الضمانات القانونية الناشئة عن العلاقة التعاقدية
(عقد المقاولة أنموذجاً)

أ.م. د. يوسف سعدون محمد المعموري
yosifsaadoon@gmail.com & yousef.sadon@iku.edu.iq
كلية الإمام الكاظم عليه السلام للعلوم الإسلامية الجامعة ـ قسم القانون

الملخص:-

تبنت الأنظمة القانونية الضمانات للمتعاقد في أي عقد؛ لأن من خاصية القانون التطور وعدم الجمود عند حدود النصوص القانونية التي يتم تشريعها في زمن معين، فغالباً ما يكون هناك عدم توازن بين أطراف العقد من حيث الدراية الفنية بين المتعاقدين في عقد المقاولة، وكانت محاولة التشريعات والقضاء تركز على سدً الفراغ في حال كان هناك قصور في القواعد العامة في القانون المدني من أجل حماية الأطراف عند إبرام عقد المقاولة.

ومن ثَمً، كانت دراستنا قد تناولت وسائل جديدة تعزِّز الوسائل التقليدية التي يعتمد عليها الأطراف عند إبرام عقدهم، لذلك فإننا عندما نواجه تطوراً علمياً أو تقنياً فإننا نلجأ إلى ربطه بالقانون لمواجهة ما يمكن أن ينجم من مشاكل عملية تواجه المتعاقدين السبب وجود مثل هذا التطور. ولذلك لا بدً من استحداث وسائل جديدة تعزِّز الوسائل التقليدية التي يعتمد عليها في إبرام عقد المقاولة، لأنَّه في كلّ زمن من أزمنة التطوُّر التقني، لا بدَّ من حدوث خلل في المعلومات بين مراكز الطرفين؛ ففي بعض العقود، يفترض في أحد المتعاقدين أنْ تكون لديه وسائل معرفة، وهذا ما يحدث دائماً لدى المقاول الطرف الأول في العقد، بخلاف المتعاقد الآخر (الطرف الثاني) في العقد الذي يجهل العمل بهذا العقد لأنه غير متخصص، وفي بعض الحالات يرتبط المتعاقدان بقدر من الثقة في إبرام عقودهم، ممًا أدى إلى ظهور الحاجة الملحة إلى تدخل المشرع في تنظيم أحكامها من أجل وضع ضمانات قانونية في ضوء القانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة من أجل ضمان تنفيذ عقد المقاولة، وضمان تنفيذ كل طرف من أطراف العقد.

الكلمات المفتاحية: الضمانات، عقد، المقاولة، التعاقدية.

Legal Guarantees Arising From The Contractual Relationship ((Contracting Contract Model))

Asst. Prof. Dr. Youssef Saadoun Mohamed Al-Mamouri
Imam Al-Kadhim (peace be upon him) College of Islamic Sciences University

Abstract:-

The legal systems adopted the contractor's guarantees in any contract, Because one of the characteristics of the law is the development and non-stalemate in the limits of the legal texts that are legislated at a certain time, Because the Contract parties are not balanced in terms of the contractors' expertise in the contract, Legislation and the judiciary tried to focus on filling the vacuum in case there was a lack of general rules in the Civil Code in order to protect the parties when concluding a contracting contract.

Therefore, our study dealt with the use of new means in order to enhance the traditional means that the parties rely on when concluding their contract، When faced with a scientific or technical development , we resort to linking it to the law to confront what may result from the practical problems facing contractors due to the existence of such a development.

So, it is necessary to develop new means that enhance the traditional means relied on in the conclusion of the contract of contracting ،because at every time of technical development, there must be a defect in information between the Centers of the parties; In some contracts, one of the contractors is supposed to have means of knowledge, and this is what always happens with the contractor of the First party to the contract, unlike the other contractor (the second party to the contract) who is unaware of the work of this contract because he is not specialized.

Hence, there is a strong need for the intervention of the legislator in regulating its provisions in order to establish legal guarantees in the light of the Iraqi Civil Code and comparative civil laws in order to ensure the execution of the contracting contract and ensure the execution of each of the parties to the contract.

Keywords: *Warranties, contract, contracting, contractual.I*

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدّمة:ـ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، وعلى من تبعهم بإحسان الى يوم الدين.. أما بعد..

فإن الضمانات القانونية تعد من القضايا الحديثة التي لم تحظ بعد بالاهتمام الكافي من قبل الباحثين والدراسين في حقل الدراسات القانونية، ويمكن بيان طبيعة موضوع البحث، وأهميته وأسباب اختياره، والوقوف عند منهجيته ونطاقه، وخطته في هذه المقدمة على النحو الآتي:

أولاً: جوهر موضوع البحث

الأصل أنّ العقد لا يلزم ألاّ أطرافه، كما أنَّ لعقد المقاولة التزامات عدَّة، لما يحظى به من أهمية متزايدة في الحياة الاقتصادية العمرانية، ومن أهمها الالتزام بالتعاون ("XEالالتزام بالإعلام")؛ ويُعد هذا النوع من الموضوعات الحديثة التي خصّها رجال القانون الوضعي بأهميَّة خاصة لحماية أطراف عقد المقاولة؛ لأن مجرد الاتفاق بين إرادتين غير كافٍ لإنشاء العقد، وإن كانت الإرادة هي الركن الحقيقي في عقد المقاولة، ولا بد من الإفصاح عنها حتى يعلم بها الطرف الآخر أثناء التعاقد، لتعذر ظهور الإرادة الباطنة؛ لأن الإرادة الظاهرة هي الاساس في التعاقد عند إبرام العقود الملزمة للجانبين.

ويأتي ذلك عن طريق وضع النصوص القانونية الملائمة لهذا النوع من الالتزامات؛ لأن معظم عقود المقاولات ترد على شكل مشروعات ضخمة، وكل هذا يتطلب وضع ضمانات تحمي الطرفين المتعاقدين، كي لا تؤثر سلباً على تنفيذ العقد المتفق عليه عند إبرام عقد المقاولة.

ثانياً: مشكلة البحث

تنبع مشكلة البحث من ظهور إشكاليات متعددة على الواقع العملي في عقد المقاولة، كون هذا الأخير من العقود المسماة التي تتعلق بالتطور العمراني داخل البلد، ولوجود نظام قانوني متكامل ينظم عقد المقاولة، ولكنه لم يحقق الطموح المتوقع في الجانب العملي في مختلف أنواعه، لذا فإن هذه الضمانات يمكن أن يكون لها دور إيجابي ملموس في طمأنة أطراف عقد المقاولة.

ثالثاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

يكتسب البحث أهميته من محاور عدة هي على النحو الآتي:

- الانتشار الواسع لأعمال المقاولات في الوقت الحاضر، وتنامي الطلب والإقبال على الخدمات، الأمر الذي يستدعي تأكيد ضرورة الالتزام بمطابقة المواصفات لتلك المواد بالمواصفات المعيارية، والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة.
- الطبيعة الخاصة للمواد المستخدمة في عمليات البناء والإنشاءات، وكل هذا يتطلب أن تتوافر فيها الجودة العالية حتى لا تؤثر مستقبلاً بالسلب على تنفيذ العقد، ومن ثم فإن استخدامها مع عدم مطابقتها للمواصفات المعمارية المتفق عليها في العقد قد يتسبب بأضرار وخيمة مستقبلاً للطرف الضعيف في عقد المقاولة.

رابعاً: منهجية البحث ونطاقه

يعد المنهج الوصفي التحليلي المنهج الأنسب لتحقيق أهداف البحث وأغراضه، ولاسيما أنه المنهج الأكثر شيوعاً واستخداماً في حقل الدراسات القانونية، إذ يعتمد هذا المنهج على عرض الاتجاهات والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث ومناقشتها، وتحليل القواعد والنصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة، وبيان موقف الفقه والقانون والقضاء من القضايا المختلفة الداخلة في أفق الموضوع.

يُرادُ على ذلك، اتبع البحث المنهج المقارن، الذي يفيد في الكشف عن جوانب الاتفاق والاختلاف بين القوانين والتشريعات النافذة.

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة

تكون وظيفة الضمانات القانونية لأي علاقة تعاقدية وظيفة في جانب إصلاح هذه العلاقة من أجل خلق أكبر قدر من الحماية للمتعاقدين، ولكي تتحقق هذه الغاية لا بد من الوقوف على معرفة هذا العقد وتحديد أطرافه وهذا ما سنتناوله في المطلب من خلال تقسيمه على فرعين نبحث في الأول تعريف عقد المقاولة وتحديد أطرافه.

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة وتحديد أطرافه

عرف القانون المدني العراقي، عقد المقاولة في المادة (٨٦٤) منه: " عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر"[١]، وعرفه القانون المدني الفرنسي على وفق نص المادة (١٧١٠) بانه " إن اجارة الصنع عقد يلتزم به احد المتعاقدين أن يعمل شيئاً للمتعاقد الآخر لقاء بدل يتفقان عليه" وبالرجوع إلى القانون وجدناه ينص على صور ثلاث وفق نص المادة (١٧٧٩): أ- إجارة العامل ب-إجارة الناقل ج- إجارة المقاول[٢].

ومن ثمً، يستفاد من هذا النص أن كل عقد يلتزم فيه شخص بأداء عمل مادي أو معنوي لمصلحة شخص آخر لقاء أجر يعد عقد مقاولة في القانون المدني الفرنسي، ومستند في ذلك إلى أن المدين مادام لا يتبع الدائن في تنفيذه لهذا العقد، فهنا سيصبح أخلال في الواجب املقى على الدائن بتنفيذ هذا الالتزام[٣].

(١) يقابلها نص المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري والتي نصت على " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

(٢) نص المادة (١٧٧٩) من القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز، ص ١٩٩٧.

(٣) الضمانات العقدية لنقل المعلومات، صبري حمد خاطر، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العدد (٣)، لسنة ١٩٩٩، ص١١٩.

من هنا، يعد عقد المقاولة من العقود المسماة، أي وضعت له اسماً خاصاً، وقد تضمنت البيانات والقواعد الخاصة بهذا العقد من أجل تنظيمه في القانون المدني العراقي أو القانون المدني المصري أو الفرنسي، ويستخلص من عقد المقاولة على أنه: (عقد رضائي، وهو من عقود المعاوضة، وهو عقد ملزم للجانبين، وعقد مهني يرد على عمل).

نلاحظ من التعريفات السابقة لعقد المقاولة في القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، أنها في مجموعها رغم اختلاف مفرداتها، تتقارب في مضمونها؛ فهو اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يصنع للطرف الآخر شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر. وهو التزام يفرضه القانون على المقاول بأن يقدّم كل ما من شأنه أن يؤثر إيجاباً على تنفيذ عقد المقاولة.

وبناءً على ما تقدّم أقرَّ القضاء الفرنسي ("XEالقضاء الفرنسي") بوجود هذا الالتزام ("XEالالتزام") في عقود المقاولة ("XEعقود المقاولة") بصفة عامة، وفي مقاولات البناء والتشييد ("XEالتشييد") بصفة خاصَّة؛ بل إنه مدَّ هذا الالتزام ("XEالالتزام") إلى كلّ مَنْ يتعامل على وجه الاحتراف ببناء العقارات ("XEالعقارات") بقصد بيعها[1].

مما تقدم، تناولنا تعريف عقد المقاولة ومن ثم سوف نتناول أطراف هذا العقد ومن بعدها نتناول الضمانات التي من الممكن أن نوفرها أثناء العلاقة التعاقدية في عقود البناء والإنشاءات:

أولاً: المقاول

هو كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم القيام بعمل عن طريق اتفاق بينه وبين رب العمل لقاء أجر يتحدَد مقدماً ويوافق عليه الطرف الآخر، وبالمقابل يتعهد

(١) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، رقم ٨٤-١٠٨٧٥، بتاريخ ١٩٩٧/٧/٣، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية.

الطرف الأخر بأن يلتزم بما ورد بعقد المقاولة[1].("EX المشتري")

يعدُ المقاول ممتهناً، نتيجة لخبرته الفنيَّة في مجال عقود البناء والإنشاءات، ولأن هذه الخبرة والدراية لا تتوافران لدى رب العمل (الطرف الثاني) في أي عقد مقاولة ("XEالمشتري")، مما يقع على عاتق المقاول (الطرف الأول) بجميع البيانات الجوهرية المرتبطة بالتعاقد، من خلال إعطاء المعلومات الصحيحة، والكافية على حد سواء، كي يتسنّى للطرف الآخر الإقدام على هذا العقد وهو مطمئن، ولديه العلم والدراية الكافيان بكلَ ما يحتويه، وما يتضمّنه العقد من بنود[2].

ويُعد اختيار المقاول ("XEالالتزام") في عقود البناء والإنشاءات من الأمور المهمَّة، بالنسبة إلى الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية ("XEالمشتري") ضمن نطاق التشييد ("XEالتشييد")، وذلك بسبب عدم التعادل بين مراكز طرفَي العلاقة التعاقدية؛ فقد أصبح جانب التخصص واضحاً في جانب المقاول الذي يعد مهنياً متخصصاً في هذا العقد.

كما ذهب بعض فقهاء القانون، إلى تكييف العلاقة الناشئة بين المقاول والعميل الطرف الثاني بالعقد بوصفها عقد مقاولة[3]، وبحسب هذا الرأي، فإن هذا العقد يتميز بخصائص عدة، والتي تتمثل بالآتي:

١. أن المقاول يقوم بعمله مقابل أجرٍ يحصل عليه من رب العمل وهو الطرف الثاني بعقد المقاولة.

٢. أن المقاول لا يخضع في تنفيذه لالتزامه العقدي لتوجيه العميل وإدارته، بل

(1) Philippe Le Tourneau, Theorie Et Pratique Des Contrats Informatiques, Edition Dalloz, 2009,p.44.

(٢) القانون المدني، مصطفى العوجي، ج١، العقد، ط ٥، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٨٢.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري: المجلد الأول، ج٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩. ص٥٩.

لدى المقاول استقلالية في إدارة العمل الملتزم به[1].

٣. أن المقاول يمكن أن يقوم بتوفير المواد اللازمة للعمل، والقيام بالعمل نفسه، مقابل أجر يشمل قيمة المواد وأجر انجاز العمل، كما يمكن أن يقوم رب العمل بتوفير المواد، فيلتزم المقاول بإنجاز العمل المكلف به بمقتضى العقد ولقاء أجر عن العمل فحسب[2]، ويحق للعميل المستفيد من هذا العقد الاعتراض على أداء المقاول، إذا ما وجد إخلالاً من المقاول عما ينبغي أن يكون عليه العمل وفقاً للعقد المتفق عليه.

ثانياً: العميل (المستفيد من عقد المقاولة)

لا بد من الإشارة إلى أن هذه التسمية قد تتغير في بعض الأحيان، فقد يسمَى(رب العمل، المستهلك، المتعاقد غير المحترف)، كلها تسميات تصب في محور واحد، وهو كل شخص طبيعياً كان أو معنوياً، أراد تلبية حاجاته الشخصية، فرب العمل في هذا النوع من العقود يريد الاستفادة من العمل الذي يقدَمه المقاول في عقود البناء والإنشاءات من أجل تحقيق غاية معينة، ومن ثم هو من يحدد الغرض أو الغاية المرجوة من العقد وفق المواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة[3].

(١) جاء في المادة (٢/٩٠٠) من القانون المدني العراقي: "ويتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأن في الأول دون الثاني حقاً لرب العمل في إدارة جهود العامل وتوجيهها أثناء قيامه بالعمل أو على الأقل في الإشراف عليه".

(٢) يصبح العقد في هذه الحالة عقد استصناع، بحسب ما نصت عليه المادة (٢/٨٦٥) من القانون المدني العراقي من أنه: ". يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون العقد استصناعاً". ويكون عقد مقاولة وفق ما نصت عليه المادة (٦٤٧) من القانون المدني المصري، بأنه: "١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. ٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً".

(٣) عقد التزويد بالمعلومات، حسن فضالة موسى، رسالة ماجستير، كلية الحقوق-جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص٨٠.

فحرية العميل في اختيار شخص المقاول تأتي تطبيقاً للحرية التعاقدية، فله مطلق الحرية في اختيار هذا المقاول أو ذاك. وله الحرية الكاملة في اتخاذ القرار النهائي باتباع الاتفاق بينه وبين المقاول، ولكن في بعض الحالات يتخذ المقاول شكل العقد النموذجي المعد مسبقاً من قبله، بحيث يقتصر دور الطرف الثاني في عقد المقاولة التعاقد من عدمه[1].

من هنا، يقع على عاتق المقاول بذل كل ما هو لازم وضروري إلى تقديم العمل بالوجه الأمثل في عقد المقاولة الذي يتناوله هذا العمل في مجال البناء والإنشاءات.

مع الإشارة إلى أن العراق كان يستعمل سابقاً نوعين من النماذج للمقاولات، **الأول:** متعلق بالمقاولات المحلية **والثاني:** مقاولات الشركات الأجنبية، وبقي العمل بذلك حتى تأسيس مجلس الإعمار في عام ١٩٥٠، وبعدها في حال حدوث المشاكل أو الخلافات بين الطرفين المتعاقدين من الناحية القانونية من أجل تفسير العقد وانطباق أحكامه في حال حدوث الخلاف، نلجأ في أغلب الحالات إلى التحكيم الذي عالجه المشرع العراقي في المواد (٢٥١-٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩[2].

الفرع الثاني: التحضير لإبرام عقد المقاولة.

من أجل توفير أكبر قدر من الضمانات القانونية الناشئة من العلاقة التعاقدية، لا بدَّ من أنْ يمرّ هذا العقد بمرحلتين حتى يكون اطرافه ("XEالمشتري") على علم ودراية كافيين قبل إقدامهم على التعاقد إلى حين التنفيذ والاستلام، وكل هذا يتطلب تقريب وجهات النظر بين المتعاقدين أنفسهم وتعاونهم من أجل تحديد احتياجات رب العمل ورغباته، كي يقوم الطرف الثاني المقاول بترتيب أوضاعه من

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد)، ط٣، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص١٩٠.

(٢) دراسة في الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية، سعدون ناجي القشطيني، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٧، ص ٥٨.

أجل تنفيذ هذا العقد(عقد المقاولة) على أتم وجه وعلى وجه لا يحمل اللبس والغموض[1].

من هنا، كان لا بدَّ للمتعاقدين من أنْ يُحاطوا ببعض الضمانات ("XEالضمانات")، قبل إبرام العقد بالصيغة النهائية، حتى لا يكونوا عرضة لخسارة المبالغ التي يدفعونها بسبب هذا التعاقد، ويمكن أن تكون هذه الضمانات ("XEالضمانات") اتفاقية تساعدهم ("XEالمشتري") في تنفيذ عقد المقاولة ("XEعقد بيع عقار تحت الإنشاء") ("XEتحت الإنشاء")، مثل: الالتزام بالنصيحة ("XEالبند الجزائي")، والالتزام بالتعاون. وسنحاول الوقوف على مدى تحقيق هاتين الطريقتين لضمان حقوق المتعاقدين وتوفير أكبر قدر من الحماية حتى تتحقق الضمانات القانونية الناشئة عن علاقتهم.

أولاً: الالتزام بالنصيحة

يلتزم المقاول بتوجيه العميل إلى مقدار مناسب من العمل المنوي القيام به، وتوضيح الصعوبات التي من الممكن الوقوع بها أثناء التنفيذ، وحتى يكون المتعاقد على علم ودراية أو أكثر ايجابية من الالتزام الأول، فهو يحمل المتعاقد الآخر على إتيان أمر معين أو حمله على الامتناع عن هذا الأمر وهو ما يتعلق بتنفيذ عقد المقاولة[2].

فلا يكفي أنْ يقدم المقاول ("XEالبائع") معلومات عن العمل المنوي القيام به؛ بل لا بدّ من أنْ يُعلم المستفيد رب العمل ("XEالمشتري") عن إمكانية تحقُّق الغاية التي يرجوها هذا التعاقد، فالالتزام بالنصيحة في هذه المرحلة لا بدّ من أنْ يكون مستغرقاً لكلِّ ظروف التعاقد، وعليه أنْ يتأكَّد من أن الشروع بهذا التعاقد سيصل إلى غايته

(١) الالتزام بالإخبار، (دراسة مقارنة)، السيد محمد السيد عمران المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٧٩.

(٢) المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، هاشم على الشهوان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ٦٦.

المقصودة، أي عليه أنْ يُعلِم المتعاقد الآخر بما قد يظهر مستقبلاً من مسائل تُعرقل تحقيق الهدف أو تحول دون الوصول إليه، بما يشكّل تهديداً على العقد.

لذا، ان هذا الالتزام يتمثل في قيام المقاول بالدراسة اللازمة لفهم احتياجات أو متطلبات رب العمل المستفيد من هذا العقد، والاستفهام عن جميع الاحتياجات المطلوب الوفاء بها، من خلال مدته وكلفته وموافاته ومعرفة ما يمكن القيام به أثناء التنفيذ(١).

وهذا ما جاء في احد قرارات القضاء الفرنسي، إذ تتلخص وقائعها "بأن عقد المقاولة الوارد على برنامج هذا العقد المتعلق بالنصح يتضمن في صلبه عقداً سمَاه القضاء الفرنسي عقد البحث(٢).

من كل ما تقدَم، يتطلب الأمر من المتخصص بهذا العقد أنْ يلتزم بإعلام المتعاقد الآخر ("XEالمشتري") بكلِّ ما يتعلّق بموضوع العقد، وعند مخالفته بأيّ شيء، يُعدُّ مُخلاً بحُسن النية، التي تعد المبدأ العام الذي يحكم العلاقة التعاقدية. فهذا الالتزام، وكما نعلم يُبنى على أساس مبدأ حسن النية ("XEمبدأ حسن النية")، التي يلتزم بها كلّ متعاقد بصدق وأمانة، في مواجهة الطرف الآخر، حتى تكون إرادة المتعاقد الآخر مبنية على ثقة تامة في التعامل.

ثانياً: الالتزام بالتعاون

قيام المقاول بتنفيذ العقد المراد تنفيذه وصولاً إلى المرحلة النهائية للعقد(عقد المقاولة)، لا بد من التعاون بينه وبين المتعاقد الآخر، وذلك عن طريق تحديد رغباته والإفصاح عنها، وذلك ببيان ما يتطلبه العقد منذ لحظه تكوين العقد إلى حين

(١) الالتزام بالإفصاح في العقود، سعيد سعد عبد السلام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ٢٠١. Ca Reims, II dec. 1990, expertise, 1993, p.155.

(٢) الالتزام بصيانة الشيء المبيع – دراسة مقارنة – بين القانونين المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، ممدوح محمد علي مبروك، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٤٨.

التنفيذ، ولا سيما أن هذا العقد من العقود التي يحتاج تنفيذها مدة من الزمن[١].

إنَّ عدم خبرة العميل ("XEالمشتري") بالتعاقد لتنفيذ عقد المقاولة ("XEالعقارات") يثير الكثير من النزاعات؛ لأن الاتفاق على هذا العقد يتمُّ قبل البدء بالتشييد ("XEالتشييد") على سبيل المثال، وإزاء هذه المخاطر التي من الممكن أن تؤثر سلباً على عملية التعاقد ("XEالمخاطر")، كان لا بدَّ للطرف الثاني وهو الطرف الضعيف بهذا التعاقد أنْ يُحاط ببعض الضمانات ("XEالضمانات")، قبل إبرام العقد بالصيغة النهائية، حتى لا يكون عرضة لخسارة المبالغ التي دفعها، ويمكن أن تكون هذه الضمانات ("XEالضمانات") اتفاقية تساعده ("XEالمشتري") على إلزام المقاول ("XEالبائع") بتنفيذ العقد على أفضل وجه.

ويأخذ هذا الالتزام في مرحلة تنفيذ العقد أشكالاً متعددة، وذلك وفقاً لتعدد التزامات المقاول، فالتزام هذا الأخير بتقديم جميع المعلومات للمتعاقد الثاني عن كيفية تنفيذ العمل وتحذيره من المخاطر التي من الممكن أن تحصل أثناء التنفيذ، يقابله التزام العميل الطرف الثاني بالتعاون مع المقاول، من أجل الغرض المنشود من العقد وهو تنفيذ عقد المقاولة، وبالمقابل أن يلتزم المتعاقد الثاني في حال تنفيذ المقاول لبعض التزاماته على مراحل، أن يبدي رأيه فيما نفذ من مراحل عقد المقاولة[٢].

وقد أعتبر جانب من الفقه[٣] الالتزام بالتعاون هو بمنزلة دعوة لمشاركة الرأي بين المتعاقدين في تنفيذ عقد المقاولة من خلال التزام الطرف الثاني المستفيد بالالتزام بإعطاء معلومات كافية ووافية عن العقد، وكل هذا يؤدي إلى تنفيذ العمل المتفق عليه وإتقانه على أتم وجه، وذلك بسبب أن الطرف الثاني قد زود المقاول بجميع المعلومات التي من شأنها أن تجعل هذا العقد كاملاً.

(١) التعاقد عن بعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي – محمد حسن قاسم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٧٧، ٧٨.

(٢) عقد المقاولة، محمد لبيب شنب، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٦٢، ص١٤٩.

(3) Aix-en- provence. 5 avr. 1996,D.1996.185.

وخلاصة ما تقدَم، إذا لم يفِ العميل أو المقاول بالتزامه بالتعاون على النحو المذكور، فإنه يتحمل مسؤولية التقصير، وسبب هذا التقصير هو الإخلال بالواجب القانوني (الالتزام بالتعاون) الذي يؤثر سلباً على هذا العقد.

وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في أحد القرارات التي أشارت إلى أن " يتحدد نطاق التزام رب العمل بالتعاون بحسب درجة تخصص في مجال العقد المبرم بين الطرفين، كلما كان رب العمل متخصصاً فيتسع نطاق الالتزام بالتعاون على عكس إذا كان رب العمل غير متخصص فيضيق نطاق الالتزام بالعمل[1].

ثالثاً: التزام المقاول بتنفيذ العقد ضمن المدة المقررة في عقد المقاولة

يلتزم المقاول على وفق عقد المقاولة بأن ينفذ العقد ضمن المدد المقررة بالعقد، بسبب أن عقود المباني والإنشاءات الثابتة يتطلب تنفيذها وفق عقد المقاولة مدة طويلة فيجب على المقاول أن يلتزم بهذه المدة، إذ يعد هذا الالتزام من الالتزامات المهمة والجوهرية في عقد المقاولة، كما تعد أهمية العامل الزمني بهذا العقد كون ارتباط هذا النوع من العقود(عقد المقاولة) بعملية التنمية الاقتصادية داخل البلد الذي يوجد فيه[2].

وقد انقسم الفقه الفرنسي[3] بشأن الطبيعة القانونية لهذا الالتزام الخاص بعقد المقاولة والمفروض بين الطرفين إلى تجاهين، الأول: بأنه التزام ببذل عناية، والثاني: التزام بتحقيق نتيجة.

من هنا، نحن نميل إلى الاتجاه الثاني ويجب قبوله في كل حالة يتصل فيها علم

(١) المركز القانوني للمستثمر (شركة المشروع) في عقد البوت، ندى زهير الفيل، بحث في مؤتمر تحت عنوان " التنظيم القانوني للاستثمار في العراق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ال عدده، ٢٠١١، ص٢٠.

(2) Hubert Bitan, Op.Cit,p.97.

(٣) عقود البوت B.O.T، إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، سميرة حصايم، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وز، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٠٤.

المقاول كونه متخصصاً بأعمال المقاولات، غير أن هذا العقد يعتمد على المقاول المتخصص المهني والالتزام النهائي في ضوء عقد المقاولة هو الالتزام بالتسليم وهذا يتعلق بتحقيق النتيجة المرجوة من هذا التعاقد.

والالتزام بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها في عقد المقاولة المبرم بين الطرفين المتعاقدين هو التزام بتحقيق غاية، وليس ببذل عناية، فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخير حتى لو أثبت أنه بذل العناية المطلوبة عناية الشخص المجرد المعتاد في إنجاز العمل في الموعد المحدد، ولكنه لم يتمكن من ذلك، بل عليه (المقاول) أن ينفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي، فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير، انتفت مسؤوليته اتجاه رب العمل العميل في عقد المقاولة[1].

المطلب الثاني: اختلال التوازن العقدي بين الطرفين

هناك واجب مفروض على المتعاقدين، بأنْ يقدِّم كل متعاقد للمتعاقد الآخر- عند تكوين العقد- البيانات اللازمة، لإيجاد رضاء سليم كامل، ويكون على علم بتفصيلات هذا العقد كافة، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو يحتم عليه منح ثقته المشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بعقد المقاولة على جميع تفصيلات العقد وقبل كل شيء لابد لنا من معرفة التزامات كل طرف في عقد المقاولة حتى يمكن للضمانات القانونية أن تحقق مبتغاها عند إبرام العقد.

الفرع الأول: التزامات العميل في عقد المقاولة

غالباً ما يبرم عقد المقاولة بين طرفين غير متكافئين في التخصص الفني، لأن المقاول دائماً يكون متخصصاً مهنياً بأعمال البناء والانشاءات الثابتة، بينما يكون

(١) فكرة الاحتراف في العقود، تهاني صالح شناوة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٧، ص١٤٢.

الطرف الثاني العميل غير متخصص أي يكون شخصاً عادياً أو يمكن أن يكون مهنياً ولكنه غير متخصص بأعمال المقاولات والبناء والإنشاءات.

تفرض هذه الضمانات التزامات متقابلة بذمة الطرفين المتعاقدين، منها دفع الأجر والتزام بتسليم موقع العمل، وهناك التزامات أخرى أشرنا إليها فيما سبق، ومن هنا سنتناول الآتي:

أولاً: التزامه بدفع الأجر

يلتزم الطرف الثاني في عقد المقاولة بدفع الأجر لقاء قيام المقاول بالعمل الموكل اليه بموجب عقد المقاولة، والأجر بهذا المعنى هو العنصر الثاني لركن المحل في عقد المقاولة؛ لأن هذا الأخير هو من العقود الملزمة للجانبين التي تتم بمقابل، والأجر تقتضيه مبررات عدة، إذ أصبح عدد من المقاولين المختصين بأعمال المقاولات والإنشاءات الثابتة يؤدون عملهم باحتراف وتخصص وبمقابل مالي، ويعتمدون على خبراتهم وكفاءتهم بالعمل الموكل إليهم جراء عقد المقاولة[1].

ومن ثمَ، يجب أن يكون المقابل الذي يدفعه الطرف الثاني للمقاول معيناً ومتفقاً عليه بين الطرفين أو يكون قابلاً للتعيين، من هنا يكون المقابل بتنفيذ عقد المقاولة مبلغاً إجمالياً شاملاً، وهذه المزية تأتي من مصلحة الطرف الثاني (العميل)، لأنه يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه في عقد المقاولة الذي تم تحديده دون أن يرتبط هذا الاجر بالوقت الممكن لانتهاء العقد.

والثمن هو العوض الذي يلتزم العميل الطرف الثاني أن يدفعه إلى المقاول مقابل حصوله على العقد المبرم بينهما، والعوض عبارة عن مبلغ من النقود، وقد اشترط المشرع العراقي أن يكون الثمن مبلغاً من النقود ولا يغنى عن النقود شيء آخر في الثمن، بينما نصت المادة (٥٢٦) من القانون المدني العراقي على أن الثمن يمكن أن

(١) العقود المسماة البيع الايجار المقاولة، علي هادي العبيدي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ٦٣.

يكون شيئاً آخر غير النقود، وهنا حدث لبس في هذه الحالة، لان ما يتعلق بموضوعنا (عقد المقاولة)، يجب أن يكون الاجر مبلغاً من النقود ومقدر مقدماً[1].

إنَ الأصل في عقد المقاولة أن يكون من العقود الملزمة للجانبين، ويكون الاتفاق بين الطرفين على تحديد الاجر بينهما على وفق عقد مثبت وصريح، هذا الاتفاق يطلق عليه الاتفاق الضمني، لأن هذه الأعمال تدخل ضمن مهنة الطرف الأول المقاول، وهذه المهنة لا تختلف عن مهنة المحامي والسمسار والصيرفي، فكل من اتفق على عمل يجب أن يكون بمقابل.

ويجوز للمقاول أن يطلب الزيادة في الأجر الذي يلتزم رب العمل بدفعها إلى المقاول؛ وذلك إذا عدَل أو أضاف في العمل المتفق عليه بين الطرفين أو عمل على تطوير العمل بأي شكل من الأشكال بناءً على طلب العميل الطرف الثاني في عقد المقاولة[2].

ويلتزم العميل الطرف الثاني بالعقد بدفع المبلغ المالي في الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين(المقاول والعميل)، فإن لم يتفق على موعد محدد يلجأ إلى العرف السائد في تحديده، فإن الأجر يستحق عند تسليم العمل، ويجب أن يدفع العميل الأجر في المكان المحدد في العقد، وفي حال لم يتم الاتفاق على مكان وفاء الأجر فإنه يكون في موطن العميل، أي المكان الذي يوجد فيه محل أعماله، وهذا ما أكدته المادة (٢/٣٩٦) من القانون المدني العراقي[3].

(١) نصت المادة (٨٨٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، على " ١-إذا لم تحدد الاجرة سلفاً او حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاول ٢-ويجب اعتبار ان هناك اتفاقاً ضمنياً على وجوب الاجر إذا تبين من الظرف أو العمل الموصي به ما كان ليؤدي الا لقاء اجر يقابله".

(٢) نص المادة (٢/٣٩٦) من القانون المدني العراقي.

(٣) عقد المشورة، (دراسة مقارنة لعقد تقديم الاستشارات القانونية والتقنية)، ريما محمد فرج، تقديم: سامي منصور، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٦، ص٨٨.

ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام بأداء المقابل المالي

يلتزم العميل بدفع الأجر المتفق عليه في ضوء عقد المقاولة، ومن أجل تحقيق غاية هذه الضمانات التي توفر أكبر قدر ممكن من الاطمئنان للطرفين عند إبرامهم العقد، ولكن في حال امتناع العميل عن أداء المقابل المالي في وقت استحقاقه، أو طلب من المقاول أداء الأجر في غير المكان المتفق عليه، أو أنه تأخر عن دفعه في الموعد المتفق عليه، فإن من حق المقاول أن يطلب التنفيذ العيني، أو أن يطلب فسخ العقد دون الإخلال بحقه عن طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب إخلال العميل بالتزامه[1].

كما نصت المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي على "١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته"[2].

يتبين من نص المادة المشار اليها في اعلاه، أنَّ المشرّع العراقي ("XEالمشرّع العراقي") أعطى للمحكمة أنْ تنذر المدين (" XEالمدين") بالالتزام ("XEالالتزام") إلى أجل معيَّن، وهذا الأمر يكون في حالة ما إذا كان المقاول ("XEالبائع") قد نفَّذ الجزء الأكبر من التزامه؛ حيث تقوم المحكمة بإعطائه مهلة ("XEمهلة") لتنفيذ ما بذمَّته من التزام، أي في حال أن المدين بالالتزام (العميل)، لم يفِ بالتزامه بدفع الاجر المتفق عليه في ضوع عقد المقاولة.

ومن ثمَّ، إذا نفذ المقاول التزامه بتقديم العمل المتفق عليه بالعقد المبرم على وفق عقد المقاولة، فهناك مقابل يتعهد به العميل بدفع الأجر وفق مبادئ القانون المدني

(١) نص المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي.

(٢) المتعاقد المحترف مفهومه - التزاماته - مسؤوليته، (دراسة مقارنة)، معتز نزيه محمد الصادق المهدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ٢٢٨.

وفق العمل المتفق عليه بين الطرفين، فإذا حصل الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين على أن تكون طريقة تحديد الأجر على أساس مبلغ شامل يدفع من قبل العميل على العمل المتفق عليه.

من هنا، إذا تسلم العميل العمل وجب عليه أن يدفع الأجر للمقاول، ولا يمكن للأخير أن يوقف العمل المقدم من قبله، إذ يقتصر حقه على الجزء الذي لم يدفع عنه الاجر، وبالمقابل إذا تم الاتفاق على تحديد الأجر على أساس مبلغ شامل، فإن المقاول يستطيع أن يوقف العمل بكامله في حال أخلَ العميل بالتزامه بدفع الاجر، حتى ولو دفع هذا الاخير الجزء الاكبر من مبلغ المقاولة لعدم امكانية تجزئة العمل في صورة الاتفاق الذي تم بين المتعاقدين[1].

ورأى جانب من الفقه[2] أن المقابل المالي في عقد المقاولة يعد من الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها إلَا باتفاق المتعاقدين، وذلك مراعاة لتنفيذ عقد المقاولة، فسعر الوحدة سعر اتفاقي بين العميل الطرف الأول والمقاول الطرف الثاني، ولا يجوز تعديله بالزيادة أو النقصان إلَا باتفاق الطرفين المتعاقدين.

الفرع الثاني: التزامات المقاول في عقد المقاولة

يفرض عقد المقاولة التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين العميل والمقاول، لأن هذا العقد هو من العقود الملزمة للجانبين أي ترتب التزامات في ذمتهم، ومن هنا تتمثل التزامات المقاول بالآتي:

أولاً: خطاب الضمان

عرَف خطاب الضمان أنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمىً العميل إذا

(١) الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، دويب حسين صابر واخرون، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص٣٦٥.

(٢) التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية، ياسر سبهان جاد الله، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص١٠٩.

طلب منه ذلك في المدة المعينة في الخطاب من دون اعتداد بأي معارضة من الآمر، وتبرأ ذمة البنك قبل العميل إذا لم يصله في مدة سريان خطاب الضمان طلب من العميل بالدفع إلَا إذا اتفقا صراحةً على تجديد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته بناءً على طلب العميل من دون موافقة الآمر العميل"، وعرف أيضاً بأنه " صك يصدره المصرف يتعهد فيه بناءً على طلب أحد عملائه بسداد مبلغ نقدي إلى الدائن دون أي قيد أو شرط"[1].

وبالرجوع إلى قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، إذ عرفت المادة (٢٨٧) منه خطاب الضمان بأنه" تعهد يصدر من مصرف بناءً على طلب أحد المتعاملين معه الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد فيها خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"[2]، يتبين لنا أن خطاب الضمان الذي يستخدمه المقاول في عقد المقاولة هو التزام أصلي يوجد في العقد وليس التزاماً تبعياً، لأن وجوده في هذا العقد اساسي ومهم من أجل ضمان التنفيذ الأمثل في العقد.

من هنا، يمكننا أن نضع هذا الالتزام بوصفه ضماناً يتحقق في مصلحة العميل (الطرف الثاني) في عقد المقاولة، لأنه ضمان مستقل ويصدر من شخص معنوي ألا وهو المصرف لكي يتضمن عقد المقاولة ضمانات تجعله حسن التنفيذ.

ويبدأ تنفيذ هذا الالتزام بإعداد المقاول الطرف الأول بهذا الضمان وتقديمه إلى الطرف الثاني، وبعد ذلك يبدو هذا الأخير مطمئناً لتنفيذ عقد المقاولة، فهو يعد

(١) النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، محمد حسين صالح، دراسة مقارنة،ط١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٧، ص٢٣.

(٢) يقابلها نص المادة (٣٥٥) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، أذ عرفت خطاب الضمان بأنه" تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد أذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".

ضمان حسن التنفيذ هذا من جانب، ومن جانب آخر يستطيع العميل الطرف الثاني أن يضمن حقه إزاء هذا الضمان عند إخلال المقاول بالالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب عقد المقاولة(١).

ثانياً: التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي لعقد المقاولة

إن عقد المقاولة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فيجب على المقاول تنفيذ العقد بنفسه، لأن اختيار المقاول وإبرام العقد معه كان على أساس اعتبارات يقتضي أن تتوفر فيه(٢).

من هنا، يقصد بالاعتبار الشخصي في العقد هو الاعتياد بشخصية المتعاقد أو بصفة من صفاته، كما هو الأمر في عقد الوكالة مثلاً التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وغيرها من العقود التي يراعي فيها كل طرف العلاقة التعاقدية، ويتطلب الاعتبار الشخصي بعض الصفات أو المميزات التي يتميز بها المقاول بوصفها عنصراً جوهرياً في التعاقد، وعلى ضوء ذلك سوف ندرجها تباعاً على النحو الآتي:

١- **الخبرة:** إن الشخص المعتاد، هو ليس لديه من الخبرة الفنية التي تتوافر لدى الآخر، والسبب في ذلك أن المقاول لديه الكثير من الخبرة أو بعمل لسنوات في أعمال المقاولات وأيضاً ما ينشأ عن العقود المماثلة وحسن تنفيذ من التزامات على وفق عقد المقاولة المبرم بين الطرفين المتعاقدين(٣).

ويبدأ تنفيذ هذا الالتزام، بإعداد المقاول دراسة على وفق المخططات المتفق عليها في ضوء العقد، ويجب على المقاول تقديم كل شيء يتعلّق بالعقد موضوع

(١) مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقد المقاولة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٤٢.

(٢) الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، علي سيد حسن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص١٧.

(٣) دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، يعرب محمد الشرع، ط١، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠، ص ٤١٥.

التعاقد، وأن يطلع عليه الطرف الثاني العميل وإشارته إلى كل حيثيات العقد من أجل أن يتم هذا العقد بأفضل صورة.

وفي بعض عقود المقاولات يمكن أن تدخل الدولة طرفاً فيها، وهنا يجب الرجوع إلى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، التي أشارت إلى ضوابط عدة يجب أن تتوافر بالمقاول حتى تتم احالة المشروع إليه منها "استبعاد المقاول غير الكفوء، والكفاءة المالية التي يتمتع بها المقاول، حجم الالتزامات المالية للمقاول خلال سنة العمل، توفر المهارات والقدرات الفنية لدى المقاول لتنفيذ العقد"[١].

٢- **المقدرة الفنية:** تعد المقدرة الفنية لممارسة عمل المقاول في تنفيذ العقد دعامة أساسية من دعامات ممارسة المهنة (مهنة المقاولات)؛ لأن المقاول شخص مؤهل علمياً وفنياً وهو متخصص بأعمال المقاولات، وعليه لا يمكن تبعاً لذلك أن يخضع العمل الموكل اليه لشخص آخر؛ لأن هنا تحقق الاستقلال المهني في مباشرته لأعمال المقاولات بنفسه، لأنه مهنياً يعد أوسع اختصاصاً من غيره أو أكثر علماً وخبرة ودراية بالعقد المبرم بينهما[٢].

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها التي أشارت فيه إلى "أن التزامات المتعاقد المقاول شخصية وجوب تنفيذها شخصياً من قبله، وللطرف الثاني الرجوع عليه في حال وجود تقصير في التزاماته التعاقدية أياً كان شخص المقصر، وليس له التحلل من المسؤولية بقصد أن التنفيذ صدر من وكيله على سبيل المثال أو دون علمه أو رضاه، ففي هذه الحالة يكون هو المسؤول عن عدم التنفيذ"[٣].

(١) المادة (٨/ ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) قواعد أخلاقيات المهنة، علي جابر محجوب، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٨.

(٣) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، رقم الطعن (٤٠١) لسنة ٢٩ جلسة ١٩٩٣/٤/٢٠، غير منشور.

ثالثاً: الالتزام بالمطابقة وضمان العيوب الخفية

تكون هذه الالتزامات مفروضة على عاتق المقاول في عقد المقاولة، ومن أجل توفير أكبر قدر من الضمانات التي تجعل الطرف الثاني العميل المستفيد من هذا العقد من الاطمئنان عند الإقدام على التعاقد في ضوء أعمال المقاولات والبناء، ومن أجل كل ذلك سوف نتناول هذه الالتزامات تباعاً، وعلى النحو الآتي:

١- **الالتزام بالتسليم المطابق:** بالرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي لم نجد تعريفاً للمطابقة، نظراً لعدم وجود هذا الالتزام وقت وضع القوانين المعنية، ولكونه من الالتزامات القديمة في القوانين المدنية، نجد الإشارة إليه في بعض نصوصها، وذلك من خلال تقرير حق المستهلك في الحصول على عقد المقاولة على أن يكون مطابقاً للمواصفات أو للأغراض التي تم التعاقد عليها، ومن ثم، التزام المقاول بتسليم الشيء مطابقاً للعقد، وإلّا كان المقاول الطرف الأول مخلاً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومتحملاً مسؤولية ذلك الإخلال[١].

على المقاول تسليم العمل (عقد المقاولة)، مطابقاً لما تم الاتفاق عليه في ضوء العقد، وبخلافه يكون قد أخلّ بتنفيذ التزامه بالتسليم، ويستطيع رب العمل المستفيد من العقد أن يحتج بعدم مطابقة المواصفات في حال تم التسليم ولم يكن مطابقاً للعقد المبرم بينهما[٢].

أما قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٩٣/٩٤٩) الصادر في ٢٦ تموز ١٩٩٣

(١) ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك-دراسة تحليلية في القانون المدني وقانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، ولائحته التنفيذية وبعض القوانين الأجنبية، ممدوح محمد علي مبروك: دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٨. ص٦.

(٢) يستطيع العميل المستفيد من عقد المقاولة الاحتجاج بعدم مطابقة العقد لما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين وفق القانون المدني العراقي ضمن المهلة التي يستطيع من خلالها للمطالبة بضمان العيب الخفي.

والمعدل بـ قانون١٧ شباط ٢٠٠٥، وفي التحديث الصادر له سنة ٢٠٢٤، فقد نص في المادة (D 411-4) على التزام "البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد، ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم"، وأشارت الى هذا الالتزام أيضاً المادة (D. 412-57 Décret)؛ فالمطابقة على وفق هذا النص هي ضمان يلتزم به البائع، فإذا كان المبيع غير مطابق للعقد عند التسليم، كان لرب العمل أن يرجع على المقال بضمان الالتزام بالمطابقة[١].

وخلاصة ذلك، يمكن القول أن الالتزام بالمطابقة في عقد المقاولة الذي يتم ابرامه بين طرفين غير متعادلين، هو التزام يقع على المقاول الطرف الأول بالعقد، يقضي بأن تكون جميع المواد المستخدمة في العقد مطابقة للمواصفات والمعايير القياسية التي تضمن تحقيق رغبة العميل في الدخول في عقد المقاولة.

٢-**الالتزام بضمان العيوب الخفية:** بالرجوع إلى القانون المدني العراقي والفرنسي، نجد أن هذا الالتزام هو ضمن عقد البيع والإيجار، وبالمقابل خصص هذان القانونان هذا الالتزام في عقود المقاولات والمباني الثابتة، وذلك للأهمية الملحة وكثرة هذه العقود داخل المجتمع كون هذا العقد (عقد المقاولة)، يتعلق بمرفق من مرافق الحياة إلا وهو السكن[٢].

إلا أن تطبيق أحكام هذا العيب على عقود المقاولات، يتطلب من العميل المستفيد من عقد المقاولة أن يثبت ان العمل لم يحقق الغاية المرجوة منه لوجود عيب، يجعل العقد غير صالح لتحقيق غايته لوجود عيب في مادة الشيء أو نقص في صفاته أو خصائصه، مما يجعله غير صالح لوجهة الاستعمال المقصود، مما يؤدي بالأخير وفق هذا الضمان أن يجعل المقاول مسؤولاً عن ذلك[٣].

(1) Code de la consummation: (Article D. 211-4).

(٢) نصوص المواد (٥٥٨-٥٧٠) من القانون المدني العراقي، و(١٦٤١-١٦٤٩) من القانون المدني الفرنسي.

(٣) ضمان المبيع لوجهة الاستعمال، ثروت عبد الحميد، دار أم القرى للطباعة والنشر، المنصورة، ١٩٩٥، ص١٨.

كما صدر العديد من القرارات القضائية بهذا الخصوص، منها قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت التسليم غير المطابق بمثابة عدم التسليم، لأن المشتري لن يلتزم بالدفع لعدم مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها، ما يعني أن الالتزام بالمطابقة لابد وأن يكون متحققاً ليتحقق الالتزام بالتسليم، ولهذا سعى القضاء الفرنسي منذ سبعينات القرن العشرين الى توسيع مفهوم الالتزام بالتسليم، بإضافة الالتزام بالمطابقة إليه، وذلك من أجل استيعاب الأضرار الحاصلة من عدم مطابقة المنتجات، ولضمان حماية حقوق المشتري، والتخلص من قيود ضمان العيوب الخفية، وبهذا استقرت في فرنسا فكرة وجوب لأن يكون الالتزام بالتسليم موجباً للالتزام بالمطابقة، مع استمرار الفقه الفرنسي في التمييز بين العيب وعدم المطابقة[1].

من كل ما تقدم، أن فرصة اللجوء لضمان العيب الخفي أصبحت تتضاءل نسبياً وبشكل مستمر في مختلف معاملات العقود المدنية، وذلك بسبب التطور المتسارع والملحوظ في عمليات الإنتاج والصناعة، والتعقيد الذي صارت تتسم به الخدمات من جهة، وأيضاً بسبب صعوبة إثبات هذا الضمان من جهة ثانية، ولكن بوجود هذا الالتزام في القانون المدني يجب على المقاول الالتزام به وفق حدود القانون.

الخاتمة:-

الى هنا، يكون هذا البحث قد وصل لمنتهاه، بعد إذ عنى بـ الضمانات القانونية الناشئة عن العلاقة التعاقدية(عقد المقاولة أنموذجاً)، وقد انطلق البحث من خصوصية عقد المقاولة، وانعكاسه على التزام المقاول والعميل أطراف هذا العقد بتنفيذ العقد على اتم وجه وبطريقة تتفق مع القانون، بحيث يمكن إجمال أهم النتائج والمقترحات التي انتهى إليها البحث على النحو الآتي:

(١) يعرف العيب في الفقه الفرنسي بأنه تلف أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته، أما عدم المطابقة فتعرف بأنها تسليم شيء يختلف في جوهره أو أحد عناصره الأساسية عن الشيء المتفق عليه. ينظر: عامر قاسم احمد القيسي: الحماية القانونية للمستهلك- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠٠٢. ص٧.

أولاً: النتائج

١- ان عقد المقاولة يعتبر من أهم العقود التي يمتاز بها مجتمعنا الحديث، لأنها تلبي حاجيات الانسان أو لسد الضرورات والحاجات الناجمة عن التوسع في المشاريع والمنشآت الثابتة التي تبرم عقودها ضمن القانون الخاص.

٢-خلو القانون المدني العراقي من ضمانات قانونية تجمع كل ما يتعلق بعقد المقاولة وادرجها ضمن العقد حتى يكون الطرف الضعيف في هذا العقد (عقد المقاولة)، مطمئن لهذا التعاقد، لكن حاولنا أن ندرج بعض الالتزامات التي من الممكن أن توفر أكبر قدر من الحماية للطرفين المتعاقدين وفق هذه الضمانات.

٣-عقد المقاولة هو عقد يلتزم به مقاول بأن يقوم بعمل حسب الاتفاق بين الطرفين، لقاء أجر يلتزم بدفعه المستفيد، وعلى المقاول والمستفيد الاتفاق على كتابة جميع الشروط التي يتناولها هذا العقد.

٤-إن عدم التكافؤ بين المقاول والعميل الطرف الثاني في هذا العقد، يفرض عليهما في مرحلة التحضير للعقد بعض الالتزامات، إذ يلتزم المقاول الاستعلام من المستفيد رب العمل عن طبيعة ما يحتاجه من هذا العقد أو المواصفات حتى يتم التعاقد وفق شروط مبنية ومتفق عليها بينهما.

٥-كما يجب على العميل المستفيد من عقد المقاولة أن يعلم المقاول بصورة واضحة عن حاجته لهذا العقد (عقد المقاولة)، من أجل أن يقف المقاول على طبيعة العمل المراد تنفيذه وفق هذا العقد.

٦-أن تقديم تكييف أفضل لعلاقة المقاول بالمستفيد(العميل) في أطار المسؤولية التعاقدية، يتطلب أن يقوم المقاول بفهم واضح للعمل المتعاقد عليه، لأن المقاول يقوم بهذا العمل مقابل أجر يدفعه العميل، فيكون عمله مستقلاً عن توجيهات عميله، وبالتالي يكون مسؤول أمام هذا الاخير في حال الإخلال.

ثانياً: المقترحات

١- غالباً ما يكون المقاول مهنياً محترفاً على عكس العميل المستفيد من عقد المقاولة الذي يكون غير متخصص بذلك العمل، فأن من الضروري أن يضع المشرع العراقي تنظيماً قانونياً للتعامل بهذا النوع من العقود ابتداءً من مرحلة تكوين العقد لحين التنفيذ والتسليم المطابق.

٢- المشرع العراقي بقي في هذا العقد متمسكاً بالقواعد العامة التقليدية في القانون المدني والتي في بعض الموضوعات تثبت قصورها، فلا بد من ملاحقة ما يستجد من موضوعات متعلقة بضمانات أكبر يمكن توفيرها للطرفين. وبالتالي، لا يجوز لأي شخص أن يمارس أمام الكافة مهنة أو حرفة إلا إذا كان ملماً بجميع المعلومات النظرية والفنية المتعلقة بعد المقاولة.

٣- من المكن اعداد صيغ نموذجية للتعاقد بين الطرفين في أطار عقود المقاولات والإنشات، من خلال تضمين العقد عبارات قانونية صريحة وواضحة لا تدع مجالاً للشك في تفسيرها على أن تتضمن بنوداً تفصيلية عن عملية التعاقد وكل هذا يدخل ضمن الضمانات القانونية التي يمكن أن نوفرها للأطراف عند التعاقد.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، (دراسة مقارنة)، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٢. ثروت عبد الحميد، ضمان المبيع لوجهة الاستعمال، دار أم القرى للطباعة والنشر، المنصورة، ١٩٩٥.

٣. دويب حسين صابر واخرون، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

٤. ريما محمد فرج، عقد المشورة، (دراسة مقارنة لعقد تقديم الاستشارات القانونية والتقنية)، تقديم: سامي منصور، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٦.

٥. سعدون ناجي القشطيني، دراسة في الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٧.

٦. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٧. عامر قاسم احمد القيسي: الحماية القانونية للمستهلك- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠٠٢.

٨. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٩. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد)، ط٣، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

١٠. علي جابر محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

١١. علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

١٢. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع الايجار المقاولة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.

١٣. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي – دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.

١٤. محمد حسين صالح، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دراسة مقارنة، ط١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٧.

١٥. محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٦٢.

١٦. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، ط ٥، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٨٢.

١٧. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقد المقاولة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

١٨. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف مفهومه – التزاماته – مسؤوليته، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٩. ممدوح محمد علي مبروك: ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك-دراسة تحليلية في القانون المدني وقانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، ولائحته التنفيذية وبعض القوانين الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٨.

٢٠. ممدوح محمد علي مبروك، الالتزام بصيانة الشيء المبيع – دراسة مقارنة – بين القانونين المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٢١. هاشم على الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

٢٢. ياسر سبهان جاد الله، التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.

٢٣. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، ط١، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠.

ثانياً: الرسائل والأطاريح

١ - تهاني صالح شناوة، فكرة الاحتراف في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٧.

٢- حسن فضالة موسى، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة النهرين،٢٠٠٦.

٣- سميرة حصايم، عقود البوت في أطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وز،٢٠٠١.

ثالثاً: المقالات والابحاث القانونية

١- صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العدد (٣)، لسنة ١٩٩٩.

٢- ندى زهير الفيل، المركز القانوني للمستثمر (شركة المشروع) في عقد البوت، بحث في مؤتمر تحت عنوان " التنظيم القانوني للاستثمار في العراق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ال عدد٥، ٢٠١١.

رابعاً: القرارات القضائية

١- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، رقم ١٠٨٧٥-٨٤، بتاريخ ١٩٩٧/٧/٣، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية.

٢- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، رقم الطعن (٤٠١) لسنة ٢٩ جلسة ١٩٩٣/٤/٢٠، غير منشور.

خامساً: المراجع الأجنبية

1- Philippe Le Tourneau, Theorie Et Pratique Des Contrats Informatiques, Edition Dalloz, 2009.

2- Ca Reims, II Dec. 1990, expertise, 1993.

3- Aix-en- province. 5 avr. 1996,D.1996.

4- Hubert Bitan, Op.Cit,p.97.

5-Code de la consummation: (Article D. 211-4).

سادساً: القوانين

١-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢-القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

- ٣- القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز، جامعة القديس يوسف.