

ركن المحل في عقد المقاولة من الباطن

الباحثة: تبارك صبري محسن

tbooo.1994tt@gmail.com

مستخلص البحث:

يهدف هذا البحث إلى دراسة ركن المحل في عقد المقاولة من الباطن، الذي يشترط فيه -وفقاً للقانون المدني- أن يكون مشروعاً ومعيناً وقابلًا للتنفيذ. وتكمن الإشكالية في الغموض حول طبيعة هذا المحل ومدى ارتباطه بالعقد الأصلي، حيث يثار التساؤل عما إذا كان محل العقد هو العمل المتفق عليه بين المقاول من الباطن والمتعاقد معه، أم أنه يمتد ليشمل التزامات العقد الرئيسي. كما يتناول البحث الآثار القانونية المترتبة على تخلف شروط المحل، مثل البطلان أو المسؤولية التعويضية. وقد توصلت الدراسة إلى أن محل عقد المقاولة من الباطن يجب أن يكون عملاً معيناً ومتفقاً عليه بين الطرفين، دون اشتراط مطابقته لمحل العقد الأصلي، ما دام مستوفياً لشروط المشروعية والإمكان. وينتهي البحث إلى التوصية بضرورة وضوح بنود العقد في تحديد محل الالتزام بدقة، وتنظيم العلاقة بين العقدين الرئيسي والفرعي، بما يحقق التوازن بين مصالح جميع الأطراف ويقلل من احتمالات النزاع.

الكلمات المفتاحية: عقد المقاولة – المقاول من الباطن- ركن المحل – اركان العقد المقدمة:

يُعد ركن المحل في عقد المقاولة من الباطن من العناصر الأساسية التي تحدد صحته وآثاره القانونية، حيث يشترط أن يكون المحل مشروعاً ومحددًا أو قابلًا للتحديد، وممكن التنفيذ وفقاً لأحكام القانون المدني و تبرز أهمية هذا الركن في طبيعة العلاقة المركبة بين العقد الأصلي والعقد الفرعي، مما يثير إشكاليات حول مدى استقلالية محل المقاولة من الباطن عن التزامات العقد الرئيسي، وتأثير ذلك على حقوق والتزامات الأطراف، كما يتطلب الأمر تحليلاً دقيقاً لضمان توافق المحل مع النظام العام والآداب، خاصة في عقود الإنشاءات والتوريدات التي تكثر فيها عمليات المقاولة من الباطن، ومن هنا تنبع الحاجة إلى دراسة هذا الركن دراسة تحليلية تستند إلى الأصول الفقهية والنصوص القانونية، لتوضيح ضوابطه وتجنب النزاعات الناشئة عن غموضه أو تعارضه مع القواعد العامة للعقود.

أولاً: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في إبراز الدور الحيوي الذي يلعبه عنصر الموضوع في عقود المقاولة من الباطن. فعدم وضوح هذا العنصر، أو تعارضه مع النظام العام أو الآداب العامة يؤدي إلى بطلان العقد أو نشوء منازعات بين الطرفين، كما يسهم فهم هذا العنصر في تعزيز الثقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، مما يؤثر إيجاباً على جودة تنفيذ المشروع.

ثانياً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الغموض والتباين الفقهي والقانوني حول شروط محل عقد المقاولة من الباطن، ومدى انسجامها مع الأركان العامة للعقد، خاصة ركن المحل، حيث تظهر إشكاليات في تحديد طبيعة المحل، ومدى جواز ارتباطه بمحل العقد الرئيسي، بالإضافة إلى الآثار القانونية

المرتتبة على عدم استيفاء شروط الصحة مثل المشروعية والتحديد، مما يولد غموضاً في التطبيق العملي ويُعرض أطراف العقد لمخاطر البطلان أو المسؤولية القانونية.

ثالثاً: أهداف البحث

1. تحليل مفهوم ركن المحل في عقد المقاولة من الباطن وبيان شروطه القانونية .
2. تحديد الآثار المترتبة على عدم وضوح أو تحديد محل العقد .
3. دراسة النزاعات التي قد تنشأ بسبب غموض المحل وسبل حلها .
4. تقديم التوصيات لصياغة عقد المقاولة من الباطن بما يحقق الوضوح والاستقرار التعاقدية .

رابعاً: منهجية البحث

يعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، مُحلاً النصوص القانونية المتعلقة بالعنصر الموضوعي في عقود المقاولة من الباطن، مُستعيناً بالأحكام القضائية والفقهاء القانوني لتوضيح الجوانب العملية لأي نزاعات قد تنشأ ، كما سيتم دراسة نماذج عقود عملية لتحديد أفضل الممارسات في صياغة هذا العنصر.

خامساً : هيكلية البحث

سنقسم هذا البحث إلى مطلبين، في المطلب الأول، سنناقش العمل باعتباره موضوع التزام المقاول من الباطن، وفي المطلب الثاني، سنناقش الأجر باعتباره موضوع التزام المقاول الرئيسي.

المطلب الأول

العمل الذي ينطبق عليه عقد المقاولة من الباطن

المحل هو الركن الثاني من أركان العقد، وهو ما يلتزم به المدين، وهو الأداء الذي يجب على المدين القيام به، سواء كان فعلاً أو امتناعاً، ويرى بعض الفقهاء أن الموضوع هو الجواب عن سؤال (ما الذي يلتزم به المدين؟)، وأن موضوع العقد هو محل العقد.⁽¹⁾

يرى كثير من الفقهاء أن محل العقد ركن من أركان الالتزام، وينبغي دراسته مع أركان الالتزام لا مع أركان العقد، ويرون أنه يجب التمييز بين محل العقد من جهة ومحل الالتزام من جهة أخرى، فمحل العقد هو العملية القانونية المقصود تحقيقها بإبرام العقد، أي أن محل العقد هو الشيء الذي عقد من أجله وثبت أثره فيه.⁽²⁾ محل الالتزام هو الأداء الذي التزم به المدين، ويتحقق محل الالتزام بتنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدان عند إبرام العقد، وهو فعل دائم، سواء كان فعلاً أو امتناعاً.⁽³⁾ ومن ثم، يتميز محل الالتزام عن محل العقد بأن كليهما يخضع لأحكام مختلفة، فقد يكون محل الالتزام صحيحاً في ذاته، إلا أن الإجراء القانوني الذي يراد تحقيقه بالعقد محظور شرعاً، فيبطل العقد، كما هو الحال في تحريم التعامل في مال تركة لشخص حي.⁽⁴⁾

في نطاق عقد المقاولة من الباطن، يتبع هذا العقد عقد المقاولة الأصلي، محققاً بذلك وحدة موضوع العقد، ويُعتبر موضوع عقد المقاولة من الباطن فرعاً من موضوع عقد المقاولة الأصلي. وان محل العقد سواء كان أصلياً أو من الباطن، موضوع مزدوج يتكون من العمل والأجر، فموضع العقد بالنسبة لالتزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن الأجر التي التزم بدفعها له، بينما موضوع العقد بالنسبة للمقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي هو تنفيذ العمل المتفق عليه بموجب عقد المقاولة من الباطن.



حيث انه قد يكون العمل الذي يتعهد به المفاوض من الباطن مادياً، كإنشاء المباني والمنشآت، ومدّ الطرق والجسور، وقد يكون أدبياً، كالكتابة والتأليف، أو عملياً، كالعلاج والمناصرة.⁽⁵⁾ ومع ذلك، فإن نطاق بحثنا هو العمل المادي، وهو تشييد المباني والمنشآت الثابتة، يجوز للمفاوض الرئيسي بموجب عقد المقاوله من الباطن أن يُسند إلى المفاوض من الباطن كامل العمل الذي سبق أن اتفق عليه مع صاحب العمل بموجب عقد المقاوله الرئيسي، ومع ذلك، يجوز له في حالات أخرى الاتفاق مع المفاوض من الباطن على تنفيذ جزء من العمل، وليس كله ولا يُغيّر إسناد جزء من العمل إلى المفاوض من الباطن من الأمر شيئاً، إذ يبقى العمل موضوع عقد المقاوله من الباطن هو نفسه موضوع عقد المقاوله الرئيسي⁽⁶⁾. حيث ان هناك شروط يجب توافرها في المحل، وهي: أن يكون ممكناً، وأن يكون محدداً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة، ولكن بما أننا نتحدث عن عقود الإنشاءات، فهناك أيضاً وثائق خاصة تُعتبر مكمله للعقد، وهي دفتر المواصفات، والتقدير، والتصاميم. عليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين حيث نخصص الفرع الأول الى بيان الشروط العامة لعقد المقاوله من الباطن اما الفرع الثاني فسوف نبين من خلاله الوثائق الخاصة بموضوع عقد المقاوله من الباطن.

الفرع الأول

الشروط العامة لعقد المقاوله من الباطن

تنص المادة 126 من القانون المدني العراقي ((لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحال مالا، عينا كان او دينا او منفعة، او اي حق مالي اخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل)). كما تنص المادة (127) على:

1 - اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً.
2 - اما اذا كان مستحيلاً على المدين دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد الزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدده)) ، اما المادة (128) فقد نصت على ((1 - يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف 2 - على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر)). وفي المادة (129) فقد نصت ((1 - يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر 2 - غير ان التعامل في شركة انسان على قيد الحياة باطل)).

وفي المادة (130) فقد نصت على ((1 - يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً 2 - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)).

ومن خلال النصوص السابقة يتبين لنا أن الشروط العامة لموضوع عقد المقاولة من الباطن ثلاثة سنتحدث عنها فيما يلي:

- 1- أن يكون العمل ممكناً.
- 2- أن يكون العمل محددًا أو قابلاً للتحديد.
- 3- أن يكون العمل مشروعاً.

1- يجب أن يكون العمل ممكناً:-

الاستحالة هنا تعني الاستحالة المطلقة⁽⁶⁾، والتي ترجع إلى طبيعة الالتزام نفسه⁽⁷⁾. أي أن العمل يجب أن يكون مستحيلاً في حد ذاته، أي أنه من المستحيل على أي مقاول القيام به، وليس فقط المقاول من الباطن، إذا سبقت الاستحالة المطلقة العقد، فإنها تمنع من إبرامه، وإذا سبقته فإنها لا تمنع من إبرام العقد، بل يجوز إنهاء العقد مع التعويض⁽⁸⁾.

على سبيل المثال، عندما يكون العمل محل عقد المقاول الأصلي هو تشييد مبنى من عشرة طوابق، يتفق المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بصب الخرسانة لهذا المبنى، ويطلب منه إكمال العمل في غضون ثلاثة أيام فقط، وهذا العمل مستحيل القيام به في هذه الفترة القصيرة، لأن أعمال التسليح والصب تتطلب فترة تزيد عن 15 يوماً، وهنا يعتبر العمل مستحيلاً مطلقاً على هذا المقاول وغيره، وبالتالي يعتبر عقد المقاولة من الباطن مستحيلاً، وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية أو قانونية حيث ان الاستحالة الطبيعية ترجع إلى طبيعة الموضوع، بينما الاستحالة القانونية ترجع إلى نص القانون.

فالاستحالة الطبيعية كانت أم قانونية، إذا سبقت العقد، أي وقعت قبل إبرام عقد المقاولة من الباطن، فإنها تمنع إبرامه وتؤدي إلى بطلانه، أما إذا وقعت لاحقة للعقد، أي بعد إبرامه، فإنها تمنع إبرامه⁽⁹⁾. في هذه الحالة، يُبرم عقد المقاولة من الباطن، ولكنه ينقضي لاستحالة التنفيذ بعد إبرام العقد، فيبطل العقد. مثال ذلك أن يتعاقد المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن للقيام بأعمال حفر وبناء في منطقة أثرية، وقد منعت الجهات المختصة القيام بهذه الأعمال في تلك المنطقة وفقاً لنص القانون، وهنا لا يُبرم عقد المقاولة من الباطن لاستحالة تنفيذ العمل، وهي استحالة قانونية تعود إلى نص القانون، لا إلى طبيعة المكان.

النوع الآخر من الاستحالة هو الاستحالة النسبية⁽¹⁰⁾، وفيها يكون الالتزام مستحيلاً على المقاول من الباطن فقط دون جميع الناس، وهذا النوع لا يؤثر على إبرام العقد، ولا يبطل عقد المقاولة من الباطن، سواء كان سابقاً لإبرامه أو لاحقاً له، ويبقى المقاول من الباطن مسؤولاً عن تنفيذ التزامه، فإذا عجز عن تنفيذه انقضى هذا الالتزام، وللمقاول الأصلي مطالبة المقاول من الباطن بتعويض عما لحقه من ضرر. إذا كان موضوع عقد المقاولة من الباطن الأصلي مبنى (مسرح)، اتفق المقاول الأصلي مع أحد الفنانين على طلاء جدران المسرح، ولكن اتضح لاحقاً أن هذا الفنان لا يملك المهارات اللازمة للقيام بهذا العمل الضخم. هنا يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً على هذا الفنان وحده، ولا تؤثر هذه الاستحالة على وجود العقد، بل ينعقد عقد المقاولة من الباطن صحيحاً، ولكنه قابل للإنهاء، ويجوز للمقاول الأصلي مطالبة هذا الفنان بتعويض عن الضرر الذي لحق به، وبالتالي فإن الاستحالة المطلقة تجعل عقد المقاولة من الباطن باطلاً، بينما الاستحالة النسبية لا تبطل العقد، بل تبقى صحيحاً ولكنه قابل للإنهاء، وللمقاول الأصلي الحق في مطالبة المقاول من الباطن بتعويض عن الضرر الذي لحق به.



2- أن يكون العمل محدداً أو قابلاً للتحديد:

تنص المادة (128) من القانون المدني على إنه على ((1) - يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف 2 - على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر)).

ومن هذه المادة يتبين بأنه إذا لم يتم تحديد المكان على النحو المذكور أعلاه كان العقد باطلاً. (11) حيث وضع المشرع العراقي قاعدة عامة تنطبق على جميع العقود، وهي أن محل الالتزام، أي كان نوعه، يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا كان محل الالتزام فعلاً أو امتناعاً عن فعل، وجب أن يكون هذا الفعل أو الامتناع معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين، أما إذا كان محل الالتزام نقل ملكية أو أي حق آخر، فإن تعيين المحل يختلف باختلاف طبيعته. فإذا كان مثلياً، وجب ذكر نوعه ونوعه ومقداره، أما إذا كان شيئاً معيناً وحاضراً في جلسة العقد، فيتم تعيينه بالإشارة إليه أما إذا لم يكن موجوداً فيتم تعيينه بوصفه. (12) "ولما كان موضوع عقد المقاولة من الباطن هو تنفيذ عمل، فيجب أن يكون هذا العمل معيناً أو قابلاً للتعيين عند إبرام العقد، كما يجب أن يكون هذا التحديد خالياً من الجهل الجسيم المؤدي إلى النزاع، وإلا كان العقد باطلاً." (13)

يجب تحديد العمل في عقد المقاولة من الباطن، والعمل هنا محدد مسبقاً في عقد المقاولة الأصلي، فالعمل محل المقاولة من الباطن هو نفسه العمل محل عقد المقاولة الأصلي، وعند إبرام هذا الأخير، روعيت الشروط العامة حتماً، ومنها شرط تحديد الموقع تحديداً ينفي الجهل الفاحش. فإذا لم يحدد العمل في عقد المقاولة الأصلي تحديداً ينفي الجهل الفاحش، اعتبر العقد باطلاً، وبناءً عليه يكون العمل محل عقد المقاولة من الباطن قد حدد مسبقاً، وفي حالة إنشاء مبنى في موقع معين، يجب أن يتضمن العقد الأصلي مواصفات هذا المبنى من حيث عدد الطوابق والشقق التي يحتويها كل طابق، كأن يتكون المبنى من ستة طوابق وكل طابق يتكون من أربع شقق، في هذه الحالة، يكون المكان في عقد المقاولة من الباطن قد حدد ابتداءً في عقد المقاولة الأصلي بما ينفي الجهالة الفاحشة، لأن عدم تعيين العمل في العقد الأصلي يُعد باطلاً، فإذا كان عقد المقاولة الأصلي باطلاً، فمن الطبيعي أن يكون عقد المقاولة من الباطن باطلاً تبعاً لذلك، لأن ما بُني على باطل يكون باطلاً.

3- يجب أن يكون العمل مشروعاً:

تنص المادة (130) فقرة 1 من القانون المدني العراقي على أنه ((يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للاداب والا كان العقد باطلاً)). ويُعدّ الموضوع غير مشروع إذا تعلق الالتزام بشيء لا يجوز التعامل به بطبيعته أو قانوناً. وهناك نوعان من الأشياء التي لا يجوز التعامل بها:

الأول: ما هو مستثنى بطبيعته من التعامل، إذ يرفض أن يكون محلاً للحيازة.

الثاني: ما استثناه القانون من نطاق التعامل (14).

ومثال الأول: الماء الجاري في الأنهار، وضوء الشمس، والهواء.

أما مثال الثاني: التعامل مع تركة الإنسان الحي وأموال الدولة العامة في إطار التصرفات التي تتعارض مع فكرة تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة. (15)



ويعتبر العمل غير قانوني إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، كأن يكون عمل المقاول من الباطن بناءً ناد للقمار، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً. كما تجدر الإشارة إلى أن مفهوم النظام العام والآداب العامة مفهومٌ متعدّد يصعب تعريفه، ولذلك يكتفي المشرّع عادةً بتحديدته، تاركاً أمر تعريفه للفقهاء والقضاء. ويمكن القول عموماً إنّ النظام العام هو: مجموع المصالح التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواءً أكانت هذه المصالح اقتصادية أم اجتماعية أم سياسية. ويُعدّ من النظام العام كلّ ما يتعلق بكيان الدولة أو أمنها أو عملتها، أما الآداب العامة، فهي القواعد الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع في زمان وبيئة محددين، اعتاد الأفراد اتباعها والعمل بها، حتى أصبحت جزءاً لا يتجزأ منها، لدرجة أنهم يشعرون بإلزامها واحترامها، ولذلك نجد أنّ القانون المدني العراقي قد حرص على اعتبار كلّ عقدٍ يكون موضوعه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة باطلاً (المادة 130، الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي) لذا، يجب أن يكون لعقد المقاولة من الباطن موضوعٌ مشروعٌ لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وهذا يتوقف على عقد المقاولة الأصلي، أي أن العمل في عقد المقاولة الأصلي يجب أن يكون مشروعاً حتى يعتبر عقد المقاولة من الباطن مشروعاً، باعتبار أن الثاني يلي الأول من حيث العمل.

الفرع الثاني

الوثائق الخاصة بموضوع عقد المقاولة من الباطن

ذكرنا سابقاً أنه يجب تحديد موضوع عقد المقاولة من الباطن تحديداً واضحاً لتجنب الجهل المطبق، وحيث إننا ندرس عقد المقاولة من الباطن في مقاولات البناء والإنشاءات الثابتة، فإن هذا النوع يتضمن، بالإضافة إلى الشروط العامة الواردة في كل عقد، وثائق خاصة تُكمل بعضها البعض وتُساعد في تحديد الموضوع وتسهيل عمل طرفي عقد المقاولة من الباطن، ويجب ألا ننسى أن العقد يأتي في مقدمة هذه الوثائق⁽¹⁶⁾. وهذا العقد يتضمن الاتفاق الذي يتم بين رب العمل والمقاول الأصلي وهو عقد المقاولة الأصلي وفي حالة قيام المقاول الأصلي بإبرام عقد المقاولة من الباطن يكون هناك عقد مقاولة من الباطن يتضمن الاتفاق الذي يحصل بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وفي كلا العقدين يتم الاتفاق حول طبيعة العمل المطلوب إنجازه والمدة المحددة للإنجاز وتحديد أجر المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، أما الوثائق الأخرى التي تعد أساساً في مقاولات المباني لتعين العمل فهي فهي:

أولاً: دفتر الشروط:

هي الوثيقة التي تبين بوضوح العمل المطلوب وشروط تنفيذه بالتفصيل وكيفية تنفيذه ومراحل إنجاز العمل وتواريخ إنجازه وشروط أخرى⁽¹⁷⁾، وقد توجد هذه الوثيقة في كلا العقدين (الأصلي والمقاول من الباطن)، لأن المقاول الأصلي قد يعهد إلى المقاول من الباطن بجزء من العمل الذي هو موضوع العقد الأصلي. يفضل الطرفان أن يتم إعداد دفتر شروط العقد من الباطن، والذي يسجل فيه العمل المطلوب إنجازه، سواء كان العمل دائماً أو مؤقتاً. وهذا ما ورد في المادة الأولى من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقولها "الأعمال يقصد بها الأعمال الدائمة والأعمال المؤقتة وبذلك تكون شاملة لجميع المواد التي يراد تجهيزها والعمل التي يراد تنفيذها من قبل المقاول بموجب المقاولة" ودفتر الشروط المرافق لعقد المقاولة الأصلي قد يتضمن تعيين الأعمال المطلوبة جميعها وبشروط تنفيذها ككل اما الدفتر



المرافق لعقد المقاولة من الباطن قد يتضمن تعيين أجزاء من الأعمال التي يمت إحالتها إلى المقاول من الباطن فقط فلا حاجة لتعيين الأعمال التي لا يلزم المقاول من الباطن تنفيذها.
ثانياً: المقايسة:

هي الوثيقة التي تتضمن قياسات البناء المراد تشييده، ومن الطبيعي أن تختلف قياسات كل بناء عن الآخر باختلاف حجمه وكتلته، كما أنها توضح كمية المواد المستخدمة ومواصفاتها، ويُسمى هذا القياس (قياسات وصفية) أما إذا نص القياس على كميات المواد المستخدمة وأسعارها، فيُسمى (قياساً تقديرياً).⁽¹⁸⁾ يمكن إيجاد المقارنة الوصفية والتقديرية في عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، ويمكن الاستغناء عنها في الأخير إذا تعاقد المقاول الأصلي من الباطن على جميع الأعمال، فلا حاجة لإجراء مقارنة جديدة للمقاولة من الباطن لأنها مُعدّة ومتفق عليها في العقد الأصلي، ويلتزم المقاول الأصلي بإتمام جميع الأعمال، فلا حاجة لإجراء مقارنة أخرى، إذ يمكنه الاعتماد على المقارنة المُعدّة سابقاً مع عقد المقاولة الأصلي.
إذا أسند المقاول الأصلي جزءاً من العمل إلى المقاول من الباطن، فسيحتاج الأخير إلى إعداد تقدير جديد للعمل المطلوب منه، قد لا يرغب في الاعتماد على التقدير الوارد في العقد الأصلي، خاصةً أنه يتضمن بياناً تفصيلياً لأبعاد المبنى كاملاً والأسعار المحددة له، لا يرغب في الخوض في تفاصيل عمل لا يعنيه، لذا يعتمد على تقدير للعمل المطلوب منه إنجازه، وقد يضع أسعاراً مختلفة عما هو وارد في التقدير الأصلي.

ثالثاً: التصاميم:

هذه هي الرسومات التي يُعدّها المهندس المعماري المسؤول عن تصميم المبنى، والتي يُنفذ العمل عليها. تشمل هذه التصاميم رسومات المشروع الأولي والرسومات النهائية والتفصيلية.⁽¹⁹⁾ تُدرج هذه التصاميم في عقد المقاولة الأصلي، ولا حاجة لإدراجها في عقد المقاولة من الباطن، إذ عندما يُعهد إلى المقاول من الباطن بإنجاز جزء من العمل أو كله، فإنه يجب عليه الاعتماد على التصاميم والخرائط والرسومات التي يُعدّها المهندس المعماري ويوافق عليها صاحب العمل، ولا يجوز أن يتفق المقاول من الباطن مع المهندس المعماري على إعداد التصاميم للعمل الموكل إليه، لأن مهمة المقاول من الباطن الأساسية هي إنجاز العمل كلياً أو جزئياً، حسب الأحوال، وليست مهمته إعداد التصاميم، وإنما عليه تنفيذ العمل وفقاً للتصاميم والرسومات المقدمة إليه مسبقاً.⁽²⁰⁾ هذه هي الوثائق المحددة التي يُحدد من خلالها العمل المطلوب إنجازه في عقود الإنشاءات، تتكامل هذه الوثائق، وتنص صراحةً على تحديد العمل، فيكون عقد المقاولة صحيحاً ويُشكل مرجعاً.⁽²¹⁾ وعليه، يجب تحديد العمل المطلوب بطريقة تُزيل الغموض، أو على الأقل تتضمن العناصر الأساسية التي ستؤدي إلى تحديده لاحقاً.⁽²²⁾

المطلب الثاني

الأجر

الأجر هو الشرط الثاني في عقد المقاولة من الباطن، وهو الثمن الذي يلتزم المقاول الرئيسي بدفعه للمقاول من الباطن مقابل إتمامه العمل المتفق عليه. وكما أن العمل هو موضوع التزام المقاول من الباطن، فإن الأجر هو موضوع التزام المقاول الرئيسي.
المبدأ الأساسي هو أن تكون الأجر نقدية، تُدفع دفعة واحدة عند إتمام العمل أو على أقساط. ومع ذلك، لا يمنع هذا من أن تكون الأجر غير نقدية، سواء أكانت أجزور المقاول الأصلي تُدفع



من قبل صاحب العمل أم أجور المقاول من الباطن تُدفع من قبل المقاول الأصلي، مثل نقل ملكية شيء ذي قيمة كالمنزل أو السيارة، أو نقل ملكية شيء قابل للاستبدال كالحبوب، بل قد تكون الأجور عملاً محددًا يقوم به صاحب العمل نيابةً عن المقاول.⁽²³⁾ إذا كان صاحب العمل محاسباً، فسوف يُراجع حسابات المقاول مقابل أن يطبع الأخير كتيباً له. وليس من الضروري أن يكون مبلغ الأجر الذي يدفعه المقاول الرئيسي للمقاول الفرعي مساوياً لأجر صاحب العمل للمقاول الرئيسي، وقد تكون أجور المقاول الفرعي أعلى أو أقل من أجور المقاول الرئيسي، ويعتمد ذلك على قيمة العمل الموكل إلى المقاول الفرعي واتفق الطرفين.⁽²⁴⁾ في العقد الأصلي، يكون دائن الأجر هو المقاول الأصلي وورثته، والمدين هو صاحب العمل بموجب العقد الأصلي، أما في عقد الباطن، فيكون دائن الأجر هو المقاول من الباطن وورثته، والمدين بالأجر هو المقاول الأصلي وورثته. ولما كان الأجر هو محل التزام المقاول الأصلي، فإنه يجب أن يكون حاضراً، ومعيناً، أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً.

الفرع الأول الوجود

يجب أن يكون الأجر موجوداً عند إبرام عقد المقاول من الباطن وبعده، لأن عقد المقاول من الباطن هو عقد معاوضة، حيث يأخذ كل طرف شيئاً مقابل ما يعطيه، ويلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر للمقاول من الباطن مقابل قيام الأخير بالتزامه بإتمام العمل، لأنه إذا أكمل المقاول من الباطن عمله وقدمه للمقاول الأصلي مجاناً، فإن العقد لا يُعتبر عقد مقاول من الباطن، بل هو عقد غير مسمى.⁽²⁵⁾ ومع ذلك، لا يجوز للمتعاقدين ذكر الأجر أو تحديده في العقد، لأن القانون قد ضمن تحديد الأجر، ومتى حدث ذلك، فإن عقد المقاول من الباطن ليس باطلاً بل صحيحاً. متى ما دلت الظروف على أن العمل محل العقد ما كان ليتم وينجز لولا أجر، فإن المقاول الأصلي ملزم بدفع الأجر للمقاول من الباطن، حتى ولو خلا عقد المقاول من الباطن من أي إشارة إلى الأجر.⁽²⁶⁾ وهنا يجب على المحكمة أن تقرر وجود اتفاق ضمني بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على وجود الأجر، وذلك وفقاً لما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة (880) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((يعتبر وجود اتفاق ضمني على وجوب الأجر إذا تبين من الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان ليتم إلا بمقابل أجر)). إذا كان المقاول الثانوي طبيباً أو مهندساً أو محاسباً، فإنه يعمل بأجر، ويلتزم المقاول الأصلي بدفعه حتى لو لم يذكره الطرفان في العقد، ومتى ثبت وجود الأجر، تقدره المحكمة وتحدده في ضوء قيمة العمل ونفقات المقاول، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (880) من القانون المدني العراقي، التي تنص على أنه ((إذا لم يكن الأجر محددًا مسبقاً أو محددًا على وجه التقريب، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول)). أي أنه إذا لم يحدد الأجر فإنه يتم تحديده في ضوء قيمة العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن والنفقات التي تحملها في سبيل إنجاز العمل.⁽²⁷⁾ إذا اختلف المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على مقدار الأجر الذي يستحقه الأخير مقابل إنجاز العمل، ففي هذه الحالة يكون عقد المقاول الفرعية باطلاً لانعدام أحد أركان العقد، وهو الأجر، أما إذا لم يحدد الطرفان الأجر وسكتا عنه، فيتبين هنا دور القانون في تحديده (الفقرة الأولى من المادة 880 من القانون المدني العراقي).



عندما يتفق المفاوض الرئيسي والمفاوض الفرعي على مقدار الأجر المستحق للأخير يجب أن يكون هذا الأجر جدياً أي أن تكون إرادة المفاوض الرئيسي قد اتجهت نحو دفعه للمفاوض الفرعي وإرادة هذا الأخير قد اتجهت نحو استلامه مقابل عمله. عندما يكون الأجر جدياً وحقيقياً وليس شكلياً فهو يعكس جدية العقد والتصرف المتفق عليه بين الطرفين.

إذا كان الأجر وهمياً، فإن العقد لا يكون عقداً فرعياً، بل هو عقد غير مسمى.⁽²⁸⁾

من ناحية أخرى، لا ينبغي أن يكون الأجر زهيداً، إذ لا توجد علاقة بين قيمة الأجر الذي يتقاضاه المفاوض من الباطن والعمل الذي ينجزه، قد يكون صاحب العمل صناعياً ويرغب في الإعلان والترويج لمنتجاته، فيتفق مع صاحب مكتب إعلانات (المفاوض الأصلي) على أن يتولى الأخير تنفيذ إعلانات لمنتجات هذا الصناعي، يتفق صاحب المكتب مع مكتب إعلانات آخر (المفاوض من الباطن) على أن يقوم الأخير بوضع فكرة الإعلان وكتابة الحوار وإعداد الممثلين بحيث تظهر جودة المنتج وتقديمه بأفضل صورة، بلغت تكلفة صنع هذا الإعلان مائة وخمسين ألف دينار، وأجره لهذا العمل خمسة آلاف دينار. في هذا المثال، يتضح أن قيمة الأجر زهيدة جداً، ولا تتناسب مع الجهد المبذول من قبل صاحب مكتب الإعلان الثاني (المفاوض من الباطن) ولا مع العمل الذي أنجزه، وبالتالي فإن العقد المبرم هنا عقد غير مسمى، وليس عقد مقاوله من الباطن، نظراً لضالة قيمة الأجر.⁽²⁹⁾ إذا كان الأجر زهيداً، أي أقل من قيمة العمل الذي قامه المفاوض من الباطن للمفاوض الأصلي بمقدار الخمس أو الربع مثلاً، فإن العقد صحيح ما دامت إرادة المفاوض الأصلي مائلة إلى نية وإرادة المفاوض من الباطن التي وافق على استلامها، ومع ذلك، فرغم إبرام العقد، يحق لطرفي العقد الطعن فيه بدعوى الغبن مع التبرير.⁽³⁰⁾ وقد لا يكون الأجر موجوداً وقت التعاقد، ولكنه متيقن من وجوده في المستقبل، أما إذا كان وجود الأجر مستحيلًا، فإن عقد المقاوله من الباطن يكون باطلاً، على سبيل المثال إذا اشترط العقد أن يدفع للمفاوض من الباطن الأجر المستحق له سبائك ذهب، فإن العقد يكون باطلاً لأنه لا يجوز اشتراط دفع الأجر ذهباً، كما أنه مخالف للنظام العام.⁽³¹⁾

الفرع الثاني

التعيين

يجب أن تكون الأجرة التي يلتزم المفاوض الرئيسي بدفعها للمفاوض الفرعي نظير إنجاز الأخير العمل الموكل إليه محددة أو قابلة للتحديد، أي أن تكون معلومة لكلا الطرفين المتعاقدين، يعرف المفاوض الرئيسي المبلغ الذي سيدفعه، وفي المقابل، يعرف المفاوض الفرعي المبلغ الذي سيحصل عليه مقابل إنجاز العمل. إن تحديد الأجرة بطريقة تُزيل أي لبس أو غموض أمرٌ أساسيٌ لمنع أي طرف من الاستفادة منها دون الآخر. في عقد المقاوله من الباطن يجب تحديد الأجر والاتفاق عليه بين المتعاقدين حتى يكون العقد صحيحاً، لأنه إذا اختلف الطرفان على تحديد الأجر وتحديد مقداره كان العقد باطلاً لعدم وجود عنصر الأجر، حتى تتضح الصورة للمتعاقدين، ويكون لهما الحرية في تحديد مقدار الأجر، وقد يأخذ هذا التحديد عدة أشكال أهمها:

أ. يجوز تحديد الأجر دفعةً واحدة: يحدث هذا عندما يتفق المفاوض الرئيسي والمفاوض الفرعي على أن يُنجز الأخير جزءاً من أعمال المقاوله الموكلة إليه أو كلها مقابل مبلغ مقطوع يُحدد مسبقاً قبل بدء العمل،⁽³²⁾ مثال على ذلك، إذا أبرم المفاوض الرئيسي اتفاقية تعاقد مع صاحب العمل، يلزم بموجبها الأول ببناء مركز تجاري للثاني، ولأن هذه الأعمال تتضمن بنوداً متعددة ومتنوعة، لا



يستطيع المقاول الرئيسي إنجازها بمفرده، فيلجأ إلى إبرام اتفاقية تعاقد من الباطن مع مقاولين آخرين يُنفذون الأعمال المدرجة في هذا العقد، مثل الأعمال الكهربائية والإنشائية والميكانيكية والصحية، على سبيل المثال، يُعهد إلى مقاول فرعي بتنفيذ الأعمال الكهربائية للمركز التجاري مقابل أجر مقطوع، بغض النظر عن طريقة الدفع. يجوز للمقاول الرئيسي دفعه دفعةً واحدة أو على أقساط. المهم هنا ليس طريقة دفع الأجر بقدر ما هو طريقة تحديده وتحديد من قبل الطرفين.⁽³³⁾ في هذه الطريقة يكون المقاول الأصلي على علم بوضعه ويكون لديه علم مسبق بالرسوم التي سيدفعها، مما يمكنه من ترتيب حساباته المالية لإتمام العقد بالكامل.

إلا أن هذه الطريقة، وإن كانت نافعة للمقاول الرئيسي، إلا أنها قد تضر بالمقاول الفرعي، لأن الأجر الإجمالي الذي يدفعه له يشمل أجور العمال الذين يستخدمهم، وأجور المواد والمعدات التي سيستخدمها في تنفيذ العمل. فإذا ارتفعت أسعار المواد المستخدمة وأجور العمال، يتحمل المقاول الفرعي هذه الزيادة، لأنه لا يحق له المطالبة بالزيادة، لأن أجره محدد مسبقاً⁽³⁴⁾.

وقد يترتب على هذا الأمر خسارة للمقاول من الباطن، حيث يلجأ بعضهم إلى استخدام مواد رديئة الجودة وتوظيف عمال غير أكفاء حتى يتمكن من تحقيق الربح أو تجنب أي خسارة قد تحدث ويكون مسؤولاً عنها.⁽³⁵⁾ وذلك مع الأخذ في الاعتبار أنه إذا تعرض المقاول من الباطن (لظروف طارئة) كارتفاع حاد في أسعار المواد يؤدي إلى اختلاف في التوازن الاقتصادي بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فإن المحكمة يجوز لها إعادة هذا التوازن وتحميل المقاول الأصلي جزءاً من هذه الزيادة في الأسعار.⁽³⁶⁾

ب. يجوز تحديد الأجر بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن على أساس قائمة الأسعار: وهنا يتفق الطرفان على وضع قائمة خاصة تتضمن أسعار كل عمل لازم لإتمام العقد.⁽³⁷⁾

وكثيراً ما تتبع هذه الطريقة في عقود البناء. فعلى سبيل المثال، قد يعهد المقاول الرئيسي إلى المقاول من الباطن بأعمال الحفر ووضع الأساس لبناء مدرسة سيبنيها المقاول الرئيسي. ويتفق المقاولان على وضع قائمة يحددان فيها سعراً محدداً لكل متر من أعمال الحفر، وسعراً محدداً لكل متر من أعمال البناء، وسعراً محدداً لعملية نقل التراب والأنقاض... وهكذا⁽³⁸⁾.

وفي هذه الحالة لا يحدد العقد مبلغ كل عمل من هذه الأعمال، وبالتالي لا يمكن معرفة الأجر الذي يستحقه المقاول من الباطن إلا بعد إتمام جميع الأعمال الموكلة إليه، حيث يتم تحديد كميات كل عمل ومن ثم الرجوع إلى قائمة الأسعار لتحديد أجر تلك الكميات. ومن مجموعها يتم تحديد الرسوم النهائية التي يستحقها المقاول من الباطن من المقاول الرئيسي.

ج. يجوز تحديد الأجر عن طريق المناقصة: يجوز للمقاول الأصلي، بصفته صاحب عمل، أن يعلن عن الأعمال التي ينوي تنفيذها بالاستعانة بمقاولين آخرين، وبموجب هذا الإعلان الذي يسمى (المناقصة)، يحدد طبيعة تلك الأعمال ومواصفات المقاول المطلوب، وبموجب هذا الإعلان، يحصل المقاول الأصلي على أقل الأسعار من مقدمي العطاءات، ولا يتم إبرام العقد إلا بترسية المزايدة على أحد المقاولين.⁽³⁹⁾ إذا تمت إرساء العقد على المقاول الذي قدم أقل الأسعار، يتم إبرام عقد مقاول من الباطن، ويتحمل الطرفان آثاره.

إن طرح المقاول الأصلي للعمل في المناقصة لا يُعد عرضاً، بل دعوةً للتعاقد. يقدم المقاول من الباطن عرضه أو عطاءه بسعر محدد، وهو ما يُعتبر العرض. ويُعتبر القبول عند ترسية العطاء عليه.⁽⁴⁰⁾

عندما يلجأ المفاوض الأصلي إلى هذه الطريقة، فإن هدفه هو إنجاز العمل وفقاً لمواصفات محددة وبأقل سعر ممكن. لذا، يحق للمفاوض الأصلي تحديد سعر أقصى لإتمام العمل به، وفي هذه الحالة يحق له رفض أي عرض يتجاوز الحد الأقصى للسعر الذي حدده. من جهة أخرى، لا يجوز للمفاوض الرئيسي رفض أقل العطاءات، ما دام لم يحتفظ بحقه في عدم التعاقد مع المفاوض الفرعي الذي قدم أقل العطاءات. ويجب على المفاوض الرئيسي إرساء العطاء على المفاوض الذي قدم أقل العطاءات، ويكون الإرساء قبولاً. ومع ذلك، إذا احتفظ المفاوض الرئيسي بحقه في عدم الالتزام بالعقد مع المفاوض الذي قدم أقل العطاءات، فلا يحق للمفاوض الفرعي إجباره على التعاقد معه أو إلزامه بأي شيء. وللمفاوض الرئيسي الحرية التامة في التعاقد مع المفاوض أو غيره، حتى لو قدم الآخر عرضاً أعلى من العرض الذي قدمه هذا المفاوض.⁽⁴¹⁾ مما ذكرناه، يتبين أن عقد المفاوضة من الباطن يشترط لصحة الأجر أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد. وعدم تحديد الأجر يبطل العقد. وقد بينا صور تحديد الأجر بين المتعاقدين، ولهما في جميع الأحوال حرية اللجوء إلى أي منها طالما أنها تحقق في النهاية الهدف المنشود، وهو تحديد الأجر.

الفرع الثالث : المشروعية

يجب أن يكون الأجر، أيًا كان نوعه، مبلغاً من النقود، أو بضاعة، أو أي شيء آخر، منقولاً كان أم عقاراً، أو أي عمل مشروع يجوز التعامل فيه، بشرط ألا يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة. فإذا كان الأمر كذلك، كان العقد باطلاً، كما لو اتفق المفاوض الأصلي مع المفاوض من الباطن على أن ينجز الأخير العمل الموكل إليه مقابل أن يحرق المفاوض الأصلي منزل مفاوض آخر منافس له. ويكون عقد المفاوضة من الباطن هنا باطلاً لمخالفته القانون والنظام العام.⁽⁴²⁾ حيث تنص المادة (130) ف1 من القانون المدني العراقي على أنه ((يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً)). ويكون المحل غير مشروعاً عندما يرد الالتزام على شيء لا يجوز التعامل به أما بحكم طبيعته أو بحكم القانون. فالأشياء التي تخرج عن التعامل نوعان:

الأولى:- تلك الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها إذ تأتي أن تكون محلاً للحيازة والثانية:- تلك الأشياء التي يخرجها القانون من دائرة التعامل⁽⁴³⁾ ومثال الأولى المياه الجارية في الأنهر وأشعة الشمس والهواء ومثال الثانية التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة وأموال الدولة العامة في إطار التصرفات التي تتعارض مع فكرة تخصيص هذه الأموال للنفع العام.⁽⁴⁴⁾

ويكون العمل غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كأن يكون عمل المفاوض من الباطن بناء ناد للمقامرة، فالعقد يكون باطلاً. وفكرة النظام العام والآداب العامة فكرة مرنة يصعب تحديدها. ولذا يكتفي المشرع عادة على النص عليها تاركاً أمر تحديدها للفقهاء والقضاء وبصفة عامة يمكن القول إن النظام العام: عبارة عن مجموع المصالح التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت هذه المصالح اقتصادية أم اجتماعية أم سياسية فكل ما يخص كيان الدولة أو أمنها أو ما يخص عملتها تعتبر من النظام العام أما الآداب العامة فهي القواعد الخلقية التي يقوم عليها المجتمع في زمن معين وبيئة معينة وجرى الأفراد على أتباعها والعمل بها وأصبحت جزءاً منه حتى أنه يشعرون بكونهم ملزمين باتباعها واحترامها. لذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد حرص على اعتبار كل عقد يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة باطلاً (المادة 130



الفقرة الأولى) إذن عقد المقاولة من الباطن يجب أن يكون محله العمل فيه مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وهذا يعتمد على عقد المقاولة الأصلي بمعنى أن يكون العمل في عقد المقاولة الأصلي مشروعاً حتى يعتبر كذلك في عقد المقاولة من الباطن باعتبار أن الثاني يتبع الأول من حيث العمل.

الخاتمة

أولاً: النتائج

- 1- ان عقد المقاولة من الباطن شأنه شأن بقية العقود له اركان انعقاد لا ينعقد بدونها وهي الرضا والمحل والسبب اضافة الى الاركان الخاصة بهذا العقد التي تميزه عن غيره من العقود .
- 2- وتكمن اهمية عقد المقاولة من الباطن في انه الطريق للوصول الى انجاز وتنفيذ العمل محل عقد المقاولة الاصلي .
- 3- من ملاحظة نص القانون المدني العراقي في المادة -882- ف1- نجد ان المشرع العراقي اجاز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل محل عقد المقاولة الاصلي في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر ، ونرى ان في ذلك اضراراً بمصلحة العمل اولا وبمصلحة رب العمل ثانياً . والسبب في ذلك يكمن في ان المقاول الاصلي عندما يوكل تنفيذ العمل بجملته الى مقاول اخر فقد يهمل مراقبته ويعتمد عليه اعتماداً كلياً وهذا يضر بمصلحة العمل لانه قد لايقوم بالعمل بصورة صحيحة وهذا ايضا يضر بمصلحة رب العمل.
- 4- يُعتبر العمل الموضوع الأول والأهم في عقد المقاولة من الباطن. فعندما يُبرم المقاول الأصلي عقد مقاولة من الباطن ويوكل العمل موضوع العقد الأصلي، جزئياً أو كلياً، إلى مقاول آخر، فإنه يهدف إلى أن يكمل المقاول من الباطن العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلي.
- 5- يتضمن عقد المقاولة الاتفاق بين صاحب العمل والمقاول الرئيسي، وهو عقد المقاولة الرئيسي، في حال إبرام المقاول الرئيسي عقد مقاولة من الباطن، يُعقد عقد مقاولة من الباطن يتضمن الاتفاق بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن. في كلا العقدين، يتم الاتفاق على طبيعة العمل المطلوب إنجازه، والمدة المحددة للإنجاز، وأجور المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن.

6- الأجر هو البند الثاني في عقد المقاولة من الباطن. وهو الثمن الذي يلتزم المقاول الرئيسي بدفعه للمقاول من الباطن مقابل إتمام الأخير العمل المتفق عليه. وكما أن العمل هو موضوع التزام المقاول من الباطن، فإن الأجر هو موضوع التزام المقاول الرئيسي.

ثانياً: التوصيات

- 1- نرى ان يجيز المشرع للمقاول الاصلي ان يقول من الباطن على جزء من العمل الموكل اليه ، دون حاجة الى الحصول على اذن من رب العمل وفي حالة المخالفة ، أي اذا خالف المقاول الاصلي هذا النص وقاوم من الباطن على العمل باجمله فالعقد لا يعد باطلا وانما لاتكون المقاولة من الباطن نافذة بحق رب العمل فله ان يقبلها او ان يرفضها . وهذا ما جاء به مشرع القانون المدني العراقي الجديد في مادتيه (829) و (830) التي منعت المقاول الاصلي من المقاولة من الباطن على العمل باجمعه الا اذا اخذ موافقة صاحب العمل التحريرية واجازت المادة (830) للمقاول الاصلي ان يقاوم من الباطن على جزء من العمل دون اخذ موافقة رب العمل وعليه

نوصي المشرع ان يعدل نص المادة (882) الخاصة بالمقاول من الباطن كما جاء بالمشرع والذي لم ير النور لحد الان .

2- نرى من الضروري ان تكون اجرة المقاول من الباطن مقاربة لاجرة المقاول الاصلي ، فمن غير العدل ان تكون اجرة الاول اقل وهو المنفذ الفعلي للعمل من اجرة الثاني ، اذ قد يعتمد المقاول من الباطن الى السعي وراء الربح على حساب جودة العمل ومثاقنته .

3- تفترض المادة (888 - ف2) ان تكون شخصية المقاول محل اعتبار في العقد متى ابرم مع فنان او مهندس معماري او غيرهم ممن يزاولون مهنة حرة . لكن تعود هذه المادة لتضييف تناقضا عندما اشترطت في اعمال المقاولات الكبيرة كمقاولات المباني والمنشآت والتي نحدد بصددنا ان تكون المكانة التي وصل اليها اسم المقاول في السوق محل اعتبار في العقد لا شخصية المقاول ونرى ان في ذلك اضرار بمصلحة المشروع لانه قد يكون المقاول قد اشتهر وذاع اسمه في السوق لكنه لا يملك الامكانيات المادية والبشرية والكفاءة اللازمة للقيام بالعمل ، وهذا ما يحدث كثيرا في الواقع العملي فنجد اسماء شركات ومكاتب هندسية ذاع صيتها في مجال البناء ولكن عند المباشرة بعملية البناء يظهر خلاف ذلك ولذلك نرى ان شخصية المقاول وليس اسمه في السوق هي ما يكون محل اعتبار في التعاقد .

4- من الضروري ان يورد نص خاص في عقد المقاوله يشير الى انه في حالة التعاقد من الباطن فان احكام عقد المقاوله التي وردت في هذا القانون تطبق على المقاوله من الباطن .

الهوامش

(1) تنص المادة (126) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلا لحكمه ويصح ان يكون المحل مالا ، عينا كان او دين او منفعة او أي حق مالي اخر ، كما يصح ان يكون عملا او امتناعا عن عمل".

(3) د. صلاح الدين الناهي - الموجز والشامل - مصادر الالتزامات - دار البيت العربي - الأردن - 1984، ص

104

(2) د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة - الجزء الثاني - المجلد الأول - الطبعة الرابعة - مطبعة السلام - ص 249.

(3) تنص المادة (129) من القانون المدني العراقي على أنه: " غير ان التعامل في شركة انسان على قيد الحياة باطل".

(4) د. كمال قاسم ثروت - شرح مختصر لأحكام عقد المقاوله - الجزء الأول والثاني - الطبعة الأولى - مطبعة الوسام أوفست - بغداد - ص 51.

(5) فتحي غيث - قانون المهندس - الطبعة الأولى - مطبعة دار الحمامي، القاهرة - 1960م، ص 49.

(6) د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بصفة عامة - الجزء الأول - مصادر الالتزام - دار نشر الجامعات المصرية - القاهرة - ص 385.

(7) د. محمد لبيب شنب - شرح أحكام عقد المقاوله - دار النهضة العربية - القاهرة 1962م، ص 95.

(8) د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - الجزء الأول - أركان العقد - الشركة الأهلية للطباعة والنشر - بغداد - 1967 - ص 197.

(9) د. غني حسون طه - الموجز في نظرية الالتزام - مطبعة المعارف - بغداد - 1971، ص 222.

(10) تنص المادة (127 فقرة 2) من القانون المدني العراقي على أنه: " اذا كان محل الالتزام مستحيلا على المدين دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدة".

- (1) وتنص المادة (133) من القانون المدني المصري على ذات المعنى.
- (2) السنهوري - الوسيط - المصادر - الجزء الأول - ص 386 - 389 .
- (3) السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - عقود العمل - دار النهضة العربية - القاهرة - 1964، ص 56
- (4) السنهوري - الوسيط - المصادر - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 397-399 د. حسن علي الظنون - النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - طبعة الجامعة المستنصرية - بغداد - 1976، ص 114 ود. صبحي المحمصاني - النظرية الأولى للالتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - الطبعة الثانية - دار العلم للملايين - 1972 - ص 332.
- (5) تنص المادة (61) من القانون المدني العراقي على أن "1- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية. 2- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية" ويعادلها المادة (81) من القانون المدني المصري.
- (6) فتحي غيث - قانون المهندس - الطبعة الأولى - دار الحماي للطباعة - القاهرة 1960، ص 49-112
- (7) جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - البيع - الإيجار - المقاوله - مطبعة التعليم العالي - الموصل - 1989م، ص 394، ود. محمد لبيب شنب - شرح أحكام عقود المقاوله - دار النهضة العربية - القاهرة 1962م، ص 61.
- (8) تنص المادة 1 - م - من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية على أن: - جدول كميات السعر هو الجدول الذي يتضمن اوصاف وكميات واسعار فقرات الاعمال المطلوب تنفيذها بموجب المقاوله.
- (9) د. السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 57
- (10) ومع ذلك يجوز للمقاول الرئيسي أن يتفق مع المقاول الفرعي على تنفيذ العمل بناء على تصميم بعد الحصول على موافقة المقاول الرئيسي ولو ضمناً دون حاجة إلى الاتفاق على الأجر الإضافي المقابل لهذا التعديل.
- (21) د. طه الملا هويش - مقدمة موجزة في العقود المسماة - عقد المقاوله، د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. سعيد مبارك - دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد 1992-1993 - ص 416.
- (2) د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاوله - المصدر السابق - ص 62. وفتحي غيث، المصدر السابق، ص 55.
- (3) السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 60، والدكتور كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 41 - 42، والدكتور محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاوله - المصدر السابق - ص 65.
- (4) السنهوري - المصدر نفسه - ص 213.
- (5) د. كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 42، ود. طه اللحويش وآخرون - المصدر السابق - ص 417.
- (6) السنهوري - الواسط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 44 . 60، ود. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص 60. 394.
- (7) د. كمال قاسم ثروت - المصدر نفسه - ص 42 حاشية رقم 1، والسنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 158 - د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاوله - المصدر السابق - ص 64.
- (8) د. كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 44، ومحمد عبد الرحيم عنبر - عقد المقاوله - دراسة مقارنة لتشريعات الدول العربية - القاهرة - مطبعة مجهولة - 1977 - ص 232.
- (9) د. كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص 44، ومحمد عبد الرحيم عنبر - المصدر السابق - ص 232.
- (30) د. الحكيم - نظرية العقد - المصدر السابق - ص 395، ود. سليمان مرقس - المصدر السابق - ص 160.
- (31) د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني - العقود المسماة - الجزء الأول - الطبعة الرابعة - مطبعة عالم الكتب - القاهرة - 1980 - ص 159.

- (32) د. كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 45.
- (33) السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 62، والدكتور كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 44، والدكتور محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - المصدر السابق - ص 65.
- (34) السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 62 حاشية رقم 2، والدكتور طه الملا حويش وآخرون - المصدر السابق - ص 418.
- (35) د. كمال قاسم ثروت - المصدر نفسه - ص 45 حاشية رقم 1، ود. جعفر الفضلي - مقدمة مختصرة في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاولة) مطبعة التعليم العالي - الموصل - 1989م، ص 396.
- (36) د. كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق - ص 49، ود. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - المصدر السابق - ص 75.
- (37) السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 62، والدكتور كمال قاسم ثروت - الجزء الأول - المصدر السابق ص 47.
- (38) د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - المصدر السابق - ص 67، ومحمد عبد الرحيم عنبر - المصدر السابق - ص 224.
- (39) تنص المادة 89 من القانون المدني العراقي على أنه " لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزايدة ". وهذا يتوافق مع المادة (40) من القانون المدني المصري، والمادة (36) من قانون الالتزامات والعقود التونسي، والفصل (32) من القانون المغربي.
- (41) السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المصدر السابق - ص 226-229، والدكتور حسن علي ذنون - المصدر السابق - ص 63، والدكتور محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - المصدر السابق - ص 76.
- (42) نصت المادة (61) من القانون المدني العراقي على انه (1- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية. 2- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية) وتقابلها المادة (81) مدني مصري والمادة (81) مدني لبيبي و (84) مدني سوري (43) السنهوري - الوسيط - المصادر - الجزء الاول - مصدر سابق - ص 397 - 399 د. حسن علي ذنون - مصدر سابق - ص 114 - د. صبحي المحمصاني - النظرية الاولى للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - الجزء الاول - الطبعة الثانية - دار العلم للملايين - 1972 - ص 332.
- (44) د. كمال قاسم ثروت - المصدر نفسه - ص 50، ومحمد عبد الرحيم عنبر - المصدر السابق - ص 89، و د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص 369، و د. طه الملا حويش وآخرون - المصدر السابق - ص 417.

المصادر : References

اولا: الكتب العربية

1. ابراهيم طه الفياض - العقود الادارية - العقود الادارية - الطبعة الاولى - مكتبة الفلاح - الكويت - 1401هـ - 1981 م
2. ابو محمد غانم بن محمد البغدادي - مجمع الضمانات - الطبعة الاولى - المطبعة الخيرية بالجمالية - مصر - 1308 هـ
3. احمد محمد ابراهيم - القانون المدني - الطبعة الاولى - دار الشرق الاوسط للطباعة والنشر - القاهرة - 1964-
4. انور طلبة ، الوسيط في القانون المدني - العقود المسماة- الجزء الثاني- دار الفكر العربي - القاهرة - 1987

5. برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني - الهداية ، شرح بداية المبتدئ - الجزء الثالث - مطبعة البابي الحلبي بمصر - 1965
6. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - البيع- الايجار- المقاوله - مطبعة التليم العالي - الموصل - 1989
7. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية (البيع - الايجار - المقاوله) مطبعة التعليم العالي - الموصل - 1989 .
8. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - طبعة الجامعة المستنصرية - بغداد - 1976
9. رياض عبد عيسى الزهيري - مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة - الطبعة الاولى - جامعة بغداد- 1976
10. السرخسي - شمس الدين محمد بن احمد سهيل - المبسوط - الجزء الخامس عشر - مطبعة السعادة - 1324 هـ.
11. سعدون ناجي القشيطيني - دراسة في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي - مطبعة المعارف - بغداد- 1975.
12. سعيد عبد الكريم مبارك - مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية - وزارة العدل - الثقافة القانونية - بغداد- مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر -1990
13. سليمان محمد الطماوي - الاسس العامة للعقود الادارية - الطبعة الرابعة - مطبعة جامعة عين شمس - 1984-
14. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني -الالتزامات -نظرية العقد والارادة المنفردة - الجزء الثاني - المجلد الاول - الطبعة الرابعة - مطبعة السلام - 1987.
15. السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - العقود الواردة على العمل - دار النهضة العربية - القاهرة - 1964.
16. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الاول - مصادر الالتزام - دار النشر للجامعات لمصرية - القاهرة - 1952.
17. السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول - مقدمة - ، صيغة العقد - المجمع العلمي العربي الاسلامي - منشورات محمد الداية - بيروت ، لبنان - 1953 - 1954.
18. صلاح الدين الناهي - الوجيز الوافي - مصادر الالتزامات - مطبعة البيت العربي -الاردن - 1984.
19. طالب حسن موسى - عقود المقاولات الانشائية -بحث منشور في مجلة القضاء - العدد الثالث والرابع - السنة 44 -1989
20. طه الملا حويش - الموجز في العقود المسماة - عقد المقاوله و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. سعيد مبارك - دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد -1992-1993
21. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - الجزء الاول - اركان العقد - شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد -1967.
22. غني حسون طه - الموجز في النظرية للالتزام - مطبعة المعارف - بغداد -1971 .
23. فتحي غيث - قانون المهندس - الطبعة الاولى - دار الحمامي للطباعة - القاهرة 1960.
24. فتيحة قره - احكام عقد المقاوله - منشأة المعارف الاسكندرية - 1987



25. قانون اتحاد المقاولين العراقيين المرقم 59 لسنة 1984
 26. كمال قاسم ثروت – الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة – الجزء الاول والثاني – الطبعة الاولى – مطبعة اوفسيت الوسام – بغداد -1976 .
 27. كمال قاسم ثروت – الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة – الجزء الاول والثاني – الطبعة الاولى – مطبعة اوفسيت الوسام – بغداد -1976 .
 28. مجموعة الاحكام العدلية – العدد الرابع- السنة السابعة - 1976
 29. مجموعة الاحكام العدلية – العدد الرابع- السنة السادسة- 1975
 30. محمد شكري سرور – مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى – دار الفكر العربي-القاهرة-1985
 31. محمد عبد الرحيم عنبر – عقد المقاولة – دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية – القاهرة – بلا اسم مطبعة -1977 .
 32. محمد قدرى باشا – مرشد الحيران في معرفة احوال الانسان – الطبعة الاولى – مطبعة المكتبة العربية – القاهرة – 1338 هـ.
 33. محمد لبيب شنب – شرح احكام عقد المقاولة – دار النهضة العربية - القاهرة 1962.
 34. محمود خلف الجبوري – العقود الادارية – جامعة بغداد- بيت الحكمة – بغداد- 1410 هـ -1989م
 35. مختار الصحاح (محمد ابن ابي بكر الرازي) – دار التنوير – بيروت – 1405 هـ - 1985.
 36. مصطفى عبد السيد الجارحي – عقد المقاولة – الطبعة الاولى – دار النهضة العربية – القاهرة - 1988 .
- ثانياً: القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
2. القانون المدني المصري الصادر في 1948/7/16 والمعمول به اعتبار من 15/اكتوبر/ 1949 .
3. القانون المدني السوري الصادر في 18/ايار/ 1949 بموجب المرسوم التشريعي رقم 84 في 18/ايار/ 1949 .
4. القانون المدني الليبي الصادر في 21/ربيع الاول – نوفمبر/ 1953 .
5. القانون المدني الاردني الجديد رقم 43 لسنة 1976 .
6. قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر عام 1913 .
7. قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بموجب القرار رقم 54 في 7 تشرين الثاني/ 1932 .
8. مجلة الالتزامات والعقود التونسية .
9. القانون المدني الفرنسي - القانون رقم 1334 لسنة 1975 .
10. قانون اتحاد المقاولين العراقيين رقم 59 لسنة 1984 – الجمهورية العراقية.
11. قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 – الجمهورية العراقية .
12. شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية بقرميها الاول والثاني جمهورية العراق وزارة التخطيط سابقا الدائرة القانونية .

ثالثاً : الكتب الأجنبية:

1. Reger sainsi Alary: Cours de droit de la constarction et dela , proprie ur baine -1971- 1973 N419

The Subject Matter Element in a Subcontract Agreement

Abstract

This research examines the subject matter element in subcontracting agreements, which - according to civil law - must be lawful, specific, and executable. The core issue lies in the ambiguity surrounding the nature of this element and its relationship to the main contract, particularly whether it constitutes the work agreed upon between the subcontractor and the contracting party or extends to include obligations from the primary contract. The study also explores the legal consequences of failing to meet subject matter requirements, such as contract nullity or compensatory liability. Findings indicate that the subject matter of subcontracting agreements must represent specific, mutually agreed-upon work without necessarily mirroring that of the main contract, provided it fulfills legality and feasibility conditions. The research concludes by emphasizing the need for precise contractual terms defining the subject matter and recommends proper regulation of the relationship between primary and secondary contracts to balance stakeholder interests and minimize potential disputes.

Keywords: Contracting Agreement- Subcontractor- Subject Matter Element- Elements of the Contract