وإبداء التوصية وفقاً لأحكام قانون المناقصات العامة رقم ٦٤/٣٧ فأوصت الشركة بالترس.ية عل.ى العطاء رقم (٣) المقدم من شركة .... بسعر إجمالي قدره ٣٣١,١٠٤/٤٢٥ د.ك بعد أن استبعدت من جانبها أرخص العطاءات رقم (٦) المقدم من ش.ركة ..... بسعر إجمالي ورد في صيغة العطاء عل.ى أن.ه ١٨٣,٢٨٥ د.ك، ب.دعوى أن الشركة مقدمة هذا العطاء قد ارتكبت خطأ ح.سابياً بالنق.صان أي أن ال.سعر الإجمالي الصحيح هو -/٢٨٣,٢٨٥ د.ك وقد تكشف هذا الخطأ ال.ذي يج.اوز ٥% من قيمة العطاء عند تدقيق العطاء حسابياً ..... ولدى عرض العط.اءات على اللجنة بجلستها المؤرخة في ١٩٨٢/١١/٨ للبت والترسية إتجه رأي إل.ى مخالفة توصية شركة نفط الكويت وقب.ول العط.اء الأرخ.ص بإجم.اع آراء الحاضرين طبقاً لأحكام المادتين ٢٤، ٤٥ من قانون المناق.صات العام.ة م.ن تصحيح الخطأ والترسية بمبلغ إجمالي قدره -/٢٨٣,٢٨٥ د.ك إذ يظ.ل ه.ذا العطاء هو الأرخص، واتجه الرأي آخر إلى أن المسألة لا تعدو أن تكون زل.ة قلم من موظف الشركة المناقصة وطبقاً للقواعد العامة في القانون المدني فإن.ه من العدالة تصحيح هذا الخطأ المادي والترسية على عطاء هذه ال.شركة بع.د التصحيح دون خوض في تفسير أحكام المادتين ٢٤، ٤٥ من قانون المناقصات العامة.

وطلبت الإفادة بالرأي عن العطاء الأحق بالترسية، وإذا كان ه.و العط.اء المقدم من شركة ..... فهل تكون الترسية بسعر -/١٨٣,٢٨٥د.ك أم ب.سعر -/٢٨٣,٢٨٥د.ك، وكذلك بيان الفرق بين الخطأ الحسابي والخطأ المادي. وما هو معيار التفرقة بينهما.

وبالنسبة للحالة المعروضة فإنه يتعين ابتداء أن نشير إلى أن هذه المناقصة تخضع من حيث البت والترسية للأحكام والإجراءات المعمول بها ف.ي ق.انون المناقصات العامة، وتختص لجنة المناقصات المركزية بالبت فيها وترسيتها على العطاء الفائز وذلك طبقاً لأحكام المادتين ١، ١٠ من ق.رار المجل.س الأعل.ى للبترول رقم ٧٩/٥ في شأن تنظيم مناقصات الشركات البترولية.

وحيث إنه فيما يتعلق بتحديد مجال تطبيق المادتين ٢٤ ، ٤٥ م.ن ق.انون المناقصات العامة، فإن المادة ٢٤ تنص على أنه " تسعر جميع العطاءات بالعملة

الرسمية ما لم تنص وثائق المناقصة على خلاف ذلك ". والسعر الإجمالي المبين في صيغة المناقصة هو السعر الذي تعتبره لجنة المناقصات المركزية بـ.صرف النظر عن أية أرقام قد تظهر في الملحق العام أو في مكان آخـ.ر فـ.ي وثـ.ائق المناقصة وبصرف النظر عن أية أخطاء يرتكبها المناقص أثناء حساب سـ.عره الإجمالي ولا يسمح للمناقص بإجراء أي تعديل في هذا السعر بعد تقديم عطائـ.ه فإذا كان الخطأ الحسابي يجاوز ٥% من السعر الإجمالي استبعد العطاء ما لم تر اللجنة بإجماع آراء الحاضرين قبوله لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ..... " وتنص المادة ٤٥ على أنه "إذا وجد عند التدقيق فـ.ي المناقـ.صة أن الأسـ.عار الفردية والتفصيلات غير مطابقة للسعر الإجمالي فالعبرة دائماً بالسعر الإجمالي إلا إذا كان الخطأ فيه بالزيادة عن مجموع الأسعار الفردية والتفـ.صيلات فإنـ.ه يعتد في هذه الحالة بالمجموع الصحيح، كل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام المـ.ادة ٢٤ من هذا القانون".

وحيث إنه عن الخطأ الحسابي المشار إليه في نص المادة ٢٤ سالفة الـ.ذكر فإنه يتعين تحديد مفهومه والمقصود منه بالرجوع إلى أحكام المادة ٤٥ سـ.الف الإشارة إليها. وبمقارنة أحكام هاتين المادتين يبين أن الخطأ الحسابي الذي قـ.د يترتب عليه استبعاد العطاء هو الخطأ الحسابي في الأسـ.عار الإفراديـ.ة وفـ.ي التفصيلات والذي إذا ما تم جمعها – بعد تصحيحها – انتهت إلى سعر إجمـ.الي يخالف السعر الإجمالي المدون في صيغة العطاء وفي هذه الحالة إذا كانت هـ.ذه الأخطاء في جملتها تجاوز ٥% من السعر الإجمالي المدون في العطـ.اء جـ.از قانوناً استبعاد العطاء ما لم تر اللجنة بإجماع آراء الحاضرين قبوله لاعتبـ.ارات تتعلق بالمصلحة العامة لكونه أقل الأسعار مثلاً بعد تصحيح الأخطاء.

وحيث إنه تأسيساً على ما تقدم فإن العطاء المقدم من شركة ..... لم يقع في خطأ حسابي في أحكام المادة ٢٤ من قانون المناقصات العامة سـ.الفة الـ.ذكر، وإنما يعتبر في حقيقته خطأ مادياً في كتابة رقم السعر الإجمالي ويؤكد ذلـ.ك أن قيمة التأمين الأولي (٥٦٦٦ دينار) المدفوع مع العطـ.اء تتناسـ.ب مـ.ع القيمـ.ة الإجمالية الصحيحة وحتى لو اعتبر هذا الخطأ المادي خطأ حسابياً لأنـ.ه جـ.اء نتيجة سهو المناقص في كتابة الرقم الصحيح الذي جاء نتيجة عملية الجمع فإنـ.ه لا يخضع أيضاً لأحكام المادة ٢٤ لأن الخطأ لم يكن في الأسعار الإفراديـ.ة أو التفصيلية ، ومن ثم يجوز للجنة المناقصات المركزية تصحيح هذا الخطأ طبقـ.اً

للقاعدة العامة التي أرستها المادة ١٥٠ مدني باعتبارها من الأصول العامة في الالتزامات ويجري تطبيقها في نطاق الروابط العقدية الإدارية إذ لا يعدو مثل هذا الخطأ أن يكون مظهراً غير صحيح لإرادة المناقص ولا يؤثر في صحة العطاء وإنما يلزم تصحيحه .. وعلى ذلك يجوز للجنة المناقصات الترسية على السعر الإجمالي للعطاء المقدم من هذه الشركة بعد تصحيحه. (فتوى رقم ٨٢/٤٠٧/٢ بتاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٠).

حالة عملية ٧:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية – القاعدة رقم (١١١)

تدقيق العطاء و تصحيح الأخطاء الحسابية – ص(٣٥١)

١- خطأ مادي في بيان سعر الوحدة – إدراج المناقص في القسم المخصص في الجدول لسعر الوحدة بالحروف مبلغاً مقداره خمسون ديناراً كتابة – إدراجه في القسم المخصص لسعر الوحدة بالأرقام مبلغاً مقداره ٦٠ ديناراً رقماً – تدوين السعر الإجمالي في القسم المخصص له بمبلغ هو ناتج ضرب عدد الوحدات في سعر الوحدة البالغ ٦٠ دينار – الأخذ بالسعر المدون رقماً للوحدة – تصحيح الخطأ على هذا الأساس – بيان ذلك.

٢- مجال تطبيق المادة ٢٤ من قانون المناقصات هو بالنسبة للسعر الإجمالي للعطاء إذا اختلف فيه المبلغ المكتوب بالأرقام عن المبلغ المكتوب بالحروف فعلى اللجنة أن تأخذ بالأقل، ولا يسري ذلك في حالة الخطأ المادي في سعر البند.

بالرجوع إلي جدول الكميات والأسعار المعبأ والموقع من قبل المناقص نجد أنه بالنسبة للبند (٢-٢) الخاص بالخرسانة المسلحة فقد أدرج المناقص في القسم المخصص من هذا الجدول لسعر الوحدة بالحروف مبلغاً مقداره "خمسون ديناراً" كتابة، وفي القسم المخصص لسعر الوحدة بالأرقام مبلغاً مقداره ٦٠ د.ك رقماً ثم دون السعر الإجمالي لهذا البند في القسم المخصص له بمبلغ ..... وهذا المبلغ ناتج ضرب عدد وحدات هذا البند بسعر الوحدة البالغ ٦٠ د.ك ثم تابع جمع هذا المبلغ مع إجمالي قيمة الوحدات الأخرى في العطاء ، وخلص في النتيجة إلى الإجمالي العام لقيمة العطاء وإدراجه في القسم المخصص له بمبلغ ..... بعد إجراء الخصم ودونه هكذا رقماً وكتابة.

وبناء على ما سلف ذكره يبين أن قصد المناقص كان هو الـ.سعر المـ.دون بالأرقام والبالغ ٦٠ د.ك للوحدة ودليل ذلك أن هذا المبلغ يتسق وإجمالي البند. وكذلك الإجمالي العام للمناقصة فإذا أضفنا إلى ذلك أن سعر هذا البند كما يبـ.دو في جداول الكميات المقدمة من بقية المناقصين الآخرين المشتركين فـ.ي هـ.ذه المناقصة يتراوح بين (٦٠-٨٨) د.ك للمتر المكعب الواحد فإننا نستدل على أن هذا المناقص قد وقع في خطأ مادي وليس خطأ في تقدير السعر وذلك بأن دون بالحروف سعراً للوحدة رقم ..... مقداره خمسون ديناراً بدلاً من ٦٠ ديناراً التي دونها رقماً واعتمدها في حساب السعر الإجمالي بضربها بعدد الوحـ.دات لهـ.ذا البند.

وبناء عليه فإذا ما كان الأمر كذلك فإننا نرى تصحيح هذا الخطأ بأن تأخـ.ذ اللجنة بالسعر المدون رقماً للوحدة والبالغ ستون ديناراً، وهذا التصحيح يعتبـ.ر تطبيقاً سليماً لأحكام المادة (١٢١) من قانون التجارة التي تنص علـ.ى أنـ.ه "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلـ.م ولكـ.ن يجـ.ب تصحيح الغلط".

كما تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يمنع من إجراء هذا التصحيح ما ورد فـ.ي المادة ٢٤ من قانون المناقصات العامة من أنه " ..... إذا اختلف المبلغ المكتوب بالأرقام عن المبلغ المكتوب بالحروف أخذت لجنة المناقصات المركزية بالمبلغ الأقل "إذ أن هذه المادة إنما وردت في شأن السعر الإجمالي للعطاء وهو السعر الذي تعتبره لجنة المناقصات المركزية بصرف النظر عن أية أرقام قد تظهر في الملخص العام أو في أي مكان آخر في وثائق المناقصة إلى آخر ما جاء في هذا النص ، وبمقتضى أحكام هذا النص فإنه يتعين على اللجنـ.ة أن تأخـ.ذ بالـ.سعر الإجمالي . وكما هو واضح في الحالة المعروضة فإن السعر الإجمالي متطـ.ابق رقماً وحرفاً وليس ثمة خطأ فيه. (فتوى رقم ٢٦٢٥/٢ في ١٩٧٧/٣/٨).

حالة عملية ٨:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية – القاعدة رقم (١١٣)

تدقيق العطاء و تصحيح الأخطاء الحسابية – م(٣٥٤)

إذا اختلف السعر الإجمالي الوارد في صيغة المناقصة عن السعر الإجمالي الوارد في الملخص العام فإنه يعتد بالسعر الإجمالي الوارد في صيغة المناقصة.

طبقاً لنص المادة ٢٤ من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ فإن السعر الإجمالي الذي تعتد به لجنة المناقصات المركزية هو الـ.سعر الإجمـ.الي المبين في صيغة المناقصة بغض النظر عن أية أرقام قد تظهر فـ.ي الملخـ.ص العام أو في أي مكان آخر في وثائق المناقصة وبغض النظر عن أيـ.ة أخطـ.اء يرتكبها المناقص أثناء حساب السعر الإجمالي، ولا يجوز للمناقص تعديل هـ.ذا السعر بعد تقديم عطائه في حالة تجاوز الخطـ.أ الحـ.سابي ٥% عـ.ن الـ.سعر الإجمالي فإن العطاء يستبعد إلا إذا رأت اللجنة بإجماع آراء الحاضرين قبولـ.ه لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة فإذا كانت الجهة الإدارية طلبت من المناقص بمقتضى ملحق تعديلي إضافة بند جديد إلى المناقصة وتم إخطاره بما يفيد علمه بهذا الملحق، ومن ثم كان تحت نظره عندما حرر صيغة المناقصة وعلى علـ.م تام بالإضافات المطلوبة في هذا الملحق وحدد صيغة المناقصة والسعر الإجمالي فيها، بينما حدد سعر آخر في الملخص العام استناداً إلى إضافة بند جديد رغم أن سعر هذا البند الجديد لا يمثل الفرق بين السعر الإجمالي الـ.وارد فـ.ي صـ.يغة المناقصة والسعر الإجمالي الوارد في الملحق العام، لذا فإن الـ.سعر الإجمـ.الي الذي يعتد به في هذه الحالة طبقاً لحكم المادة ٢٤ سـ.الفة الـ.ذكر هـ.و الـ.سعر الإجمالي الوارد في صيغة المناقصة. (فتوى رقم ٢٨٠٧/٢ في ١٩٧٨/١/٢٤).

حالة عملية ٩:

The City of Syracuse , New York , put out request for bids to construct a junior high school . Sarkisian Bros , the contractor entered an incorrect bid figure which resulted from a number being incorrectly transferred from the worksheet to the bid proposal . Because of the transfer error , the contractor inadvertently calculated a deduction of $213,000 rather than $21,300 .The contractor notified the city of the mistake on the day that the bids were opened and requested that the bid was withdrawn . the court determined that the bid price would not be enforced because the error was material and of a clerical nature . The court evaluates whether the contractor's mistake is known by the other party and whether 1) the mistake in the bid is of such consequence that enforcement would be unconscionable , 2) the mistake is material , 3) the mistake occurred despite the exercise of ordinary care by the bidder , 4) it is possible to place the other party in status quo.

(City of Syracuse v.Sarkisian Bros .,Inc.,87 App.Div.2d 984 ,451 N.Y.S.2d 618 ,454 N.Y.S.2d 71 , 439 N.E.2d 880 (1982 , 4th Dep't)

تتعلق هذه الحالة ببلدية مدينة (Syracuse) بولاية نيويورك حيث تقدم أحد المقاولين بسعر لإنشاء مدرسة، إلا أنه نتيجة زلة قلم، نقل رقم ٢١٣,٠٠٠ إلى الصفحة التالية بدلاً من ٢١,٣٠٠ وقد أخطر المقاول المدينة بهذا خطأ في يوم فتح العطاءات، وطالب بسحب عطائه نظرا لهذا الخطأ المادي، وقد أقرت المحكمة بأحقيته في ذلك حيث أن هذا الخطأ يعد خطأ ماديا، مبررة ذلك بالأسباب التالية:

أولاً: أن استعمال العطاء بهذا الخطأ يكون غير منطقي وغير عادل.

ثانياً: أن الخطأ مادي.

ثالثاً: أن الخطأ حدث رغم اتخاذ المتقدم للعطاء العناية اللازمة للشخص العادي.

رابعاً: أن الطرف الأخر في نفس الحالة التي يجب أن يكون عليها، أو أن وضعه لم يتغير.

حالة عملية ١٠:

في هذه الحالة تصور المقاول أنه ليس ضمن التزاماته توفير وسائل النقل للعمال وقدم سعراً متدنياً بناء علي ذلك، إلا أنه اكتشف بعد تقديم عطائه أنه ملتزم بنقل العمال، وطلب تعديل العقد، ورفض رب العمل ذلك، وأيدت المحكمة موقف رب العمل.

Case Study

5- Contractor priced bid on the assumption it would not be responsible for the transportation of union workers. Contractor's bid was low.

After bid opening, contractor learned of a union "precedent" which required it to provide transportation. Contractor asked to be allowed to withdraw its mistaken bid. Public owner refused.

The Supreme Court of Missouri ruled that a bidder cannot obtain relief from a mistaken bid if the mistake was judgmental, rather than clerical or mathematical, in nature.

This was an error of judgment; so contractor could not withdraw the bid. Owner could recover against contractor's bid bond because of contractor's refusal to sign contract.

والقضاء الأنجلو سكسوني بصفة عامة فيما يتعلق بزلات القلم والأخطاء الحسابية، لا يعتد بها إذا كانت واضحة الإهمال الجسيم.

حالة عملية ١١:

في هذه الحالة تقدم المقاول بعطاء متدني، ثم اكتشف بعد ذلك أنه أخطأ في نقل قيمة عطاء أحد مقاولي الباطن من صفحة إلي صفحة صيغة العطاء، وبناء علي ذلك طلب سحب عطائه وامتنع عن توقيع العقد، ولم يوافق علي ذلك رب العمل، ولجأ رب العمل إلي القضاء الذي أيد موقفه حيث أن المحكمة لم تقتنع أن المقاول المتقدم بالعطاء قد اتخذ العناية اللازمة.

Case Study

6- Contractor submitted low bid on construction contract. After bid opening, contractor discovered that it had made an error in transposing a subcontractor's price from a worksheet onto the bid sheet itself.

Contractor asked permission to withdraw the bid. Public owner refused.

When contractor declined to sign the contract, owner sued.

The Appellate Court of Illinois said a mistaken bid may be withdrawn only if the mistake occurs despite the bidder's exercise of reasonable care. In this case, contractor's bid checking procedures were so lax that contractor failed to exercise reasonable care. Contractor was not entitled to withdraw mistaken bid and was liable to owner for failure to honor bid.

٧-٤-١-٤-٢ التدليس: Misrepresentation or Fraud

وهو تعمد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط عن طريق الغش والخداع بقصد دفعه إلي التعاقد ولقد حرصت القوانين العربية على أن تتمشى مع الفقه الإسلامي في التوسع في الاعتداد بالكذب أو الكتمان، باعتباره تدليساً من شأنه أن يبطل العقد، وجعله بمثابة الحيل التدليسية ويعرض المشرع في المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري للهيكل العام لنظام التدليس فيقرر، في الفقرة

الأولى، أن قوام التدليس هو الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة، وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد، فلابد، لقيام التدليس بالإضافة إلى توافر ركن التدليس (مادي) توافر حيل تدليس يؤيد بها غشه وتضليله وتعمد المدلس إيقاع المتعاقد المدلس عليه في غلط يدفعه إلى التعاقد.

٧-٤-١-٤-٢-١ النصوص القانونية الخاصة بالتدليس:

تنص المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري علي أنه (١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ٢- ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٥١ – ١٥٢ من القانون المدني الكويتي، والمواد ١٨٥ – ١٨٦ – ١٨٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمواد ٨٩ – ٩٠ من القانون المدنى البحرينى، والمواد ١٤٣ – ١٤٤ – ١٤٥ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٣٤ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢٦ من القانون المدني السوري، والمادة ٦٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٨٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٧٩ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٢٥ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري علي أنه (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٥٣ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢/٩١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٤٨ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٣٥ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢٧ من القانون المدني السوري، والمادة ٦٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٨٧

من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٨٠ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٢٢ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٢٦ من القانون المدني الليبي.

٧-٤-١-٤-٢-٢ شروط التمسك بالتدليس لإبطال العقد:

يشترط للتمسك بطلب إبطال العقد في حالة توافر التدليس بعنصريه المادي (الحيل ووسائل الغش التي يتخذها المدلس)، والنفسي تعمد المدلس إيقاع المتعاقد (المدلس عليه) في غلط يدفعه إلى التعاقد توافر شرطان الأول أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، والثاني أن يتصل بالمتعاقد الآخر.

حالة عملية ١٣: (من القضاء الأنجلوسكسوني):

التدليس في الإدلاء بالمعلومات عن الوضع القانوني لأرض البناء:

تتعلق هذه الحالة بجمعية إسكان قامت ببيع أرض مخصصة للبناء إلا أنها لم توضح في حينه أن هناك حقوق ارتفاق علي العقار ولم يكتشف المشتري ذلك إلا بعد دفع الثمن ونتج عن هذه الحقوق عدم إمكانيه إنشاء جراج للسيارة حيث إن الموقع المخصص للجراج لا يمكن الإنشاء عليه نظراً لوجوده في نفس مكان أنابيب الغاز. محل حق الارتفاق (هو لشركة خطوط أنابيب الغاز). ولذا أقر القضاء بأحقيته في الحصول على تعويض نظراً لما أصابه من ضرر نتيجة تدليس في الإدلاء بالمعلومات وإخفاء عيوب في قيمة الأرض المباعة.

7- The judge quoted Lord Denning who, in an English case, Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon (1976), said: "... if a man, who has or professes to have special knowledge or skill ... negligently gives unsound advice or misleading information or expresses an erroneous opinion, and thereby induces the other side into a contract with him, he is liable in damages." Allan Vogt v. Saskatchewan Housing Corporation (2.1.01.L) Saskatchewan Court of Queen's Bench Maher J. May 10, 1985

ويقابل هذا في القانون المدني الجزء المتعلق بالتدليس في الإدلاء بالمعلومات ولذا يجب على ذلك الشخص أن يقدم كافة المعلومات للطرف الذي سوف يتعاقد معه حتى يكون الطرف الآخر متعاقداً معه على أسس غير معيبة ويكون الرضا غير معيب، والإدلاء بكافة المعلومات يمنع وجود أي طرق إحتيالية في التعاقد بين الطرفين والتي هي أساس وجود التدليس في العقد.

حالة عملية ١٣:

تم بيع عقار مؤجر على أساس أن المستأجر جيد، ثم اتضح أن هذا المستأجر لا يقوم بدفع الإيجارات كما يجب وأن هذا المستأجر أشهر إفلاسه قبل إتمام الصفقة وقد لجأ المشتري إلى المحكمة لفسخ العقد على أساس التدليس في الإدلاء بالمعلومات وقد وافق القضاء على ذلك.

8- A leased property was sold on the representation that the tenant was "a most desirable tenant." Turns out the tenant had been defaulting on his rent and, before the deal was closed, actually filed for bankruptcy. The purchaser asked the court to rescind the contract and the court agreed.

(1884) Smith v. Land and House Property Corp.

حالة عملية ١٤:

تم شراء عقار يحتوي على فندق، بناء على معلومات سابقة متعلقة بدخل هذا الفندق ثم اكتشف المشتري أن هذه المعلومات غير صحيحة فقام بدعوى طلب فسخ العقد وقد أقر القضاء ذلك.

9- Properties were exchanged between the parties including a motel. When the new owner of the motel found out that the stated past earnings of the motel were false, he sued for rescission of the contract. The court found that there was fraud and went on to say that rescission is an equitable remedy…..

Kupchak v. Dayson Holdings Ltd. (1965)

٧-٤-١-٤-٣ الإكراه: Coercion and Duress

الإكراه هو العيب الثالث الذي يعيب الرضا، فيجعل العقد قابلاً للإبطال، ومعه يأتي ارتضاء المتعاقد للعقد تحت تأثير الخوف والرهبة من أذى يتهدده هو أو غيره، فيتحقق الرضاء بالعقد ولكنه يكون رضاء معيباً، لأنه لم يصدر عن حرية واختيار كاملين.

المقصود بالإكراه :

يقصد بالإكراه الذي يعيب الإرادة، الخوف أو الرهبة التي تبعث في نفس المتعاقد دون وجه حق إثر تهديده بأذى جسيم، والتي تدفعه إلى التعاقد على نحو لا يرتضيه دون تأثير هذه الرهبة عليه.

ووفقاً للمادة ١٢٧ من القانون المدني المصري (١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال)، وما يعنينا هنا هو الإكراه الذي يعيب الإرادة وليس الإكراه الذي يعدمها، فمع هذا الأخير ينعدم ركن الرضا ولا يقوم العقد، بل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٥٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١٧٦ - ١٨٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٩٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٣٥ - ١٤٢ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٣٧ من القانون المدني القطري، والمادة ١٢٨ من القانون المدني السوري، والمادة ١/٦٩ ، ٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٨٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٧ من القانون المدني الليبي.

الإكراه في الشريعة و القانون :

لقد جاء القرآن الكريم محارباً للإكراه في العقود بقوله تعالى عز شأنه " يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "، وجاء الرسول الأمين ﷺ يقول " إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " اعتباراً بأنه يقوم على وسائل تهديديه توجه إلى المتعاقد بغرض حمله على ارتضاء العقد، درءاً للأذى عنه أو عن غيره.

٧-٤-١-٤-٣-١ شروط التمسك بالإكراه:

(١) أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل يقصد دفعه إلى التعاقد ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً آخر يمكن أن يعزي عملهم إليه، فإن تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد كما إذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالشخص، أو تولدت بتأثير مجرد الإجلال الذي يستشعره نحو شخص آخر، فإن الإكراه لا يتواجد، وإنما قد ينفتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء، هو الاستغلال.

(٢) اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر : يجب لإمكان التمسك بإبطال العقد للإكراه أن تكون وسائل الإكراه التي استخدمت لإرهاب المتعاقد وجره إلى التعاقد قد صدرت من المتعاقد أو نائبه أو أحد أتباعه أو بفعل من كلفه بالوساطة لإبرام العقد أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته.

حالة عملية ١٥:

(١) إدعى المقاول أن رب العمل استغل حاجته للمال وأكرهه على توقيع إقرار مضمونه أنه وافق على خصم مبلغ معين من مستحقاته وفقاً لما قدمه له رب العمل و ادعى أنه إن لم يوقع على هذا الإقرار لن يدفع له رب العمل مستحقاته، وهذا يعد إكراهاً للإقرار بهذه الخصومات و أنه وقع نظراً إلى حاجته الملحة إلى المال و التي يعلمها رب العمل.

الإكراه المبطل للرضاء لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً، ويجب أن تكون الرهبة التي دفعته إلى التعاقد قد بعثت بدون وجه حق، وتقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس العاقد هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، هذا والورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها وتكون حجة عليه بما ورد فيها ما لم ينكر توقيعه عليها ويعجز المتمسك بها عن إثبات صحة التوقيع ، كما أنه وطبقاً للمادة (١٧٧ من القانون المدني الكويتي) يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قد أورد في خصوص الإقرارين المشار إليهما أن " المقابل من إقرار ٨٠/٦/٢٦ وإقرار ٨٠/٩/١٨ أن المدعى – الطاعن – أقر بموجبهما بالموافقة على خصم مبلغ ٢٣٩٤٧٥,٤٧٨ د.ك ، وخصم مبلغ ٣١٣٩٩,٩٢٥ د.ك من حسابه لدى المدعى عليها – لمطعون ضدها – بعد أن تسلم كافة المستندات الدالة على ثبوت المبلغين وبما مؤداه أن المدعى تحقق من صحة التزامه بالمبلغين قبل توقيع الإقرارين، وكان المدعى لم ينكر توقيعه على الإقرارين، والإكراه المدعى به لا دليل عليه فضلاً عن افتقاره للشروط والأركان التي حددتها المادة ١٥٦ من القانون المدني الكويتي للإكراه المبطل للعقود " ، وقد

اعتنق الحكم المطعون فيه هذه الأسباب وأضاف إليها أن " ما انتهي إليه الحكم المستأنف حول عدم ثبوت الإكراه صحيح ... لأنه يشترط لصدور الإكراه أن يصدر بفعل من جانب الطرف الآخر في العقد أو غيره وأن تتأثر به إرادة الشخص فيدفعه إلى التعاقد أي أن العبرة ليست بالوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل بالرهبة التي تقع في نفس المتعاقد بفعل فاعل ... والإكراه على هذا النحو لا دليل عليه في الأوراق " وقال الحكم عن إعداد الإقرارين المذكورين سلفاً بمعرفة المطعون ضدها أنه : يعتبر دليلاً كافياً على وقوع الإكراه المزعوم" ، ومفاد ذلك أن الحكم بعد أن بين معنى الإكراه وشروطه خلص وفي حدود سلطته التقديرية إلى نفيه ورتب على ذلك اعتداده بالإقرارين المتقدم ذكرهما المفرغين في الإقرارين العرفيين المؤرخين على التوالي في ٦/٢٦ و٨٠/٩/٨ ولا مخالفة فيه للقانون ويؤدي إلى ما انتهي إليه ويتضمن الرد المسقط لما أثاره الطاعن بهذين السببين ويكون النعي بهما لا أساس له.

ويستفاد هنا أنه على المقاول عندما يعتقد أنه مكره فعليه أن يثبت ذلك كتابه، و ذلك بالتحفظ على الخصومات التي يقوم بها رب العمل . (حكم التمييز –الطعنان رقما ١١٢ ، ٨٨/١٢٠ تجاري جلسة ١٩٨٨/١٢/١٢).

ويقابل نص المادة ١٧٧ من القانون المدني الكويتي في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١/١٣٧ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٠٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١١٢ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٦٦ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٥٦ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٨ من القانون المدني السوري، والمادة ٩٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٢٧ من القانون المدني الليبي.

الإكراه يبطل العقد:

الإكراه هو أحد عيوب الإرادة في التعاقد ويتمثل في إجبار أحد المتعاقدين على إجراء التعاقد وذلك بالتأثير على الإرادة ، ولقد استقر القضاء الكويتي على أن الإكراه يبطل العقد وخاصة في ظل الحاجة الملحة، وأنه يخالف حسن النية وشرف التعامل فعندما تستغل الحاجة الملحة للمال ويعرض مقابل أقل بكثير من القيمة الحقيقية، وعلى الرغم من أنه لا يوجد تدليس أو كذب في المعلومات.

والعنصر الآخر هو الرهبة والتأثير في العلاقة بين الطرفين وعدم التكافؤ في القدرة على التفاوض وإبرام الصفقات وقد اعتد القضاء بذلك في عدم السماح للبنك بإشهار إفلاس المزارع والاستيلاء على مزرعته وبيعها نتيجة عدم تسديده لديونه وذلك لأن البنك لم يتح للمزارع الفرصة للحصول على نصيحة واستشارة مستقلة عن ما قدمه له البنك وأن المزارع اعتمد على البنك في كافة الأمور ووضع البنك محل ثقته على الرغم من تضارب المصالح بينهما ونتيجة عدم حصول المزارع على النصيحة المستقلة وأبطلت المحكمة طلب البنك بالسماح في بيع المزرعة.

وكذلك عدم تكافؤ الأطراف من حيث العلم بالأمور المتعلقة بالموضوع بعد إكراه الضعيف .

وذلك وفقاً للحالات الآتية من القضاء الأنجلوسكسوني :

10- The court suggested that all these instances "run on a single thread: inequality of bargaining power" and that "undue" does not mean wrongdoing, nor "that every transaction will be saved by independent advice, but the absence of it may be fatal." The court then concluded that the bank had a relationship of confidence with the farmer, and a conflict of interest had arisen by their failing to suggest that he seek independent advice. The court therefore disallowed the foreclosure action.\

Lloyds Bank v. Bundy (1975)

11- A fishing boat was sold in a high pressured bid by the defendant. When "a claim is made that a bargain is unconscionable, it must be shown for success that there was inequality in the position of the parties due to ignorance, need or distress of the weaker, which would leave him in the power of the stronger, coupled with proof of substantial unfairness in the bargain."

Harry v. Kreutziger (1978)

12- Through no fault of the bank, defendants signed a loan guarantee without reading the document first and relying on the representation of the loan debtor's word that they were only signing an insignificant administrative document. When the bank tried to collect from the defendants, the latter pleaded non est factum. The court said no. The carelessness of the

party requesting non est factum should not be allowed against an innocent third party when it was through his own carelessness that he failed to discover the misrepresentation. "The party who, by the application of reasonable care, was in a position to avoid a loss to any of the parties, should bear any loss that results when the only alternative available to the courts would be to place the loss upon the innocent appellant."

Marvco Color Research Ltd. v. Harris (1982)

أقرت المحكمة أن قبول المقاول بمبلغ أقل من مستحقاته نظراً لحاجته الملحة للمال علماً بأن رب العمل كان يعلم ذلك واستغل ذلك في أثناء التفاوض معه، فإن ذلك يعد إكراهاً كما أن المقاول أصبح رهينة لديه، وأن هذا التخفيض مكره عليه، ولذا فإن الاتفاق غير ملزم.

13- The English Queen's Bench Division considered the claim of a contractor who had accepted a reduced settlement for unpaid contract funds at a time when he was in desperate financial straits. It was clear from the evidence that the defendant was aware of the contractor's situation and had used it in negotiating the settlement. The court held that a settlement in these circumstances amounted to holding the contractor to ransom and therefore was not binding.

1966 case of D & C Builders Ltd. v. Rees

٧-٤-١-٤-٤ الاستغلال: Exploitation

نظم المشرع المصري الاستغلال بالمواد ١٢٩ و ١٣٠ من القانون المدني المصري، فنصت المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري على أنه (١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٥٩ و ١٦١ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٦ من القانون المدنى البحرينى، والمواد ١٤٠ – ١٤١ – ١٤٢ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٩٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٢٩ من القانون المدني الليبي.

(١) العنصر المادي للاستغلال :

يتمثل العنصر المادي للاستغلال في عدم التناسب الباهظ بين ما يلتزم به المتعاقد، وما يعود عليه من نفع مادي أو أدبي، فلا يكفي لتحقق العنصر المادي في الاستغلال عدم تعادل أياً كان بين ما يلتزم به المتعاقد، وما يعود عليه من نفع، وإنما يتعين أن يكون عدم التعادل باهظ، أي فادحاً وجسيماً، بحيث يكون في إبرام العقد تنكر ظاهر لحسن النية وشرف التعامل.

(٢) العنصر المعنوي:

تعرض المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري لكيان نظام الاستغلال وللأثر المترتب عليه، فالمادة ١٢٩ تتطلب، بادئ ذي بدء، استغلال ناحية من نواحي الضعف في المتعاقد، ونواحي الضعف عديدة يذكر المشرع أهمها وأكثرها شيوعاً في حياة الناس، وصولاً إلى الكسب المفرط المجافي مع شرف التعامل، وبالتالي الكسب الحرام.

ومن نواحي الضعف التي يخصها المشرع بالذكر، الحاجة الملجئة، أو حالة الضرورة، ويقصد بها الحالة التي يرى الشخص فيها نفسه، لظروف معينة تحيط به، مضطراً إلى إبرام التصرف، تحت ضغط حاجة ملحة، تتمثل عادة في دفع خطر محدق بالنفس أو بالمال، وهي حالة لا تعدم الشيوع في حياة الناس وقد عالجها القضاء في البلاد التي لم تأخذ بنظام الاستغلال على أساس الإكراه وأولى بها أن ترتد في حكمها لنظام الاستغلال.

والأمر الثاني الذي تقيم المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري الاستغلال عليه، هو التفاوت الباهظ الجسيم في الأخذ والعطاء، بحيث يمثل العقد تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية.

وتعرض المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية للمدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى الاستغلال وإلا سقطت، وتحدد تلك الفقرة هذه

المدة بسنة واحدة، تبدأ من تاريخ إبرام العقد، وإلا قضي بعدم قبول تلك الدعوى.

على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية فإن سريان مدة السنة لا يبدأ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو تلك السطوة، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشر سنة من إبرام العقد.

٧-٤-١-٤-٥ الغبن: Lesion (excessive inequity)

يقصد بالغبن الخسارة التي تلحق بأحد المتعاقدين في عقد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، ويتحقق نتيجة عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد، فإذا كان الفارق بينهما كبيراً كان الغبن فاحشاً يعتد به القانون في حالات معينة.

والأصل أن الغبن المجرد لا يؤثر في العقد، مادام ذلك الغبن ليس نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون. كما أن الطرف الآخر يمكنه توقي رفع دعوى الإبطال للغبن إذا عرض علي الطرف المغبون ما يراه القاضي كافياً لرفع ذلك الغبن.

شروط التمسك ببطلان العقد لوجود الغبن:

١) اشترط المشرع لإمكان الطعن في العقد بالغبن، أن يكون ذلك المتعاقد قد استغل في المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، وذلك وفقاً للمادة (١/١٢٩ من القانون المدني المصري).

٢) أن يكون العقد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين كعقد البيع والإيجار.

٣) أن يكون العقد محدد القيمة عند إبرام العقد وتحديد قيمه التزامات كل من طرفيه ومن ثم يمكن مقارنتها وتحديد مدى التعامل بينها لإمكان انتقاص التزامات ذلك المتعاقد.

٤) ألا يكون إبرام العقد بطريقة المزايدة أو المناقصة وفق ما يقضى به القانون.

٥) أن يكون المغبون أحد الأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصوها.

ويقابل نص المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٥٩ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٦ من القانون المدنى البحرينى، والمواد ١٤٠ – ١٤١ – ١٤٢ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٩٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٢٩ من القانون المدني الليبي.

٧-٤-٢ المحل في المقاولة : Construction Contract Object

٧-٤-٢-١ الشروط الواجب توافرها في المحل :

هذه الشروط، طبقًا للقواعد العامة، (١) هي أن يكون المحل ممكناً، (٢) وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، (٣) وأن يكون مشروعاً.

(١) فيجب أولاً أن يكون المحل ممكناً:

لأنه لا التزام بمستحيل، ولقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدني المصري على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً)، والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة، وهي أن يكون المحل مستحيلاً في ذاته، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى المقاول فحسب، فقد يلتزم المقاول بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته، ولكن هذا المحل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه، ففي هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد المقاولة، ويكون المقاول مسئولاً عن التعويض، أما إذا كانت الاستحالة مطلقة يكون العقد باطلاً لأنه لا التزام بمستحيل.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٦٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٠١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٠٣ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٥٩ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤٨ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٣ من القانون المدني السوري، والمادة ٨٠ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٩٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٩٣ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٣٢ من القانون المدني الليبي.

(٢) تعيين المحل وقابليته للتعيين :

تنص المادة ١/١٣١ من القانون المدني المصري علي أنه (١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلاً).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٦٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٠٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٠٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٦٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤٩ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٢ من القانون المدني السوري، والمواد ٢/٧٨ و ٢/٧٩ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٩٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١/١٢٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ١/١٣١ من القانون المدني الليبي.

ويشترط، لصحة الالتزام التعاقدي، أن يكون محله معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع الالتزام، وكذلك العقد الذي رتبه باطلاً.

ويجب أن يكون تعيين محل الالتزام، أو قابليته للتعيين، بطريقة كافية لاستبعاد النزاع حوله فيما بعد، وهذا ما يعبر عنه بأن يكون التعيين نافياً للجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى اختلاف وجهات النظر حول حقيقة محل الالتزام. ويكون المحل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تبييناً كافياً بحيث يتعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غموض.

(٣) مشروعية المحل :

يجب ثالثاً وأخيراً أن يكون المحل مشروعاً، فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب، كانت المقاولة باطلة، فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار، وذلك طبقاً لنص المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٧٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٠٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٠٩ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٦٣ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٥١ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٦ من القانون المدني السوري، والمواد ١/٧٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة

٩٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٣٥ من القانون المدني الليبي.

٧-٤-٣ السبب في عقد المقاولة:

Cause in The Construction Contract

أما ركن السبب فهو الركن الثالث في العقد فيقصد به الهدف أو الغاية التي يهدف إليها المتعاقدان، أي الغاية التي تتجه إليها إرادة المتعاقدين، للاعتداد بالسبب يجب أن تتوافر شروط ثلاثة، هي الوجود، والصحة، والمشروعية :

حيث تنص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري علي أنه (إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : المادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١١١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١/١٥٥ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٧ من القانون المدني السوري، والمادة ٢/٨٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٩٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٣٦ من القانون المدني الليبي.

كما تنص المادة ١٣٧ من القانون المدني المصري علي أنه (١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلي من يدعي أن للالتزام سبباً أخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : المواد ١٧٧ – ١٧٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٠٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١١٢ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١٦٦ من القانون المدني الأردني، والمواد ١٥٦ – ١٥٧ من القانون المدني القطري، والمادة ١٣٨ من القانون المدني السوري، والمادة ٩٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٣٧ من القانون المدني الليبي.

٧-٤-٣-١ الأجر في عقد المقاولة: Payments

السبب في عقد المقاولة بالنسبة لرب العمل هو إنجاز الأعمال المطلوبة أما بالنسبة للمقاول هو أساساً الحصول على الأجر الذي يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه. فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل، ويشترط فيه، أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً وشأن الأجر في ذلك هو شأن العمل، بقى الوجود والتعيين، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان.

تقدير الأجر: الأصل أن المتعاقدان هما اللذان يقومان بتحديد الأجر، وليس من الضروري أن يعين في العقد. فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر، لم تكن المقاولة باطلة، ويتكفل القانون بتعيين الأجر. ولقد نصت المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري على أنه (إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : المادة ٦٧٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٨٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦٠١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٩٦ من القانون المدني الأردني، والمادة ٦٩٩ من القانون المدني القطري، والمادة ٦٢٥ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٩١ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٦٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٨٨ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٨٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٥٨ من القانون المدني الليبي.

تحديد الأجر بواسطة القانون :

إذا لم يتفق على الأجر صراحة ولا ضمناً، ولم يتضمن العقد ما يسمح بتحديد هذا الأجر في المستقبل، فإن المقاولة تنعقد، سواء كان إغفال هذا التحديد سهواً منهما، أو عن عمد، ولكن ما هو الأجر الذي يلتزم به رب العمل في هذه الحالة ؟

يستطيع المقاول ورب العمل تحديده بعد ذلك بالاتفاق بينهما، وفي هذه الحال يلتزم رب العمل بوفاء هذا الأجر كما لو كان قد اتفق عليه وقت التعاقد، ويحق لكل منهما أن يلجأ إلى القضاء بطلب تحديد أجر المقاولة، والقضاء في تحديده لهذا الأجر يرجع إلى قيمة العمل ونفقات المقاول طبقاً لنص المادة ٦٥٩

من القانون المدني المصري، أو أجر المثل في بعض القوانين المدنية العربية الأخري.

٧-٤-٣-١-١ العناصر التي يتم تحديد الأجر على حسابها طبقا للقانون المصري:

تنحصر عناصر تحديد الأجر في الآتي:

(١) طبيعة العمل، وما إذا كان معقداً أم بسيطاً، صعباً في تنفيذه أم سهلاً، والأخطار والمسئوليات التي يتعرض لها المقاول في القيام به، مدى الخبرة والمهارة التي يتطلبها، وكمية العمل. وعلى ذلك فالمقاول الذي يقوم بتشييد بناء، يستحق أجرا عن هذا العمل.

(٢) الوقت الذي استغرقه العمل.

(٣) مكان العمل ومدى قربه أو بعده عن العمران والمواصلات.

(٤) أثمان المواد التي استخدمها المقاول.

(٥) مؤهلات المقاول وكفاءته وسمعته.

وعلى القاضي أن يستهدى عند تحديده للأجر بالعادات الجارية بالنسبة لمن يزاولون حرفة أو مهنة المقاول.

ويحدث أحياناً أن يكلف شخص مهندساً معمارياً بوضع تصميم لبناء، ثم لا يتم العمل بهذا التصميم، لعدول رب العمل عن إقامته، أو طرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً كما لو نزعت الدولة ملكية الأرض المراد إقامته عليها، ومن المقرر أن ذلك لا يحرم المهندس من الحق في تقاضى أجره عن وضع هذا التصميم، ولكن الأجر المستحق للمهندس في هذه الحال ليس هو الأجر المتفق عليه، بل هو الأجر الذي يحدده القاضي بالنظر إلى الزمن الذي استغرقه وضع التصميم، مع مراعاة طبيعة هذا العمل. وذلك لأن إلزام رب العمل بدفع أجر عن التصميم لن يشكل إرهاقاً له، ويكفي أن يعوض المهندس عن الوقت الذي استغرقه في وضعه.

وفي هذا الصدد تنص المادة ٦٦٠ من القانون المدني المصري علي أنه (١- يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال. ٢- فإن لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري. ٣- غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : المادة ٦٢٦ من القانون المدني السوري، والمادة ٥٦٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٨٩ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٨١ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٥٩ من القانون المدني الليبي.

خاتمة :

استعرضنا في هذا الفصل تعريف عقد المقاولة والتمييز بينه وبين ما يشتبه معه من العقود كعقد الوكالة وعقد العمل مستعرضيين أوجه الخلاف والاتفاق بينه وبين تلك العقود، ثم استعرضنا أركان عقد المقاولة وهي الرضا والمحل والسبب عارضين للإيجاب والقبول وارتباط الإيجاب بالقبول، كما قمنا بشرح فكرة التعاقد بالإذعان، كما عرضنا لعيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن، ثم استعرضنا السبب في عقد المقاولة وشروطه.

* * *