Modify the wage in Construction Contract Study in Iraqi civil law

تعديل الأجر في عقد المقاولة دراسة في القانون المدني العراقي

م.م. وسيم جبار إبراهيم الشمري
المعهد التقني بابل
www.waaseemjabar@yahoo.com

الملخص

يكتسب عقد المقاولة أهميته من كونه أكثر و أهم العقود التي ترد على العمل و ارتباطه في الغالب بأعمال البناء و الإنشاءات و ما تمثله هذه الأعمال من أهمية كبيرة من الجانب الاقتصادي و القانوني في نفس الوقت ، و يعد الأجر في المقاولة هو الهدف الأساس الذي يدفع المقاول إلى قبول المقاولة و تحمل المخاطر التي قد تنتج عن تنفيذه المقاولة ، هذا من جانب أما من الجانب الأخر فيمثل الأجر التزاما على عاتق صاحب العمل ، وحرصا من المشرع على تحقيق التوازن بين أطراف العقد خصص للأجر بعض القواعد القانونية التي تكفلت البحث بموضوع الأجر و منع بنفس الوقت تعديل الأجر إلا بناءا على نص قانوني يبيح هذا التعديل و وفقا لشروط معينة و محددة قانونا لا يصار إلى هذا التعديل إلا بتوافرها جميعا إذ إن التعديل ما هو إلا استثناء على القاعدة التي لا تجيز تعديل الأجر ، حيث أجاز القانون اللجوء إلى تعديل الأجر في حالة المجاوزة الجسيمة للمقايسة إذا ما حدد الأجر بناءا عليها أو إذا حدد الأجر إجمالا و كان عرضه للتغير نتيجة خطأ صاحب العمل ، أو كان العقد محلا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و أجاز أخيرا تعديل أجرة المهندس المعماري و ذلك في حالات خاصة .

The summary

Construction Contract acquires its importance from being the most important and contracts that are set to work, and often in association with construction work and construction, as exemplified by these acts of great importance from the economic side and legal at the same time, and The in the wage contract is the objective basis on which Contractor push to accept the contract and take risks which may result from the implementation contract , this is the part of either of the other side represents the wage obligation on the employer, and the interest of the legislature to achieve a balance between the parties to the contract allocated to wage some of the legal rules that ensured Search the subject of wage and prevent the same time to modify wage only based on the legal text allows this amendment and according to certain conditions and specific law shall not be to this modification, but availability are all as the amendment is only an exception to the rule that does not allow modification wage, where permitted by law to resort to modify wage in the case of overstepping grave of the assay if it set a wage according upon whether or select and wage in total was subject to change as a result of mis-employer, or the contract is subject to the application of the theory of emergency circumstances, and finally authorized the modified fare architect and in special cases as well.

المقدمة

يعد عقد المقاولة من ابرز واهم العقود التي ترد على العمل اذ يعرف عقد المقاولة بأنه عقد بمقتضاه يقوم شخص (المقاول) بعمل معين لقاء اجر معين لحساب شخص أخر (صاحب العمل) من دون ان يكون خاضعا لإشراف او مراقبة هذا الشخص ، و هو من العقود الرضائية الملزمة للطرفين و ليس من عقود التبرع ، و يتميز عقد المقاولة بكون العمل الذي يقوم به المقاول ممكن ان يرد على كافة أنواع الأعمال دون تخصيص او تقيد بنوع معين من الأعمال اذ قد يرد على أعمال البناء او أعمال الترميم و غيرها من الأعمال الأخرى التي يتفق على انجازها و بإمكان المقاول تقديم المواد الأزمة لإتمام هذه الا عمال من قبله ، لهذا لابد من وجود اجر لقاء عمل المقاول و هذا الأجر يكون بدوره محل التزام صاحب العمل و هو الالتزام الأساس الذي يقع على عاتقه فيجب عليه ان يؤديه طبقا للعقد دون زيادة او نقصان ، ويجب على صاحب العمل ان يقوم بأداء الأجر سواء تم الاتفاق عليه او تم تحديده بمقتضى القانون حيث سمح القانون للأطراف عقد المقاولة عدم تحديد الأجر في حالات تولى تحديدها ، بالإضافة إلى ذلك يلتزم صاحب العمل بدفع نفقات الوفاء و الفوائد المستحقة على الأجر، كما يجب الوفاء بهذا الأجر في الوقت المتفق عليه في العقد و في حالة عدم تحديد الوقت في العقد فيكون الوفاء عند تسليم العمل كما يجوز الاتفاق على وقت أخر غير ذلك ، و يجب ان يكون الوفاء في المكان المتفق عليه او الذي يحدده العرف في حال عدم وجود اتفاق و تطبق القواعد العامة اذا لم يكن هناك اتفاق او عرف فيكون في المثليات في موطن المدين (صاحب العمل) او في مركز أعماله اذا كان العمل متعلق بهذه الأعمال اما في حالة الشيء ألقيمي فيجب تسليمه في المكان الموجود فيه وقت التعاقد ، و يكون الملتزم بدفع الأجرة هو صاحب العمل و مستحق الأجرة

هو المقاول او ورثته او خلفه الخاص ، و الأصل في عقد المقاولة عدم جواز تعديل الأجر المحدد في العقد اذ ان أي تعديل في الأجر يعد تعديلا لعقد المقاولة ذاته و يلزم الاتفاق عليه باعتباره عقدا جديدا تتوفر فيه كل اركان و شروط عقد المقاولة فلا يجوز تبعا لذلك ان ينفرد طرف بتعديل هذا العقد من دون موافقة الطرف الأخر على هذا التعديل ، الا انه و استثناءا من هذا للأصل أجاز القانون و في حالات معينة و محددة ان ينفرد احد الأطراف بتعديل العقد في المقاولة و هي حالة تحديد الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة او اذا كان الأجر قدر على أساس سعر حدد إجمالا و تعديل أجرة المهندس المعماري .

و بما ان عقد المقاولة من العقود المستمرة التنفيذ و التي يلعب الزمن دورا مهما فيها لذا من المتصور ان تظهر بعض الظروف خلال فترة التنفيذ لم تكن في حسبان المتعاقدين سواء في تقدير الأجر او في تحديد الكميات المطلوبة للعمل فمن الطبيعي ان يكون عقد المقاولة مجالا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في الحالة الأخيرة .

و للأهمية العملية للمقاولة في الواقع العملي و لما يتميز به هذا العقد من دفع مبالغ ضخمة للقيام بأعمال مقاولات عملاقة و لحماية صاحب العمل و الذي يكون في اغلب الأحيان ليس خبيرا بشؤون المقاولات مما يجعله عرضه لمطالبة المقاول بأجور إضافية من غير ان تكون هذه الأجور ملزمة له او استبداد صاحب العمل بعدم دفع الأجرة في حالات معينة و محددة قانونا ، و لما يلعبه الأجر من دور مهم في عقد المقاولة و لتبيان ماهية الحالات التي يجوز فيها تعديل الأجر كل هذا دفع الباحث لاختيار موضوع " تعديل الأجر في عقد المقاولة " محلا للبحث قاصرين هذا البحث في الحالات التي نص عليها القانون المدني العراقي لتعديل الأجر فيها .

و سوف نبحث موضوع " تعديل الأجر في عقد المقاولة " من خلال ثلاث مباحث الأول حالة تعديل الأجر اذا تم تحديده بموجب مقايسة و الثاني نخصصه لحالة تحديد الأجر إجمالا اما المبحث الثالث فسنتناول فيه حالة تعديل اجر المهندس ، و بعد الانتهاء من هذا البحث سوف نسجل بعض النتائج التي توصل إليها البحث و الله ولي التوفيق .

المبحث الأول

تعديل الأجر في حالة تحديده على أساس مقايسة

اذا ما تم الاتفاق على الأجر في عقد المقاولة على أساس مقايسة فلا يصار إلى تعديل الأجر إلا إذا توافرت شروط معينة ، كما ان الأثر المترتب على مجاوزة هذه المقايسة يختلف في حالة كون هذه المجاوزة جسيمة عن كونها غير جسيمة ، لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين الأول في شروط تعديل الأجر و الثاني في الأثر المترتب على مجاوزة المقايسة .

المطلب الأول

شروط تعديل الأجر

تنص الفقرة 1 من المادة 879 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على "1 – اذا ابرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول ان يخبر في الحال رب العمل مبيناً مقدار ما يتوقعه من المصروفات، فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات." ومن خلال هذا النص يتضح ان الشروط ألازم توفرها لإعماله هي :

أولا : ان يتم الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة .

إن الأجر هو المال الذي يلتزم صاحب العمل بإعطائه للمقاول في مقابل قيام المقاول بالعمل المعهود إليه [1] و بذلك يكون ركنا الأجر من أركان عقد المقاولة ، و من الملاحظ على الأجر بعده ركن في عقد المقاولة - و بالرغم من اشتراط و جوده لقيام عقد المقاولة لتميزه عن عقود التبرع و الحيلولة دون اعتباره عقدا - لا يشترط ذكره في العقد و لا يخل ذلك من صحة العقد اذ ان المادة 880 من القانون المدني العراقي نصت على "1 – اذا لم تحدد الأجرة سلفاً او حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول." كما يفترض في الفقرة 2 من هذه المادة إن المقاول لا يقوم بالعمل إلا مقابل اجر و هذا على عكس التراضي و العمل فهما ركنان يجب تحديدهما و لا يحددهما القانون [2] فيجب في هذه الحالة ان يكون الأجر مقدرا و محددا مسبقا فإذا كان الأجر غير محدد او اتفق عليه إجمالا فلا مجال لتحقق هذا الشرط .

و يجب ان يحدد الأجر على أساس مقايسة أي ان يكون تحديد كمية الإعمال المطلوبة في المقاولة على وجه تقريبي أي ان الأجر المستحق يحدد على أساس الأعمال التي تم انجازها فعلا ولا يمكن تحديده بشكل دقيق و نهائي الا عند انتهاء المقاول من العمل [3] .

الشرط الثاني : المجاوزة المحسوسة للمقايسة لسبب لم يكن معروفا وقت العقد .

و يتضمن هذا الشرط شقين الأول هو المجاوزة المحسوسة للأجر المتفق عليه في عقد المقاولة و الشق الثاني هو ان تكون المجاوزة للمقايسة غير معروف وقت العقد ، و المقصود بالمجاوزة المحسوسة هنا هو مجاوزة كمية الأعمال المقدرة لا مجاوزة أسعارها ذلك لان المجاوزة في الأسعار لا يعتد بها[4] .

و يتحقق هذا الشرط إذا ورد في المقايسة مقدار معين من الأعمال الأزمة ثم تبين للمقاول عند قيامه بالعمل ضرورة زيادة الكميات الضرورية الانجاز العمل أكثر من المقدار في المقايسة و ان هذه الزيادة ضرورية لإتمام العمل المتفق عليه و هذه الكميات تزيد زيادة محسوسة عن الكميات المتفق عليها بموجب المقايسة فعند ذلك ، اما اذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها و العبرة فيما يخص الأسعار تكون بالأسعار الواردة في المقايسة ، فالمفروض ان هذه الأسعار حددت بعد ان اخذ في الاعتبار كل الاحتمالات الممكنة لتغير هذه الأسعار [5] اما في حالة المجاوزة البسيطة فلا يعتد بها [6] و تقدير ما اذا كانت المجاوزة محسوسة او غير محسوسة يخضع لتقدير قاضي الموضوع[7] .

اما الشطر الثاني من هذا الشرط فيدل على عدم الاكتفاء بالزيادة المحسوسة للمقايسة في كميات الأعمال بل يجب ان تكون هذه الزيادة غير متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة و إنما ظهرت أثناء القيام بالأعمال و تنفيذ المقاولة و هذا الشطر اشترطه الفقه [8] ، فإذا كانت الزيادة متوقعة عند إبرام العقد او أمكن توقعها فلا مجال لإعمال نص المادة 879 من القانون المدني العراقي بل يصار إلى زيادة الأجر بمقدار هذه المجاوزة و لا خيار لصاحب العمل في التحلل من العقد [9] وقد قررت محكمة التمييز العراقية إلزام صاحب العمل بقيمة الأعمال الإضافية اذا كان يعلم بها عند تسليمه العمل و لم تكن للمقاول نية التبرع لان ذلك يعتبر موافقة ضمنية على تلك الأعمال الإضافية [10] .

الشرط الثالث : إخطار صاحب العمل حال تبين الزيادة .

نصت الفقرة 1من المادة 879 من القانون المدني العراقي في عبارتها الأخيرة على ".... وجب على المقاول ان يخبر في الحال رب العمل مبيناً مقدار ما يتوقعه من المصروفات، فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. " إذ أوجبت هذه العبارة على المقاول الذي يقوم بتنفيذ المقاولة و يجاوز مقدار الأعمال المطلوبة في المقايسة مجاوزة محسوسة ان يقوم في حال تبينه هذه المجاوزة بإخبار صاحب العمل و في الحال ، ومما يلاحظ على هذه المادة انها لم تحدد كيفية الإخبار فمن الممكن ان يكون بورقة رسمية او بورقة عادية او حتى شفاها [11] إلا إن عبء إثبات عمل الإخبار يقع على المقاول و ذلك لانه من يدعي حصوله عند الخلاف على تحققه لذا من الأفضل ان يكون هذا الإخبار مكتوبا او بطريق رسمي كما لو تم عن طريق الكاتب العدل او بواسطة محظر [12] فإذا لم يقم المقاول بإخطار صاحب العمل في الحال او تأخره في عمل هذا الإخطار مدة طويلة لا مبرر لها او سكت عن هذا الإخطار ففي هذه الحالة لا يستطيع المطالبة بزيادة الأجر بما يقابل الزيادة الأعمال كما ان سكوته في هذه الحالة يعد نزولا ضمني عن حقه في زيادة الأجر [13] و كذلك الحال اذا لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه المقاول من زيادة في الأجر مقابل المجاوزة للمقايسة [14] و يجب ان يذكر في الإخطار المقدار المتوقع من الزيادة في الكميات و ما ينفقه من اجر و عليه ان يتقيد بما ذكره في الإخطار لذلك يفضل البعض ان يذكر في إخطار المقاول لصاحب العمل الأسس التي تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون ذكر رقما معينا لانه سوف يحدد به زيادة او نقصان [15] ، وقد جاء بقرار لمحكمة التمييز العراقية ان على المقاول ان يخبر صاحب العمل بكل مجاوزة للمصروفات تقتضيها الضرورة لتنفيذ التصميم المتفق عليه فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز فيه قيمة المقايسة من نقصان [16] ومما تجدر الإشارة إليه ان حكم هذا النص ينطبق على المقاول من الباطن اذ ان المقاول من الباطن هو الذي يقوم بالتنفيذ فيجب عليه ان يقوم بالإخطار إلا انه يجب عليه في هذه الحالة ان يخطر المقاول الأصلي لا صاحب العمل لانه هو صاحب العمل مقابل المقاول من الباطن [17] و يجوز للطرفين الاتفاق على الإعفاء من عمل هذا الإخطار لان الإخطار مقرر لصالح صاحب العمل حتى لا يفاجئ بزيادة الأجر عن مجاوزة المقايسة للأجرة المتفق عليها بموجب المقايسة [18] .

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على مجاوزة المقايسة

نتناول هذا المطلب في فرعين الأول نخصصه للمجاوزة الجسيمة ، و الثاني نتناول فيه المجاوزة غير الجسيمة

الفرع الأول

المجاوزة الجسيمة

نصت الفقرة 2 من المادة 879 من القانون المدني العراقي على " فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب ان يبادر به دون إبطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل." و الملاحظ على هذه الفقرة ان القانون قد أقام موازنة بين حق المقاول بزيادة الأجر و فق حكم الفقرة 1 من نفس المادة و بين حق صاحب العمل فأجاز له التحلل لذات أسباب زيادة الأجر للمقاول [19] و اشترطت هذه الفقرة ان تكون المجاوزة جسيمة و يجب ان تكون في كميات العمل المطلوبة في المقاولة و ليس في الأسعار اذ ان لا اعتبار للارتفاع الأسعار [20] و المجاوزة الجسيمة هو الشرط الذي يحكم هذه الحالة و الذي يجعل صاحب العمل أمام أمرين هما :

الأول هو ان يبقى صاحب العمل ملتزما بعقد المقاولة و بكافة شروطه و التزاماته و منها ما يتعلق بزيادة الأجر بموجب مجاوزة المقايسة و الذي يطالب به المقاول و بذلك يبقى عقد المقاولة نافذا بجميع شروطه و كل ذلك بعد الطلب من قبل صاحب العمل بالبقاء على المقاولة و تنفيذ العمل و التزامه تجاه المقاول بالأجر الناتج عن مجاوزة المقايسة [21] و لم يشترط النص ان يقوم صاحب العمل بإخطار المقاول بالاستمرار بالمقاولة في هذه الحالة .

و اما الخيار الثاني فهو تحلل صاحب العمل من عقد المقاولة و طلب إنهاء العقد اذا رأى ان الزيادة الجسيمة في الأجر مرهقه له [22] و لكن في هذه الحالة يجب على صاحب العمل إخطار المقاول بالتحلل عن العقد و دون إبطاء أي بمجرد إخطار المقاول له بالمجاوزة فإذا تأخر عن ذلك دون مبرر فلا يجوز له التحلل من العقد و يبقى مقيدا به و للمقاول عند ذلك الاستمرار بالعمل [23] و يجوز عمل هذا الإخطار بأي طريقة حتى لو حصل مشافهة و ذلك لعدم تطلب القانون شكل معين الإجراء هذا الإخطار ، ويجب على المقاول وقف التنفيذ بمجرد وصول الإخطار اليه و تحلل صاحب العمل من المقاولة ، و يجب على صاحب العمل ان يعطي المقاول قيمة ما أنجزه من أعمال مقدرة وفق عقد المقاولة بغض النظر عن القيمة الفعلية التي أنفقها المقاول في انجاز العمل [24] و بذلك يكون المقاول قد اجبر على التنفيذ الجزئي للعقد كما لا يجوز له إجبار صاحب العمل على تعويضه عما فاته من كسب عند إتمامه عقد المقاولة و هذا خلاف ما تنص عليه المادة 885 من القانون المدني العراقي عند تحلل صاحب العمل بإرادته المنفردة ، اذ ان تحلل صاحب العمل هنا ليس بإرادته بل اضطره لهذا الإنهاء المجاوزة الجسيمة المرهقة له و من ثم لا يصار الى التعويض [25] ، و قد تباينت الآراء حول عدم تعويض المقاول في هذه الحالة اذ اسند البعض ذلك إلى اضطرار صاحب العمل إنهاء المقاولة

بسبب الزيادة المرهقة في الأجر [26] و اتجاه أخر يسنده إلى فسخ العقد دون ان يكون له اثر رجعي او لوقوع صاحب العمل في غلط جوهري مشترك بينه وبين المقاول [27]و ينتقد اتجاه أخر الرأي الأخير [28] و ذلك لعدم وجود إخلال من قبل المقاول اذ ان الفسخ يتطلب إخلال من المدين في تنفيذ الالتزام و هو هنا المقاول و حيث لا يوجد أي خطاء منه فلا يصار إلى هذا الحكم و هو الفسخ.

الفرع الثاني
المجاوزة غير الجسيمة

لم تعرض المادة 789 التي تناولت الأجر في عقد المقاولة لهذه الحالة بصورة صرحيه إلا انه من الممكن استنتاج حكم هذه الحالة بطريق مفهوم المخالفة للفقرة 2 من المادة 789 و بذلك يكون لصاحب العمل التحلل من عقد المقاولة اذا كانت المجاوزة جسيمة اما اذا لم تكن تلك المجاوزة جسيمه فلا يحق لصاحب العمل التحلل من العقد و طلب إنهائه و وقف التنفيذ [29] و يلزم صاحب العمل في هذه الحالة بدفع الزيادة في الأجر مقابل هذه المجاوزة غير الجسيمة و في حالة إنهائه سوف يخضع لحكم المادة 885 من القانون المدني العراقي و التي تقضي بتعويض المقاول عن ما فاته من كسب لانه قام بإنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة و ليس مضطرا لذلك لإرهاقه بالمجاوزة الجسيمة و كون المجاوزة جسيمة او غير جسيمة و ما يترتب عليها من اثأر هي من مسائل الواقع التي ينفرد بتقديرها قاضي الموضوع [30] .

المبحث الثاني
تعديل الأجر في حالة تحديده إجمالا

قد يحدد الأجر في عقد المقاولة بشكل جزافي و وفقا لتصميم معين مما يجعل عقد المقاولة في هذه الحالة عرضه لتعديل الأجر وفقا لشروط و حالات محددة ، لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول شروط التعديل و في الثاني حالات التعديل .

المطلب الأول
شروط التعديل

نصت المادة 877 من القانون المدني العراقي على " اذا ابرم العقد بأجرة حددت جزافاً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل او إضافة، إلا ان يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل او يكون مأذوناً منه وقد اتفق مع المقاول على أجرته ويجب ان يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة." و يتبين من خلال هذا النص انه لابد ان يعقد عقد المقاولة على أساس تصميم معين و يكون الأجر فيه قد حدد إجمالا حتى يصبح بالإمكان تطبيقه و بالتالي تعديل الأجر في المقاولة ، و لذلك فان هناك شروط ثلاثة يجب ان تتوفر في عقد المقاولة حتى يكون داخلا ضمن حكم المادة 877 من القانون المدني العراقي وهي :

الشرط الأول : ان يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي غير قابل للزيادة او النقصان ، و في هذه الحالة يحدد صاحب العمل الأجر إجمالا و مقدما فلا يعتمد تحديد الأجر هنا على ما سيتم من الأعمال في المقاولة كما هو عليه الحال اذا كان الأجر محدد بمقتضى مقايسة [31] فإذا كان الأجر غير محدد تحديدا نهائيا او غير محددا إجمالا على وجه نهائي فلا يدخل في نطاق هذا الشرط و بالتالي تطبيق نص المادة 877 عليه بل يكون خاضعا لتطبيق القواعد العامة و دون حاجة إلى اتفاق كتابي على تعديل التصميم او الأجر [32] و لا يكون الأجر محددا اذا اشترط في العقد إنقاص الأجر اذا كلف العمل اقل من المبلغ او يجوز زيادته اذا ارتفعت قيمة اليد العاملة خلال مدة التنفيذ او زيادة أثمان المواد المستخدمة في العمل او انخفضت [33] .

الشرط الثاني : ان يكون الأجر متفق عليه على أساس تصميم معين ، اذ يجب ان يكون التصميم المتفق عليه موجودا وقت العقد و محدد المعالم [34] ويقصد بالتصميم كل وصف للإعمال المعهود بها إلى المقاول [35] كما و يشترط في هذا التصميم ان يبين حدود و نطاق العمل على وجه كامل و نهائي اي ان يكون كاملا و واضحا و نهائيا ، ويكون التصميم كاملا اذا كان يمثل وصفا كاملا للعمل متضمنا جميع الأعمال المطلوبة ، و واضحا بان يكون مفصلا دقيقا و لا يحتوي فقط على الخطوط الرئيسة او العامة للعمل ، و نهائيا اذا لم يحتفظ احد الطرفين بحق إجراء أي تعديل على هذا التصميم أثناء تنفيذ المقاولة ، و في حالة نقص التصميم عن كونه واضح و كامل و نهائي فلا نكون أمام عقد مقاولة أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه [36] و يمكن استخلاص الأعمال التي يجب على المقاول القيام بها من جميع الوثائق التي يتكون منها اتفاق الطرفين و بصفه خاصة من العقد الأصلي و الشروط ومن مقايسة الرسومات [37] .

الشرط الثالث : ان يكون عقد العمل مبرما بين صاحب العمل الأصلي و المقاول ، فإذا ابرم عقد المقاولة بين المقاول الأصلي و مقاول من الباطن فلا ينطبق النص و إنما تسري القواعد العامة بينهما و يستطيع المقاول من الباطن بعد الاتفاق مع المقاول الأصلي ان يجري تعديلا في التصميم سواء كانت هذا الاتفاق صريح او ضمنيا غير مكتوب [38] دون الحاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد في مقابل هذه الزيادة في الأجر و الناتجة عن تعديل التصميم ، في حين يذهب اتجاه أخر إلى ضرورة الكتابة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن على التعديل او الإضافة و على زيادة الأجر مؤسسين رأيهم هذا على ان لفظ المقاول عندما يطلق يؤخذ بصفة عامة دون الأخذ بالتعبير الخاص لكلمة العقد الأصلي التي وردت في النص كما ان المادة التي اشترطت الكتابة سبقت النصوص الخاصة بالمقاولة من الباطن و يرون انه يجب حمل كلمة العقد الأصلي للدلالة على العقد الذي لحقه التعديل او الإضافة سواء كان عقدا أصليا او عقدا من الباطن [39] و يبرر أصحاب الرأي الأول ان نص هذه المادة ما وضع إلا لحماية صاحب العمل الأصلي لأنه رجل غير فني على العكس من المقاول من الباطن الذي يكون دائما ذو دراية عالية بالأعمال التي يقوم بها و

بالتالي لا حاجة للحماية التي توفرها هذه المادة و بالتالي تطبق عليه القواعد العامة مما يتيح للمقاول من الباطن ان يطالب المقاول الأصلي باجر الأعمال الإضافية مادامت هذه الأعمال قد تمت بموافقة او دون اعتراض على الأقل [40] .

المطلب الثاني

حالات تعديل الأجر

اذا ما اتفق على الأجر بمقتضى اتفاق على أساس تصميم معين و حدد الأجر بالاستناد على هذا الأساس فلا يجوز بعد ذلك زيادة الأجر او إنقاصه و لو بطريقة غير مباشرة ، إلا ان هذه المادة قد وضعت بعض الاستثناءات الهامة التي يمكن عن طريقها تعديل الأجر في هكذا نوع من المقاولات و هي اذا كان التعديل بسبب خطاء صاحب العمل او بالاتفاق معه ، كما ان هناك حالة ثانية و هي اختلال التوازن التي نصت عليها المادة 878 من القانون المدني العراقي ، وعليه سنخصص لكل منها فرع خاص .

الفرع الأول

خطأ صاحب العمل أو الاتفاق معه

ان خطاء صاحب العمل الذي يجيز المطالبة باجر أكثر مما اتفق عليه لا يشترط فيه ان يكون صاحب العمل سيئ النية او ان هذا الخطاء ناتج عن تقصير و كذلك لا يشترط ان يكون هناك تعديل في التصميم و كل ما يجب ان يتوفر حتى تتحقق المطالبة بزيادة الأجر هو تسبب صاحب العمل بفعله بأي زيادة من دون الأخذ بحسن او سوء نية صاحب العمل او إهماله او تقصيره فما دام ان يتسبب بزيادة التكاليف فيحق للمقاول ان يطالب بزيادة الأجرة ، و من صور خطاء صاحب العمل الخطاء في المساحة المطلوبة للمقاولة و إبعاد البناء و كذلك تقديم ارض لا يملكها فيضطر المقاول الى الهدم و البناء من جديد او عدم الحصول على الترخيص ألازم للبناء كما لا يشترط وقوع المقاول بهذا الخطاء لان الملتزم بالأجرة هو صاحب العمل فيقع عليه عبء إثبات هذا الخطاء [41].

و لا يجوز للمقاول ان يقوم بأي تعديل او تغيير او إضافة في التصميم المتفق عليه الا بموافقة صاحب العمل و اذا قام المقاول من دون موافقة صاحب العمل بتعديل التصميم او تغييره فلا يحق له مطالبة صاحب العمل بزيادة الأجر بل يحق لصاحب العمل مطالبة المقاول بالتعويض اذا لحقه ضرر من هذا التعديل او التغير [42] و لابد ان يكون الاتفاق مع صاحب العمل على هذه الزيادة الناتجة عن التعديل او الإضافة مكتوبا اذا كان عقد المقاولة الأصلي مكتوبا وهو ما جاء به نص المادة 877 من القانون المدني العراقي ، كما وتشترط الكتابة في إثبات الاتفاق على التعديل بالإضافة اذ ليس للمقاول المطالبة باجرة الزيادة الحاصلة في العمل الذي حدد أجرته جزافا إلا اذا كان حصول الزيادة بخطاء صاحب العمل او بإذنه و قد اتفق مع المقاول على أجرته على ان يحصل هذا الاتفاق كتابة [43] .

من كل هذا يتضح انه يجب ان يتفق صاحب العمل مع المقاول على التعديل او الإضافة في التصميم المتفق عليه لزيادة الأجر، ما لم تكن هذه الزيادة ناتجة عن خطاء صاحب العمل ، و ان يكون هذا الاتفاق مكتوبا اذا كان عقد المقاولة الأصلي مكتوبا ، ويجوز كذلك إثباته بالشهادة او القرائن اذا ما وجد مبدءا الثبوت بالكتابة ، و مبداء الثبوت بالكتابة كما جاء في نص المادة 78 من قانون الإثبات العراقي " كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شانها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال " ، و كذلك تعتبر البينة و القرائن اذا وجد مانع أدبي او مادي يمنع الحصول على الكتابة او فقد المقاول سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه [44] ، و يجب ملاحظة عدم الاعتداد بالإذن الصادر من مهندس صاحب العمل إلا اذا كان المهندس وكيلا و كانت عنده وكالة تخوله سلطة إجراء التعديل او الإضافة [45] و ان هذه الوكالة او التمثيل من قبل المهندس ما هي الا تأكيد على جواز استخدام مبدءا الثبوت بالكتابة حيث ان شروط هذا المبدءا هي وجود الكتابة و صدورها من الخصم او من يمثله و جعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال [46] و يلزم صاحب العمل باجرة الأعمال الإضافية اذا كان يعلم بها وقت تسلمه العمل و لم تكن لدى المقاول نية التبرع لان ذلك يعد موافقة ضمنيه على تلك الأعمال الإضافية [47] كما ان عدم اعتراض صاحب العمل على الأعمال المنجزة زيادة على ما جاء في المقاولة وقت التسليم يدل على ان الزيادة في العمل تمت بناء على طلبه و بموافقته و لا يعتبر المقاول في هذه الحالة متبرعا [48] .

الفرع الثاني

حالة انهيار التوازن الاقتصادي

ان إبرام عقد المقاولة باجر إجمالي يهدف إلى ان يتحمل المقاول مخاطر هذه المقاولة و ما ينتج من صعوبات عند التنفيذ و ان جوهر عقد المقاولة اذا ابرم بهذه الطريقة هو عدم السماح للمقاول المطالبة بزيادة الأجر اذا ما تغيرت أسعار المواد الأولية او أجور العمال و غيرها من التكاليف الأخرى و كل ذلك على أساس الارتفاع المتوقع لهذه الأسعار و ان المقاول قد راعى هذا و وضعه في حسبانه ، ولكن الأمر يختلف فإذا تعلق بالارتفاع غير المتوقع نتيجة لظروف غير متوقعة فعند ذلك يجوز للمقاول المطالبة بزيادة الأجرة [49] حيث نصت المادة 878 من القانون المدني العراقي " ليس للمقاول اذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ان يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الأجرة او فسخ العقد." و يدل هذا النص على تأكيد المشرع على ان لا يكون لارتفاع الأسعار او أجور الأيدي العاملة تأثير على الأجر المحدد في المقاولة و يؤكد الأصل الذي يقضي بعدم تأثير هذا الارتفاع في مدى التزامات كل من صاحب العمل و المقاول [50] اما في حالة حدوث انهيار التوازن الاقتصادي التام بين التزامات المقاول و صاحب العمل و انعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة الأجر او فسخ العقد .

و يلاحظ ان هذا النص جاء تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة التي اقرها القانون المدني العراقي في المادة 146/2 منه و التي نصت على " 2 – على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. " لذا فان شروط تطبيق نص المادة 878 في عقد المقاولة هي نفس شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة و التي جاءت بها الفقرة 2 من المادة 146 من القانون المدني العراقي [51] لذا سوف نبحث في هذه الشروط على قدر تعلق الأمر بعقد المقاولة :

الشرط الأول : ان يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ ، ذلك لان حصول الحوادث الاستثنائية لا يمكن تصوره ما لم يكن العقد من العقود المستمرة التنفيذ او فورية التنفيذ لكن تنفيذه مؤجل [52] و ان أساس النظرية هو ان تكون هناك فترة من الزمن تفصل بين صدور العقد و تنفيذه [53] و لا شك في ان عقد المقاولة من العقود المستمرة التنفيذ حيث يستوجب وجود فترة من الزمن تفصل بين نشوء العقد و تنفيذ المقاولة [54]

الشرط الثاني : ان تحدث بعد العقد و في أثناء التنفيذ حوادث عامة استثنائية ، و هذا الشرط جاءت به المادة 146 من القانون المدني العراقي و يجب ان تكون الحوادث عامة أي أنها لا تكون حوادث خاصة بالمدين [55] و من الملاحظ على المادة 878 من القانون المدني العراقي انها لا تشير الى تحقق صفتي العمومية و الاستثناء في الحادث الطارئ و بالرغم من ذلك فانه يجب توفرهما طالما ان هذه المادة ما هي الا تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التي جاءت بها المادة 146 من القانون المدني العراقي [56] و تكون الحوادث عامة اذا كانت لا تخص المقاول بل شاملة لعامة الناس كالفيضان او إضراب مفاجئ او فيضان او استيلاء إداري و غيرها [57] و لم تأتي المادة 878 إلا بمثل واحد هو ارتفاع أجور أيدي العمل و سعر المواد الأولية و ترك الباقي للفقه و القضاء و الذين يعتبران الزلزال و الحرب و الوباء المنتشر و إضراب العمال المفاجئ من الظروف الطارئة [58] .

الشرط الثالث : ان تكون هذه الحوادث استثنائية ليس في الوسع توقعها ، فإذا كان من الممكن توقع هذه الظروف فلا تعد من الظروف الطارئة [59] و يعد كذلك من الظروف الطارئة الحادث الذي لا يمكن دفعه أما الذي الحادث يمكن دفعه فيكون شانه شان الحادث الذي يمكن توقعه [60] ، ونصت المادة 878 من القانون المدني العراقي على الحادث الاستثنائي بنصها " ...حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد .... "

الشرط الرابع : ان تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا ، وهو ما عبرت عنه المادة 878 من القانون المدني العراقي " ... و انعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ... " فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا لا نكون أمام نظرية الظروف الطارئة بل حالة القوة القاهرة و بالتالي انقضاء الالتزام و حسب نص المادة 425 من القانون المدني العراقي و حسب نص المادة 886 من القانون المدني العراقي ينتهي عقد المقاولة بسبب استحالة تنفيذ العمل المعقود عليه [61] و ان معيار الإرهاق يتمثل بتهديد المقاول بخسارة فادحة اما الخسارة المألوفة لا تكفي لإعمال المادة 878 و بالتالي تعديل عقد المقاولة [62] كما ان الإرهاق يختلف باختلاف الأشخاص و الظروف [63] .

و يشترط بالإضافة إلى الشروط العامة لنظرية الظروف الطارئة توافر شرطين لتطبيق المادة 878 من القانون المدني العراقي وهي :

1. ان ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل و المقاول و يتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة و ينهار معه التوازن الاقتصادي بين التزامات صاحب العمل و التزامات المقاول [64] و مسألة انهيار التوازن بين التزامات صاحب العمل و التزامات المقاول مسألة موضوعية تخضع لسلطة القاضي التقديرية [65] .
2. ان يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ، وتندرج ضمن هذا الشرط جميع شروط نظرية الظروف الطارئة و التي سبق بيانها في هذا الفرع .

فاذا توفرت هذه الشروط جاز للمقاول ان يطالب بزيادة الأجر المتفق عليه فان امتنع صاحب العمل جاز للقاضي أما ان يحكم بإعادة الموازنة بين الطرفين بان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول [66] و ان يحكم بزيادة الأجر و الإبقاء على العقد او ان يحكم بفسخ العقد ، و يمكن للقاضي ان يكتفي بوقف تنفيذ العقد و ذلك استنادا الى نص المادة 146 من القانون المدني العراقي و وقف التنفيذ من سلطات القاضي حيث يجوز له إيقاف التنفيذ حتى زوال الحادث الطارئ اذا كان الحادث الطارئ وقتيا [67] ، و يجب ان يلاحظ ان زيادة الأجر في هذه الحالة يجب ان لا تتجاوز ما هو لازم لرفع الإرهاق غير المتوقع عن المقاول و على المقاول ان يتحمل الارتفاع المألوف في أسعار المواد الأولية و أجور العمل لأنه ارتفاع كان يتوقعه المقاول اما الارتفاع غير المألوف فيتحمله المقاول و صاحب العمل [68] و اذا ما فسخ العقد فعلى صاحب العمل ان يعوض المقاول على ما تم انجازه من أعمال بصورة تتفق مع أحكام العقد [69] و يستحق المقاول الزيادة في الأجر الناتجة عن الظروف الطارئة بنسبة ما أنجزه من عمل و فقا للعقد [70] كما ان طلب الزيادة في الأجر بسبب انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن بالحسبان وقت التعاقد يجب ان يقدم خلال مدة نفاذ العقد و بشرط ان يكون المقاول مستمرا في تنفيذه بدليل ان المادة 878 من القانون المدني العراقي أعطت المقاول حق طلب زيادة الأجر او الفسخ و الفسخ لا يقبل بعد إنهاء مدة المقاولة [71] .

المبحث الثالث

تعديل أجرة المهندس

يستحق المهندس المعماري الأجر لقاء قيامه بإعداد التصاميم و أي عمل يقوم به لصاحب العمل ، ويقصد بالمهندس المعماري الشخص المكلف من صاحب العمل بإعداد التصاميم و الرسومات اللازمة لإتمام المقاولة و الذي يكون مرتبط مع صاحب العمل بعقد المقاولة لذلك ونتيجة لهذا الارتباط فالأصل عدم جواز تعديل الأجر إلا في حالات معينه و هو ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين الأول في بحث كيفية تقدير أجرة المهندس و الثاني في تخفيض اجر المهندس .

المطلب الأول
كيفية تقدير اجر المهندس

نصت الفقرة 1 من المادة 881 من القانون المدني العراقي على " يستحق المهندس المعماري اجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال، فذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري." و المفروض ان المهندس يعمل باجر سواء كان العقد مقاولة او اختلط به بعض الأعمال القانونية التي تجعل منه عقد مختلط بين المقاولة و الوكالة و في حالة حدوث تعارض فان أحكام عقد المقاولة هي التي تغلب على هذه الصفة و يكون ذلك عند القيام بالأعمال المادية و الأعمال القانونية من قبل المهندس [72] ، ألا ان هذا الفرض يقبل أثبات العكس [73] فقد يستنتج من الظروف ان عمل المهندس كان على سبيل التبرع او كان بدافع الدخول إلى مسابقة او للحصول على عمل او إيجابا في حالة عرضة على صاحب العمل ، و الأصل في تحديد أجرة المهندس هو الاتفاق بين المهندس و صاحب العمل ، و يمكن ان يكون الاتفاق على اجر المهندس على أساس مبلغ إجمالي او على أساس نسبة معينة من قيمة الأعمال التي يقوم بها و في هذه الحالة تكون العبرة في تحديد اجر المهندس بقيمة الأعمال الفعلية المنجزة لا في قيمة الأعمال بمقتضى المقايسة [74] و في حالة الاتفاق على اجر المهندس فانه يستحق اجر على وضع التصميم و اجر عن عمل المقايسة و اخر عن إدارة الأعمال و الإشراف على تنفيذ المقاولة اذا ما عهد بجميع الأعمال الى المهندس و في حالة اختصاصه بأحدها فتحدد الأجرة على هذا العمل فقط ، و لو حدد بعملين باجر واحد فيعمل على تحديد أجرة كل عمل على حده [75] ، اما في حالة عدم وجود اتفاق على أجرة المهندس و مع الفرض المتقدم كون المهندس يعمل باجر ما لم يثبت العكس فان تطبيق القواعد العامة يقضي في هذه الحالة إعمال نص الفقرة 1 من المادة 880 من القانون المدني العراقي و يحدد بمقتضاها اجر المهندس على أساس قيمة العمل و النفقات للمهندس [76] و لكن المشرع حدد معيار بموجبه يمكن تحديد أجرة المهندس في حالة عدم الاتفاق عليه و ذلك في المادة 881 من القانون المدني العراقي حيث اوجب الرجوع إلى العرف الجاري لتقدير هذا الأجر ، وعليه يمكن القول بان أجرة المهندس المعماري يمكن ان تحدد في الاتفاق في حالة وجوده او يكون بواسطة العرف الجاري بين المهندسين في حالة عدم تحديده كما يمكن ان يحدد الأجر وفق نسبة معينه محدده مسبقا و يلجئ إليها في حالة عدم وجود اتفاق على الأجر [77] .

المطلب الثاني
تخفيض اجر المهندس

الأصل ان يحصل المهندس على أجره كاملا سواء تم تحديد هذا الأجر بمقتضى الاتفاق بين المهندس و صاحب العمل او حدد هذا الأمر بموجب العرف الجاري فلا يجوز تخفيض الأجر بعد ان حدد على هذه الأسس كما ان المهندس يستحق الأجرة في حالة اخذ التصميم الذي و ضعه المهندس سواء عمل بهذا التصميم ام عدل عن العمل به أصلا ، و لا يستحق المهندس الأجر عند خطاءه كتأخره في عمل التصميم او بسبب عيب فيه و عدم إتباعه لتعليمات صاحب العمل و بوجه عام خطاء المهندس [78] إلا ان الفقرة 2 من المادة 881 من القانون المدني العراقي تنص على " غير انه اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس وجب تقدير الأجرة بحسب الزمن الذي وضع التصميم، مع مراعاة طبيعة العمل." و من هذه المادة يظهر جواز تخفيض أجرة المهندس استثناءا من الأصل الذي لا يجيز تخفيض الأجر[79] اذ أجازت تخفيض أجرة المهندس اذا لم يتم العمل بمقتضى هذا التصميم و جعل للمهندس أجرا على أساس الوقت الذي استغرقه المهندس في وضع هذا التصميم مع الأخذ بالاعتبار كفاءة المهندس و سمعته و قيمته هذا التصميم [80] و يفسر ذلك بان صاحب العمل لم يفد شيئا من التصميم الذي وضعه المهندس و بالرغم من ذلك فان صاحب العمل قد قام بتعويض المهندس عن عمله كاملا [81] وفي الغالب يكون هذا التعويض اقل من الاجر ، اما في حالة كون التصميم كان معيبا او غير منطبق مع التعليمات لصاحب العمل او التأخر في التسليم و على العموم خطاء المهندس فإعمالا للقواعد العامة لا يستحق المهندس أي اجر على عمله هذا كما لا يستحق التعويض المنصوص عليه في ألفقره 2 من المادة 881 من القانون المدني العراقي ، كما يجوز تخفيض اجر المهندس في حالة مبالغة المهندس في تقدير قيمة الأعمال بحسب مقايسة لكي يزيد من أجره اذ يجوز في الحالة الأخيرة تخفيض الأجر مع تعويض صاحب العمل اذا كان للتعويض مقتضى إلا في حالة النص في العقد على ان الأجر يستحق على قيمة الأعمال الواردة في العقد لا الأعمال الفعلية فيكون التقدير للأجر مقدما و قبل القيام بتلك الأعمال [82] اما في حالة حصول الغش فيجوز إنقاص الأجرة لان الغش يفسد كل شيء .

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث نود أن نسجل بعض النتائج و التوصيات الآتية :

أولا : النتائج

من خلال دراسة بموضوع تعديل الأجر في عقد المقاولة توصل البحث إلى بعض النتائج نسجلها في النقاط الآتية :

1. لا يجوز لأحد طرفي عقد المقاولة بعد الاتفاق على الأجر تعديله دون موافقة الطرف الأخر حيث يلتزم كل طرف بالأجر المحدد في العقد او بمقتضى القانون او القضاء في حالة عدم تحديده .
2. يعد تعديل الأجر في المقاولة تعديلا للعقد يجب لصحته الاتفاق بين الطرفين باعتباره عقدا جديدا يجب توافر أركانه و شروطه .
3. نص القانون المدني العراقي على الحالات التي يجوز فيها تعديل الأجر و التي تعد استثناء من الأصل الذي يقضي بعدم جواز ذلك لذا يجب ان تتوافر جميع الشروط التي نص عليها القانون و في حالة تخلف احد هذه الشروط لا يصار إلى تطبيق النص و تعديل الأجر اذ ان التعديل استثناء لا يجوز التوسع فيه .
4. في حالة اتفاق صاحب العمل مع المقاول على التعديل او الإضافة في التصميم المتفق عليه يجب لزيادة الأجر ان يكون هذا الاتفاق مكتوبا إذا كان عقد المقاولة الأصلي مكتوبا ومن الجائز إثباته بالشهادة والقرائن اذا ما توافرت شروط مبدءا الثبوت بالكتابة .
5. إذا ما حدد الأجر على أساس مقايسة و حصلت مجاوزة محسوسة لهذه المقايسة فيجب ان تكون المجاوزة المحسوسة غير متوقعة عند إبرام العقد و إنما ظهرت في إثناء تنفيذ المقاولة .
6. لا يلزم ان يكون الخطاء الذي يبرر تعديل الأجر في حالة تحديده إجمالا ناتجا عن سوء نية صاحب العمل كما لا يلزم ان يكون هذا الخطاء مشتركا بين المقاول و صاحب العمل .
7. ان طلب الزيادة في الأجر بسبب انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن بالحسبان وقت التعاقد يجب ان يقدم خلال مدة نفاذ العقد و بشرط ان يكون المقاول مستمرا في تنفيذ المقاولة .
8. لا يستطيع القاضي استخدام صلاحيته في ايقاف تنفيذ عقد المقاولة اذا كانت هناك ظروف تقضي تنفيذ المقاولة في وقت محدد او اذا كان تنفيذها خارج هذا الوقت لا فائدة منه .
9. ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي جاءت بها المادة 878 من القانون المدني العراقي و الخاصة بعقد المقاولة تختلف من حيث الجزاء عن ما جاءت به الفقرة 2 من المادة 146 من القانون المدني العراقي اذ أجازة المادة 878 للمحكمة فسخ العقد و هو ما لم تجزه المادة 146 حيث أجازة الأخيرة تنقيص الالتزام إلى الحد المعقول فقط .
10. ان تخفيض اجر المهندس في حالة تقديمه لتصميم لم يتم العمل بموجبه لا يعتبر تعديلا للأجر بل هو تعويض عن الأجر لان التعديل يكون في حالة القيام بالأعمال فعلا اما هنا فلا يعمل بالتصميم أصلا .

ثانيا : المقترحات

1. صياغة نص خاص ضمن المواد المتعلق بعقد المقاولة يكون من شأنه وضع معيار عام للمقصود من الخطأ في نطاق عقد المقاولة معتمدا في ذلك على ضوابط موضوعية و بحسب طبيعة المقاولة خصوصا بعد التطور الذي شهده مفهوم الخطأ بوجه عام.
2. إلزام المتعاقدين في عقد المقاولة أن تكون المخاطبات و التبليغات عن طريق رسمي موثق عند توافر احد أسباب تعديل الأجر وذلك لتفادي إشكالات الإثبات .

الهوامش

1 د .عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج7 ، ج1 ، العقود الواردة على العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص 59 .

2 د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، دار الحكمة للطباعة و النشر 1993 ، ص 417 .

3 د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص 211 .

4 محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة – دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، 1977 ، ص 237 .

5 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 164 .

6 د. عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب السابع ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 ، ص 141 .

7 د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع – الإيجار – المقاولة ، طبعة منقحة ، بغداد ، مكتبة السنهوري ، 2008 ، ص 418 .

8 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 212 .

9 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 165 .

10 قرار رقم 1973/2/336 في 74/2/24 ، النشرة القضائية ، عدد 4، سنة 1974 ، ص 163 .

11 السنهوري ، مصدر سابق ، ص 166 .

12 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص213-214 .

13 محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 238 .
14 د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 474 .
15 أنور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، الإسكندرية ، المكتب الجامعي ، 2006 ، ص 476 ؛ السنهوري ، مصدر سابق ، ص 166 ؛ محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 214 ؛ . سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 474 .
16 قرار رقم 2457/حقوقية / 62 في 63/9/24 قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني ، المجلد الاول ، ص 86 ، ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، مطبعة العمال المركزية ، 1988 ، ص 637 .
17 د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص 73 .
18 انور طلبة ، مصدر سابق ، ص 487 .
19 د .فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، ط1 ، بغداد، مكتبة النهضة العربية ، ص 30 ؛ د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص418 .
20 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 164 ؛ محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 211 .
21 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 167 ؛ د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 474 ؛ محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 214 ؛ انور طلبة ، مصدر سابق ، ص 476 ؛ محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 328 .
22 د. عدنان إبراهيم السرحان ،شرح القانون المدني العقود المسماة – المقاولة و الوكالة و الكفالة عمان ، دار الثقافة ، 2006 ، ص 80 .
23 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص167 .
24 محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 215 .
25 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص168 – 169 .
26 محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 239 .
27 د. السنهوري ، مصدر سابق ، الهامش رقم (1) ، ص 169 .
28 محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 215 .
29 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 167 .
30 أنور طلبة ، مصدر سابق ، ص 476 .
31 د. عبد الحميد ألشواربي ، مصدر سابق ، ص 143 .
32 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 172 .
33 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 218 .
34 محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 240 .
35 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 218 .
36 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 172-173 .
37 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 219 .
38 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 173 ؛ محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 240-241 .
39 د. مصطفى عبد السيد الجارحي ، مصدر سابق ، ص 73 .
40 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 174 ؛ د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 226 .
41د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 178-179 ؛ د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 148 .
42 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 221 .
43 قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1428 /مدنية ثالثة 73 في 1974/3/6 ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الخامسة ، ص 161 .
44 محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 241 .
45 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 223 .
46 د. عباس زبون العبودي ، مبداء الثبوت بالكتابة واثره في النظام القانوني للإثبات ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الثالثة و الأربعون ، ص 31 .
47 قرار محكمة التمييز العراقية رقم 336/مدنية ثالثة/1973 في 1974/2/24
48 قرار محكمة التمييز العراقية رقم260/م80/2 في 1980/3/31 ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني ، ص 662 .
49 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 228-229 .
50 د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 487 .
51 د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 181 ؛ د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص423 .

52 د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، ص 162 .
53 د. السنهوري ، ج 1 ، ص 777 .
54 د. فخر الدين الحسيني ، مصدر سابق ، ص38 .
55 د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص162 .
56 د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص423 .
57 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 232-233 .
58 د. فخر الدين الحسيني ، مصدر سابق ، ص 38 .
59 د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص162 .
60 د. السنهوري ، ج 1 ، ص 722 ؛ د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص162 .
61 د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 491 .
62 د. فخر الدين الحسيني ، مصدر سابق ، ص 34 .
63 د .محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة، ج4 ، ص567 .
64 د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 479 .
65 د. السنهوري ، ج 1 ، ص 723 .
66 د .محمد كامل مرسي باشا ، مصدر سابق ، ص 567 .
67 د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 427 ؛ د. السنهوري ، ج 1 ، ص 7235 ؛ ج 7 ، ص 185 .
68 د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 234
69 د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 427 .
70 قرار محكمة التمييز العراقية رقم 325/موسعة اولى/1988 في 1988/8/1 ،المجموعة العدلية ، العدد 3 ، السنة 1988 ، ص 42.
71 قرار محكمة التميز العراقية رقم 1280/إدارية ثالثة /1982 في 1982/4/20 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 2 ، السنة الثالثة عشر ، 1988 ، ص 37 .
72 د. عدنان إبراهيم السرحان ، مصدر سابق ، ص 84-85 .
73 محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 243 .
74 د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 157 .
75 د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، مصدر سابق ، ص ، 482 .
76 د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 158 .
77 د. السنهوري ، ج 7 ص 190-191 .
78 المصدر السابق ، ص 192-193 .
79 د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 159 .
80 د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 428 .
81 د. السنهوري ، ج 7 ص 193 .
82 محمد عبد الرحيم عنبر، مصدر سابق ، ص 244 .

المصادر

أولا : الكتب

1. أنور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، الإسكندرية ، المكتب الجامعي ، 2006 .
2. د. جعفر ألفضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع – الإيجار – المقاولة ، طبعة منقحة ، بغداد ، مكتبة السنهوري ، 2008.
3. د. سعيد المبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، دار الحكمة للطباعة و النشر 1993.
4. د. عبد الحميد ألشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب السابع ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002.
5. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004.
6. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج7 ، مج1 ، العقود الواردة على العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004.
7. د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي .
8. د. عدنان إبراهيم السرحان ،شرح القانون المدني العقود المسماة – المقاولة و الوكالة و الكفالة عمان ، دار الثقافة ، 2006.
9. د. فخر الدين الحسيني ، عقد المقاولة في القانون المدني العراقي، ط1 ، بغداد، مكتبة النهضة العربية .

10. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة – دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، 1977.
11. د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة، ج 4، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي، الإسكندرية، منشأة المعارف ،2005 .
12. د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004.
13. د. مصطفى عبد السيد ألجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1988.

ثانيا : البحوث

د. عباس زبون العبودي ، مبدءا الثبوت بالكتابة وأثره في النظام القانوني للإثبات ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد الأول ، السنة الثالثة و الأربعون .

ثالثا : المجموعات القضائية

1. إبراهيم ألمشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، مطبعة العمال المركزية ، 1988.
2. مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 2 ، السنة الثالثة عشر ، 1988.
3. المجموعة العدلية ، العدد 3 ، السنة 1988.
4. النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الخامسة.
5. النشرة القضائية ، عدد 4، سنة 1974.

رابعا : القرارات

1. قرار رقم 2457/حقوقية / 62 في 63/9/24.
2. قرار رقم 1973/2/336 في 74/2/24.
3. قرار رقم 336/مدنية ثالثة/1973 في 1974/2/24.
4. قرار رقم 1428 /مدنية ثالثة 73 في 1974/3/6.
5. قرار رقم260/م80/2 في 1980/3/31.
6. قرار رقم 1280/إدارية ثالثة /1982 في 1982/4/20.
7. قرار رقم 325/موسعة أولى/1988 في 1988/8/1.

خامسا : القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
2. قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979