

الوسائل التشريعية لمعالجة الاختلال الاقتصادي في عقد المقاولة- دراسة تحليلية مقارنة

Legislative Means to Address the Economic Imbalance in the Construction Contract- Comparative Analytical Study

"محمد خير" محمود العدوان

Mohammad Khair Mahmoud Al-Adwan

محمود حماد البوسعيدى

Mahmoud Hammad Al-Bousaidi

Accepted

قبول البحث

2022/11/8

Revised

مراجعة البحث

2022 /10/31

Received

استلام البحث

2022 /10/7

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.3.1>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

الوسائل التشريعية لمعالجة الاختلال الاقتصادي في عقد المقاولة- دراسة تحليلية مقارنة Legislative Means to Address the Economic Imbalance in the Construction Contract- Comparative Analytical Study

"محمد خير" محمود العدوان

Mohammad Khair Mahmoud Al-Adwan

أستاذ مشارك- كلية الحقوق- جامعة السلطان قابوس- سلطنة عُمان، كلية القانون- جامعة اليرموك- الأردن

Associate Professor, Faculty of Law, Sultan Qabous University, Oman

Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan

mk.adwan@yu.edu.jo

محمود حماد البوسعيدي

Mahmoud Hammad Al-Bousaidi

محام وباحث قانوني- سلطنة عُمان

Lawyer, Legal Researcher, Oman

الملخص:

إن عقد المقاولة من العقود المدنية التي قد تتأثر بعوامل مختلفة تجعلها عرضة لاختلال التوازن الاقتصادي للعقد. ولأجل ذلك تصبح إعادة التوازن للعقد حاجة ملحة لضمان استقرار العلاقة التعاقدية وضمان العدالة العقدية. يهدف هذا البحث إلى تحديد وسائل معالجة الاختلال الاقتصادي بعقد المقاولة، ووصف هذه الوسائل، وبيان كيفية عملها وتأثيرها على العقد. وكذلك التوصل إلى أوجه التشابه والاختلاف بين هذه الوسائل في القانون العماني والقوانين المقارنة، ومواطن تميز القانون الوطني ومواضع قصوره. ولقد توصل الباحث إلى عدة نتائج تلخص في إمكانية تحويل بعض القواعد العامة الرامية لتحقيق العدل العقدي ومساهمتها في معالجة اختلال اقتصاديات العقد. كما أن عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة من، ويكفل إمكانية معالجة اختلال التوازن الاقتصادي بعقد المقاولة، بخلاف عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. الكلمات المفتاحية: عقد المقاولة، التوازن العقدي، الاختلال الاقتصادي.

Abstract:

The construction Contract is one of the civil contracts that may be affected by various factors that make it vulnerable to the economic imbalance of the contract. For this reason, rebalancing the contract becomes an urgent need to ensure the stability of the contractual relationship and ensure contractual justice. This research aims to identify the means of addressing the economic imbalance in the construction contract, describe these means, and indicate how they work and their impact on the contract as well as reach the similarities and differences between these means in the Omani law and comparative laws, and the areas of distinction of national law and its shortcomings. The researcher has reached several results, which are summarized in the possibility of modifying some general rules aimed at achieving contractual justice and their contribution to addressing the imbalance in the economics of the contract. Also, the contracting contract concluded under a unit-based assay is flexible and ensures the possibility of addressing the economic imbalance in the contracting contract, unlike the contracting contract, which determines the wage as a whole on the basis of a specific design.

Keywords: Construction Contract; Contractual Balance; Economic Imbalance.

المقدمة:

يعتبر عقد المقاولة من أكثر العقود شيوعاً وإثارة للمنازعات أثناء التنفيذ، علاوة على اضطلاله بدور بارز في تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد.

تأسيساً على ذلك، فإن حسن تنظيم قواعده سيسهم في انتظام العلاقة بين صاحب العمل والمقاول، مما يمهّد الطريق لتنفيذه بعيداً عن العقبات التي قد تضر بطرفي العقد، ولتحقق الأهداف المرجوة منه على نحو عادل. وفي الوقت ذاته تنتظم أحوال قطاع المقاولات والإنشاءات. وذلك سيسهم في إطراد وتيرة التنمية العمرانية، وانتعاش الاقتصاد الوطني. فإن لهذا القطاع ثقل في المنظومة الاقتصادية، كما أنه مؤشر حيوي لتقدير حالة الاقتصاد. ولن يتحقق حسن تنظيم عقد المقاولة ما لم تتم الموازنة بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومقتضيات العدالة العقدية ومبدأ حسن النية؛ وذلك لأن عقد المقاولة يعد من العقود التي تتسم بتعقيدات تقنية خاصة، كما يتراخى تنفيذه، فقد يستمر تنفيذه لسنوات طويلة في الكثير من الحالات. وهذا ما يعرض أطرافه لمغبة تغير الظروف وتقلب الأحوال، فتتهار اقتصاديات العقد، وقد تسلب منه جدواه أو يصبح تنفيذه عسيراً مرهقاً لأحد طرفيه، فيستحيل إلى عبء لا ينعكس أثره على أطراف العلاقة فحسب، بل يمتد ذلك إلى سوق المقاولات على نحو عام، مما يبطئ الأدوار الاقتصادية والاجتماعية لهذا القطاع. فضلاً عما يصيب أطراف العلاقة من ضرر مباشر، أو غبن لاحق يقوض المصلحة من التعاقد.

وبقدر تأثر عقد المقاولة بالظروف الخارجية، فإن عقد المقاولة قد يتأثر أيضاً بظروف داخلية تتعلق بمحل التعاقد، إذ إن المقاييس والتصاميم الموضوعية عند التعاقد قد لا تثبت نجاعتها عند التنفيذ، مما يوجب تعديلها؛ الأمر الذي يزيد المقابل المقدر أثناء التعاقد. وهنا تتأثر اقتصاديات العقد أيضاً. ولا يمكن في الكثير من الأحوال تجنب ذلك، لوجود التزامات و ضمانات يتحملها المقاول، كالتزامه بالضمان العشري على سبيل المثال. ونقع من جديد بين مبادئ متنازعة واعتبارات تتطلب حلولاً تحافظ على القوة الملزمة للعقد، ولكن تمنح الأطراف المساحة الكافية لخلق التوازن الذي يحقق العدالة في العلاقة وفقاً لمقتضيات حسن النية.

ورغم إقرار المشرع للقوة الملزمة للعقد، وبأن الناظم للعلاقة التعاقدية بين طرفيها هو العقد ذاته إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ إلا أنه لا يفتأ يحاول تخفيف صرامة هذا المبدأ لمواجهة حالات اضطراب التوازن العقدي، وبالأخص فيما يتعلق بمواجهة الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة التي قد تطرأ على العقد فتخل باقتصادياته، أو تؤثر في قدرة الأطراف على أداء الالتزامات المترتبة عن العقد.

وهذه القواعد الواردة في الأحكام العامة تناسب عقد المقاولة في الكثير من الحالات. بل تبين بأن هذا العقد من الأمثلة المهمة في تطبيق تلك الأحكام. لذلك، لا بد أن تتضمن أحكام عقد المقاولة قواعد خاصة ودقيقة لإرساء التوازن العقدي لبسط العدالة بين طرفي العقد، فلا يعرض التراخي في التنفيذ وتعقيدات العقد أي من المقاول أو صاحب العمل لخسارة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

ويتضح من خلال القوانين محل المقارنة إجمالاً بأن المشرع تعرض لنوعين من عقد المقاولة فيما يتعلق بآلية تحديد الأجر تختلف أحكام إعادة التوازن العقدي بها، وهما عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة. وعقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. وعليه، سنأتي في هذا الدراسة على بحث كل نوع على حدة للتعرف على آلية معالجة الاختلال الاقتصادي في كل منهما. لذلك يقسم هذا البحث كالآتي:

المبحث الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة.

المبحث الثاني: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين.

المبحث الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة

يتميز عقد المقاولة عن غيره من العقود باتساع نطاق حالاته وصوره الواقعية، وإن كان الذهن ينصرف إلى مقاولات البناء والتشييد عند ذكر مصطلح المقاولة، إلا أن عقد المقاولة أوسع من ذلك بكثير ويحتمل أشكالاً لا حصر لها.⁽¹⁾ ومقاولات البناء والتشييد تندرج من تشييد التماثيل والأعمال الفنية إلى المباني بمختلف أحجامها واستخداماتها، فالأمر لا يقف عند تشييد الطرق والسدود والمطارات والموانئ مثلما هو شائع في الأذهان. كما تختلف عقود المقاولة في آلية إسنادها، وطبيعة أطرافها، وكيفية تنفيذها، وآلية تنفيذ الأعمال، وآلية تحديد المقابل، وسدادها.

لذلك يكون من العسير إفراد قواعد تتعلق بكيفية معالجة اختلال اقتصاديات العقد في كل صورة أو نموذج تعاقد. لذلك ضبط المشرع المسألة في القوانين محل المقارنة بآلية تحديد الأجر. وأول هذه الآليات هو الاتفاق في عقد المقاولة على تحديد الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة، وتتصور هذه الآلية في مختلف صور عقد المقاولة ولا تنحصر في مقاولات البناء والتشييد. نخصص هذا المطلب لمبحث عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة، وشروطه والآثار المترتبة على مجاوزة المقاييس.

ولأجل ذلك، يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

(1) تنص المادة رقم (626) من قانون المعاملات المدنية العماني بأن: "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر." وعليه، فما دام التعاقد يتم على شيء مطلوب صنعه أو عمل مطلوب تأديته، مقابل أجر يلتزم به المتعاقد الآخر. فنحن بصدد عقد مقاولة مع مراعاة أحكام القانون والفروقات بين عقد المقاولة وعقد العمل.

المطلب الأول: عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق أحكام مجاوزة المقايضة.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على مجاوزة المقايضة.

المطلب الأول: عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة في القانون

تبرم بعض عقود المقاولة ويحدد الأجر فيها بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وهي عبارة عن آلية لتحديد الأجر في عقود المقاولة، تقوم على سلسلة من البنود تظهر مهامًا منفصلة أو نطاقات عمل. بموجب المقايضة على أساس سعر الوحدة، يتم الدفع للمقاول مقابل الكمية الفعلية لكل وحدة يتم تنفيذها في موقع العمل. وكل سعر وحدة يتضمن جميع العناصر المدخلة في العمل، ومنها تكلفة العمال والمواد والمعدات وإدارة الموقع والنفقات العامة والتكاليف غير المباشرة محسوبة على أساس الوحدات إلى مجموع نطاق العمل. وتظهر جدوى هذه الآلية في تحديد المقابل عندما تكون المهام المطلوبة في العقد متكررة وقابلة للقياس، وتعد هذه الآلية مناسبة لتنفيذ المشاريع الحكومية والهندسية، وكذلك الإنشاءات الأفقية كالطرق والأرصفة.⁽²⁾

ويختلط أسلوب التعاقد بموجب المقايضة على أساس الوحدة بالتعاقد بثمن فئات الأسعار، ففي الأسلوب الأول يتم الاتفاق على ثمن معين لكل وحدة وفقًا لنوع العمل ويتم تحديد كمية الوحدات أو العمل وحجمه. بينما في التعاقد بفئات الأسعار يتم تحديد ثمن كل نوع من أعمال المقاولة أو كل وحدة دون تعيين حجم أو كمية الوحدات. ويحتسب الثمن الإجمالي في نهاية العقد بالنظر إلى عدد الوحدات التي تطلبها العمل.⁽³⁾ ويتم استخدام هذا الأسلوب في تحديد المقابل في عقود المقاولة التي يصعب فيها تحديد كمية العمل قبل الانتهاء من تنفيذها كعقد حفر بئر أو صيانة خط أنابيب. والخلاصة أن كليهما قائم على أساس تحديد سعر الوحدة، ولكن يفتقران في وقت إجراء المقايضة، ففي التعاقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة يتم تقدير المقايضة قبل البدء في العمل، بينما في التعاقد بفئات الأسعار تجرى المقايضة بعد الانتهاء من تنفيذ عقد المقاولة.

وتعد هذه الآلية في تحديد الأجر مناسبة لأعمال المقاولات الكبيرة التي تتضمن مهام وموارد متتابعة قابلة للقياس والتحديد. ولكن إذا تضمن مشروع المقاولة عمليات تجارية معقدة وأنشطة مختلفة، فلن يكون الاعتماد على هذا النوع من آلية تحديد الأجر عمليًا؛ لصعوبة ضمان دقة الكميات أو المقايضة المتعلقة بكل وحدة.⁽⁴⁾

ويحقق نظام المقايضة على أساس الوحدة مصالح صاحب العمل، حيث يستطيع أن يقارن بين عروض الأسعار، ويحدد سعر الوحدة يمكن الشروع في العمل في وقت مبكر قبل تحديد عدد الوحدات أو كامل نطاق العمل. كما تتحقق - في الوقت ذاته - مصلحة المقاول بتقليل المخاطرة المتعلقة بعدم اليقين في تقدير المقابل والكميات.⁽⁵⁾

وعلى ذلك يصبح كلاً من المقاول وصاحب العمل على بينة من أمرهما فيما يتعلق بحدود الالتزام والتكلفة. فبعد الاتفاق على الأجر لا يمكن تعديله وفقًا للقواعد العامة. ولكن ماذا لو تطلب إنجاز أعمال المقاولة مجاوزة المقايضة المحددة؟ ومثال ذلك أن يظهر في عقد مقاولة يتعلق بالإنشاءات أن طبيعة الأرض التي يقام عليها المشروع غير صلبة ويتطلب الأمر زيادة كمية الخرسانة في القواعد لضمان سلامة البناء. فهذا العقد نشأ وطرفاه على علم بمقدار التزاماتهما مما يجعله متوازنًا. ولكن بمجاوزة المقايضة تنقلب اقتصاديات العقد ويصبح المقاول مطالبًا بعبء إضافي في عناصر الوحدة المقدرة مسبقًا، كما يكون صاحب العمل عرضة لأن تتم مطالبته بتكاليف لم يبرئ نفسه لتحملها.

لذلك، كان لا بد للمشرع أن يتدخل ليبسط قاعدة تحكم هذا النوع من عقود المقاولة؛ لخلق التوازن بين القوة الملزمة للعقد وحقيقة الواقع العملي. فيحفظ العقد على أساس من العدالة بين طرفيه.

على هدى مما تقدم، قرر المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية أنه:

- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزةً مرهقة، وجب على المقاول أن يُخطر في الحال صاحب العمل بذلك مبينًا مقدار ما يتوقعه من زيادة الثمن فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضات من نفقات.
- إذا كانت المجاوزة التي يقتضها تنفيذ التصميم مرهقة جاز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقًا لشروط العقد.⁽⁶⁾

فيما ورد في القانون المدني المصري:

⁽²⁾ [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7055?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20that%20scope%20of%20work](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7055?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20that%20scope%20of%20work)

تاريخ الزيارة: الساعة: 7:00 مساءً، التاريخ: 12/ ديسمبر/ 2021م.

⁽³⁾ عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، جامعة القاهرة 1997، مصر، ص 206.

⁽⁴⁾ موقع Designing Building هو موقع موسوعي للمقاولات، وهو موقع مخصص لإيجاد وتبادل المعرفة حول التخطيط والتصميم والمقاولات والتشغيل للحصول المبينة (https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Unit_pricing_contract) الساعة: 5:30 مساءً، التاريخ: 2/ ديسمبر/ 2021.

⁽⁵⁾ المرجع السابق.

⁽⁶⁾ المادة رقم (640) من قانون المعاملات المدنية العماني.

- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المفاوض أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيئاً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.
- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.⁽⁷⁾

المطلب الثاني: شروط تطبيق أحكام مجاوزة المقايضة

لتطبيق آثار النص المتعلق بمجاوزة المقايضة المبين في الفرع الأول، يجب أن تتحقق ثلاثة شروط، وهي كالآتي:

- أن يبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة: وهذا الشرط بدهي، حيث وردت المادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (656) من القانون المدني المصري لحكم عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة فحسب. فوارد فيه أن تحدث مجاوزة مرهقة للمقايضة المقدرة بزيادة كمية الأعمال عن المتوقع وقت إبرام العقد. ولا تطبق أحكام هاتين المادتين على عقد المقاولة الذي حدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين، فهذا النوع من عقود المقاولة له قواعد أخرى سنأتي على بيانها في المطلب الثاني من هذا البحث. كما لا يمكن إعمال هذه الأحكام على عقد المقاولة الذي لم يتم الاتفاق فيه على مقدار الأجر أو آلية احتسابه. فلا يوجد حد تم تجاوزه لتكون هناك ضرورة لإعادة التوازن فيما يتعلق بالتزامات الطرفين.⁽⁸⁾ ومن المعلوم أن الأجر ركن في عقد المقاولة، ولا يمكن الحديث عن قيام عقد مقاولة دون أجر، فلقد عرف قانون المعاملات المدنية العمانية عقد المقاولة بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المفاوض بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر.⁽⁹⁾ فيما عرف القانون المدني المصري المقاولة على أنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.⁽¹⁰⁾ وبذلك يكون الأجر ركناً لقيام عقد المقاولة في التشريعات المقارنة. وإذا تم الاتفاق بين شخصين ليقوم أحدهما بصنع شيء أو أداء عمل دون مقابل، فلن نكون بصدد عقد مقاولة وإنما عقد غير مسمى. ومع ذلك، لا يوجد مانع في القانون من الاتفاق على وجود الأجر دون تحديده أو تحديد آلية احتسابه. فحينها يستحق المفاوض قيمة المواد التي قدمها مع أجر المثل أو قيمة العمل.⁽¹¹⁾ وعليه لا مجال لبحث مجاوزة المقايضة.

• مجاوزة المقايضة مجاوزة مرهقة:

- لإعمال آثار مجاوزة المقايضة يجب أن يتطلب تنفيذ العقد مجاوزة مرهقة للمقايضة وفقاً لتعبير المشرع العماني، ومحسوسة وفقاً لتعبير المشرع المصري. وإن اختلف التعبير بين التشريعين فالمعنى واحد، أي يجب أن تكون المجاوزة مرهقة وليست يسيرة لتطبيق الآثار التي سنأتي على بيانها لاحقاً. ويجب أن تكون هذه المجاوزة غير متوقعة وقت التعاقد.⁽¹²⁾ وهذه المجاوزة ترد على المقايضة المقدرة وفقاً لصريح النص. ويفهم من ذلك تعلقها بكم الوحدات المقدرة ابتداءً في المقايضة عند إبرام العقد. وليس بثمان الوحدة. فهي لا تتعلق بزيادة أسعار المواد أو أجور العمال المقدرة سابقاً في كل وحدة. فهذه الأحوال تحكمها قواعد أخرى قانونية أو اتفاقية.⁽¹³⁾ وتعد مسألة تقدير ما إذا كانت هذه المجاوزة مرهقة مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع. وتدخل ضمن سلطته التقديرية ولا معقب عليها من المحكمة العليا.⁽¹⁴⁾

(7) المادة رقم (656) من القانون المدني المصري.

(8) عبد المنعم الشربيني، الموسوعة الشاملة في شرح القانون المدني، الجزء الثاني عشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص 115.

(9) المادة (626) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(10) المادة (646) من القانون المدني المصري.

(11) نصت المادة (642) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: "إذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المفاوض أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل." فيما نصت المادة (659) من القانون المدني المصري على أن: "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض"

(12) سامي محمد فريج، إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد، الكتاب الأول، دار النشر للجامعات، مصر، 2008، ص 456.

(13) لقد ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فيما يتعلق بنص المادة (657) بأنه: "إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة مجاوزة محسوسة....". ولكن في اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة "مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة" بعبارة "مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة" كما هو في النص الحالي المذكور أعلاه. وكان المسوغ لهذا التعديل أن النص قبل التعديل قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد في المقايضة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر. وفقاً لعبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد السابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2022، ص 165.

(14) تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للمادة (1) و(14) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي بشأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/125). أصبح حكم الاستئناف هو الحكم النهائي في دعاوى مقاولات البناء ولا يقبل الطعن عليه أمام المحكمة العليا. وبذلك يكون حكم محكمة الموضوع هو الحكم النهائي في دعاوى مقاولات البناء، ولا توجد رقابة على تطبيق القانون من قبل المحكمة العليا. ولذلك واعتباراً من تاريخ سريان هذا القانون توقفت اجتهادات المحكمة العليا في مسائل عقود المقاولة. ولقد هدف المشرع من خلال هذه القاعدة بالإضافة إلى الأحكام الأخرى في القانون المذكور تبسيط إجراءات التقاضي والمساهمة في سن ما من شأنه ضمان سرعة الفصل في المنازعات المتعلقة بمقاولات البناء. ولكن مسألة توقف اجتهاد المحكمة العليا فيما يتعلق بنصوص قانون المعاملات المدنية المتعلقة بالمقاولة له آثار سلبية. فالمقاولة من العقود المعقدة التي تتداخل فيها العناصر وكذلك نصوص القانون بحاجة إلى تفسيرها من قبل المحكمة العليا لتعزيز الفهم والمساهمة في تطوير الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة. ولذلك فإن هذه المسألة بحاجة للمراجعة لضمان مساهمة القضاء التاريخية في تفسير النصوص القانونية وضمان تطبيقها بالطريقة المثلى المتوافقة مع إرادة المشرع.

● إخطار صاحب العمل:

اشتراط كلا المشرعين إخطار صاحب العمل بما يفيد تطلب تنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المتفق عليها مجاوزة مرهقة مع بيان زيادة الثمن المتوقعة. ولم يشترط المشرع ميعاداً دقيقاً يجب خلاله تقديم الإخطار، بل اشترط أن يتم ذلك في الحال. فيجب أن يبادر المقاول إلى إخطار صاحب العمل دون إبطاء. كما لم يشترط المشرع شكلاً محدداً لهذا الإخطار، وبذلك يمكن أن يتم بكتاب مسجل أو كتاب عادي أو شفوي. وكل ما يجب على المقاول هو إثبات إتيانه بالإخطار مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.⁽¹⁵⁾

فإذا تم الإخطار تطبيق الآثار التي سنأتي على بيانها في الفرع اللاحق، وإذا لم يخطر المقاول صاحب العمل بالمجاوزة المرهقة أو تأخر في إخطاره، فيعد ذلك في نظر القانون نزولاً ضمنياً عن حقه في استرداد ما جاوز المقايضات من نفقات بصريح نص المادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (656) من القانون المدني المصري. فهما يسقط حق المقاول في تلك الزيادة في حال عدم الإتيان بالإخطار بالكيفية المبينة. وعلى ذلك يستحق المقاول ثمن المقايضات السابقة المتفق عليها في العقد فحسب دون أي زيادة إذا نفذ الأعمال التي تجاوز المقايضة دون إخطار.⁽¹⁶⁾

ومع ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في الفقرة الأولى من المادة (657) من القانون المدني يدل على أن الحكمة التي توخاها المشرع من الإخطار، هي عدم مفاجأة رب العمل، بمجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة لم يكن يتوقعها، ولم يدخلها في حسابه، فإذا كان يعلم بهذه المجاوزة أو يتوقعها عند التعاقد، فلا حاجة لوجوب هذا الإخطار، ويبقى للمقاول الحق في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات، على أساس سعر الوحدة المتفق عليه في العقد، وأن تقدير مدى العلم بالمجاوزة أو توقعها عند التعاقد، يخضع لسلطة محكمة الموضوع، دون رقابة عليها في ذلك".⁽¹⁷⁾ وبذلك ووفقاً لهذا الحكم، يكون الإخطار غير واجب في حال توقع صاحب العمل للمجاوزة؛ لأن الغاية من الإخطار لا تتحقق ويكون من حق المقاول استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على مجاوزة المقايضة

انضح فيما تقدم أن هناك اختلال قد يلم باقتصادات عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، إذا تطلب تنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة. بحيث يصبح المقابل المتفق عليه ابتداءً غير متناسب وكم الأعمال المطلوبة لتنفيذ العقد. وعليه، لا بد من معالجة اقتصادات العقد التي أصبحت غير سليمة. فليس من الإنصاف أن يستمر المقاول في العمل وأن يتكبد وحده المجاوزة المرهقة في النفقات. كما أن صاحب العمل قد تعاقد بقيمة محددة هو ملتزم بها، وليس من الإنصاف، كذلك، أن يفاجئه المقاول بنفقات إضافية تطلبها العمل لم يكن متفق عليها في بداية العقد. ولذلك، لا بد أن يتدخل المشرع لحماية طرفي التعاقد، وتعزيز العدالة العقدية، وعلى الرغم من أن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب على الأطراف أداء التزاماتهم المحددة سلفاً. إلا أن المجاوزة أصبحت واقعاً ينبغي التعامل معه. والاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه والمقابل المتفق عليه يشبه العمل بنظام لم يعد صالحاً لتسيير العلاقة العقدية بالكفاءة المتوقعة، ويتضمن إجحافاً بحق أحد طرفيه أو كليهما.

في كل من القانون العماني والمصري، إذا تطلب تنفيذ التصميم المتفق عليه في عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة مجاوزة المقايضة مجاوزة مرهقة على النحو المبين فيما تقدم، وتحققت الشروط المطلوبة. وعمد المقاول إلى إخطار صاحب العمل بهذه المجاوزة على الكيفية المفصلة، يكون لصاحب العمل الخيار في أمره، فإما أن يتحلل من العقد أو أن يستمر في تنفيذه مع وفاء قيمة ما جاوز المقايضة من نفقات. ومن هنا، يلاحظ بأن المشرع وضع الخيار في إنهاء العقد أو الاستمرار به بيد صاحب العمل وليس المقاول. وذلك عدل؛ لأن رب العمل هو المطالب بالتزام أكبر من المتفق عليه. فإما أن يتحمل النفقات الإضافية لاستمرار الأعمال في العقد، أو إذا رأى أنه غير قادر على تحمل النفقات الإضافية أو لم يرغب بتحملها تحلل من العقد مع مراعاة أحكام ذلك.

ويجدر التساؤل عن سبب عدم توفير الخيار للمقاول، أيضاً، في التحلل من العقد إن أراد ذلك، فإن كانت التكلفة الإضافية تقع ظاهرياً على كاهل صاحب العمل المتمثلة في المقابل. فإن مجاوزة المقايضة ترهق المقاول أيضاً فربما تتطلب خبرة إضافية لا يملكها وما كان ليبرم العقد لو علم بها. أو أنها تتطلب عدد أكبر من العمال، أو تستغرق وقتاً أطول من التوقعات السابقة. مما قد يؤخره عن أعمال أخرى. وهذا التساؤل يجدر بحثه من قبل المشرع. فيما يتعلق بخيار تحلل صاحب العمل من العقد، يجب أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، بناءً على ما اقتضاه قانون المعاملات المدنية العماني، وأضاف القانون المدني المصري على ذلك حكماً آخر، وهو عدم التزام صاحب العمل بتعويض المقاول عما فاتته من كسب لو أنه أتم العمل.

(15) عبد الرزاق السهري، مرجع سابق، المجلد 7، ص 165، وما وراءها.

(16) أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 283.

(17) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 14024 لسنة 82 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2014/03/17 مكتب في (سنة 65 - القاعدة 69 - الصفحة 407). الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية

(https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111351909&&ja=291568) تاريخ: 23/ يناير/ 2022، الساعة 6:00 مساءً.

إن عدم تعويض المقاول عما فاتته من كسب أمر يستنتج بديهياً من المادة. حيث إنها جاءت لمعالجة اختلال اقتصاديات العقد. وتعويض المقاول عما فاتته من كسب سيهدم مبدئي المادة. كما أن التحلل من العقد جاء وفقاً للقانون وليس نتيجة خطأ أو تعسف من قبل صاحب العمل. ولذلك فلا اختلاف بين حكم المشرعين.

ويظهر أن السبب في تأكيد المشرع المصري نصاً بعدم تعويض المقاول عما فاتته من كسب، يعود إلى إرادته نصاً في أحكام المقاولة يتعلق بجواز تحلل صاحب العمل من عقد المقاولة قبل الانتهاء من تنفيذه، وإن لم تكن هناك مجاوزة في المقايضة، أو طرء عدم توازن في الالتزامات، وفي تلك الحالة يستحق المقاول تعويض ما كان سيكسبه لو أتم العمل، ولذلك وجب من المشرع أن يفرق في آثار التحلل من العقد بين هذه الحالة وبين حالة مجاوزة المقايضة.⁽¹⁸⁾ والخيار الثاني لصاحب العمل، هو أن يبقى على العقد مع زيادة الأجر بصورة تتناسب مع الزيادة في المقايضة.⁽¹⁹⁾ وذلك سيسهم في استمرار العلاقة التعاقدية مع ضمان توازنها، حيث يحصل صاحب العمل على عمل متين منجز بالمعايير المثلى، فيما يحصل المقاول على ما يستحقه مقابل ذلك. أي أن طرفي العلاقة يستمران في تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه في بداية التعاقد مع تعديل مقاييس الأعمال والمقابل.

من الملاحظ أن المشرع، وعند معالجة عدم التوازن الطارئ في العقد في هذه الحالة، جعل للإرادة دور في تحديد مصير العقد، واختيار المسلك لمعالجة الاختلال الاقتصادي، فلم يرتب المشرع الأثر مباشرة، بل جعل الأمر خيراً بيد صاحب العمل. ويمكن القول إن المشرع وازن بين التوازن العقدي ومبدأ سلطان الإرادة بأن جعل كيفية إعادة التوازن مسألة خاضعة لإرادة صاحب العمل. ومع ذلك نجد الدور السلي للمقاول في مواجهة مجاوزة المقايضة. فعدم إشراكه في تحديد مصير العقد أمر بحاجة لإعادة النظر؛ كون أن مجاوزة المقايضة قد ترهقه من حيث الوقت والجهد واليد العاملة ولو تم تعويضه عن نفقاته.

ما تقدم هي آثار المجاوزة المرهقة أو المحسوسة للمقايضة. فما هو الموقف إذا كانت المجاوزة طفيفة؟ سكت المشرع عن ذلك. فهل على المقاول التنفيذ دون زيادة في المقابل؟ أم يستحق المقاول الزيادة تلقائياً، ولا يحق لصاحب العمل التحلل من العقد؟ وفقاً للفقهاء، فإننا يجب أن نعمل مفهوم المخالفة، فلا يصح تحلل رب العمل من عقد المقاولة إذا كانت الزيادة طفيفة، ويكون ملزماً بزيادة الأجر بالتناسب مع قيمة هذه المجاوزة.⁽²⁰⁾ وعلى كل حال، فإن أمر تقدير المجاوزة فيما إذا كانت مرهقة تجزئ تحلل صاحب العمل من العلاقة التعاقدية أو زيادة الأجر على النحو المبين، أو زيادة طفيفة لا تتيح لصاحب العمل التحلل من العلاقة التعاقدية، يعود لمحكمة الموضوع، فيقدر القاضي مدى هذه المجاوزة بالنظر إلى العوامل المختلفة.⁽²¹⁾

وبذلك، فإن القانون قد فرض أحكاماً تتعلق بعقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة تتسم بالمرونة في مواجهة الاختلال الاقتصادي للعقد، فيمكن أن يزيد المقاول عند مجاوزة المقايضة. فتتم المحافظة على بقاء العقد حاكماً للعلاقة مع ضمان إعادة توازنه.

المبحث الثاني: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر أجماً على أساس تصميم معين

بعد بيان الأحكام القانونية في التشريعات المقارنة المتعلقة بإعادة التوازن لعقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، إذا اختلفت اقتصادياته بمجاوزة المقايضات المقدرة، نأتي في هذا المبحث لاستعراض نوع آخر من عقود المقاولة بالنظر إلى آلية تحديد الأجر، وهو عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. ونبحث فيه عما إذا كان في أحكامه ما يعد وسيلة لإعادة التوازن في الاقتصادي للعقد. لذلك، سيتضمن هذا المطلب بيان لهذا الأسلوب من التعاقد ونطاقه والآثار المترتبة على هذا النوع من التعاقد. عليه، يتضمن هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين في القانون.

المطلب الثاني: شروط عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين.

المطلب الثالث: أحكام زيادة الأجر في عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين.

(18) نصت المادة (662) من القانون المدني المصري على أن: "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه. على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. على أنه يجوز للمحكمة أن تخفف التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، وتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه، ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر". ولقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 95 لسنة 84 قضائية بأن: "من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن النص في المادة ٦٦٣ / ١ من القانون المدني على أن "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال"، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل "يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لابد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب". وهذا النص يأتي استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويمنح صاحب العمل مكنة فسخ العقد بإرته المنفردة دون سبب مع تعويض المقاول. قد يلجأ صاحب العمل لهذا النص إذا رأى أنه لم يعد بحاجة لهذه الأعمال أو أن هذه الأعمال قد فقدت جدواها الاقتصادية، أو أن وضعه المادي قد تعسر أو غير ذلك من الأسباب. ولا يوجد نص مماثل لهذا النص في قانون المعاملات المدنية العماني.

(19) أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، مصر، 2006، ص 456

(20) سامي محمد فريج، مرجع سابق، ص 457.

(21) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، 2002، ص 83

المطلب الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين في القانون

في بعض عقود المقاولة يتم الاتفاق بين صاحب العمل والمقاول على أساس قيام الأخير بالأعمال وفقاً لتصميم معين، نظير مبلغ إجمالي ثابت من المال يدفعه صاحب العمل. ويعرف هذا العقد أيضاً بعقد المقاولة الجزائي أو بثمان حدد جزاً. وفيه يتم تحديد الثمن على الأعمال المتفق عليه بصورة إجمالية، دون تخصيص ثمن لكل نوع من الأعمال. وفي هذا النوع من عقود المقاولة يجب على المقاول أن يكون دقيقاً في تحديد التكلفة الكلية قبل التعاقد؛ حتى يتجنب تحمل تبعة زيادة التكلفة عما هو مخطط له. ولتحقيق ذلك، يجب الانتهاء من تجهيز التصميمات والرسومات، والمواصفات، وغير ذلك قبل البدء في إعداد جداول الكميات وحساب قيمة العقد. وفي هذه العقود عادة يتم الاتفاق عادة على الأوامر التغييرية في حال رأى صاحب العمل إدخال تعديلات أو إضافات في التصميم.⁽²²⁾

في ذلك ورد في قانون المعاملات المدنية العماني:

- إذا أبرم عقد المقاولة على أساس تصميم متفق عليه لقاء أجر إجمالي، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم.
- إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة برضا صاحب العمل، يراعى الاتفاق الجاري مع المقاول بشأن هذا التعديل أو الإضافة.⁽²³⁾

فيما جاء في القانون المدني المصري:

- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.
- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابياً، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهةً.
- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.
- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي، أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.⁽²⁴⁾
- وكذلك، أورد القانون المدني الفرنسي أنه: "عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشديد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز له أن يطالب بأية زيادة في الثمن، سواءً أكان بحجة زيادة اليد العاملة أو المواد أم بحجة التغييرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم، إن لم تكن هذه التغييرات قد أجزت خطياً وإن لم يتم الاتفاق على الثمن مع المالك".⁽²⁵⁾

المطلب الثاني: شروط عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين

لتطبيق حكم هذه الحالة، توافقت القوانين المقارنة على مراعاة توافر الشروط والأحوال الآتية:

- أولاً: ليمت تحديد الأجر على نحو إجمالي يجب أن يتم ذلك نظير تصميم متفق عليه وفقاً لصريح النص، فهذا التصميم يجب أن يكون محدداً وواضحاً بحيث لا تدخل فيه الضبابية، الأمر الذي يفقد مفهومه معناه. كما يجب أن يكون هذا التصميم كاملاً لا يعتريه النقص⁽²⁶⁾. فلن يصبح نص القانون المتعلق بهذه الحالة قابلاً للتطبيق إذا كان التصميم ناقصاً، أو يتيح للمقاول أن يكمل الأعمال على أسس مختلفة وتصاميم جديدة. ويجب أن يكون نهائياً لا تطرأ فيه التعديلات على نحو متتابع دون ضبط ووضوح.
- ولا يشترط القانون شكلاً محدداً لهذا التصميم، فقد يكون على شكل رسوم أو خرائط هندسية، أو أي شكل آخر ما دام يمكن إثباته. فالعبرة بتمام التصميم حتى يمكن الاتفاق على الثمن الإجمالي لأعمال عقد المقاولة.
- ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يمكن أن توصف بالصفقة الجزافية، الاتفاقية التي يتعهد مقاول بموجها بأشغال تجديد عقار وتحويله، في حين أنه لم يتم تحضير أي وثيقة جدية وأن الكشف المنظم لم يكن واضحاً والتصاميم خالية من أي طابع تعاقدية" و"يطبق الحل ذاته عندما تكون شروط تنفيذ الأشغال والمهل والالتزامات المشاريع وكمية الأشغال وشروط دفع تكاليف العمل غير محددة بشكل جيد".⁽²⁷⁾
- ثانياً: يجب أن يقابل التصميم المتفق عليه - كما قدمنا - أجراً قد حدد في العقد إجمالاً وفقاً للتصميم. ولا يمكن إعمال حكم هذه الحالة إذا كان الأجر محدداً بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة كالوارد في المبحث الأول. كما يجب ألا يكون الأجر محدداً على نحو مرن يزيد وينقص على أساس التصميم، فهذا فرض مختلف تحكمه قواعد العقد والقانون. فيجب أن يكون المقابل متفق عليه بصورة نهائية في العقد.⁽²⁸⁾

(22) عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 204.

(23) المادة رقم (641) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(24) المادة رقم (657) من القانون المدني المصري.

(25) المادة (1793) من القانون المدني الفرنسي - مرجع سابق، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ص 1773

(26) أنور طلبة، مرجع سابق، ص 286.

(27) راجع نقض فرنسي مدنية 4/ نوفمبر 1991/ رقم (283 و 283)

(28) عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي للنشر، مصر، 2001، ص 186.

فالأجر كشأن التصميم يجب أن يكون محدوداً على نحو نهائي غير مرتبط بعوامل أخرى تتسبب في زيادته أو نقصانه.⁽²⁹⁾ ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "إذا كانت المادة (1739) تمنع على المقاولين أية مطالبة بعلاوة على الثمن المتفق عليه بسبب التغييرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم، إلا إذا كانت هذه التغييرات والزيادات قد أجزيت خطأً، فهذه الأحكام لا تطبق إلا على التوافق على مبلغ جزافي محض بسيط، وتصبح غير قابلة للتطبيق عندما يقوم الفرقاء وهم يتعاقدون على مبلغ جزافي، بإضافة بنود تعدل طابعه وآثاره".⁽³⁰⁾ ثالثاً: وفقاً للفقه، يجب أن تكون العلاقة محل تطبيق هذا الحكم بين صاحب العمل والمقاول. ولا يسري حكمها في علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن. حيث تسري بحقهما القواعد العامة في حال زيادة تكلفة تنفيذ التصميم. ويعود ذلك إلى أن هذه القاعدة سنت لحماية صاحب العمل الذي يفترض عادة إلى الخبرة الفنية في مسائل المقاولة محل التعاقد. بينما يشترك كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في الخبرة الفنية المتعلقة بموضوع التعاقد.⁽³¹⁾ وهذا ما قرره قضاء محكمة النقض الفرنسية.⁽³²⁾ وعلاوة على الشروط أعلاه، استقل المشرع الفرنسي في المادة (1793) بشروط إضافية لم ترد في كل من قانون المعاملات المدني العماني³³ والقانون المدني المصري³⁴. وهذه الشروط تتعلق بطبيعة أعمال المقاولة، وهي كالاتي:

• يجب أن تكون الأعمال تتعلق بتشديد مبنى:

يلاحظ أن المشرع الفرنسي وحده من بين القوانين المقارنة قد نص على "تشديد بناء" في المادة (1793) المذكورة سلفاً. وعليه، لا محل لتطبيق أحكام هذه الحالة إلا في مقاولات البناء وبالتحديد إنشاء المباني. ولا تنصرف لأعمال المقاولة الأخرى. وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه: "عندما يكون البناء الوحيد الملحوظ في الصفة هو بناء شبكة تنقية المياه المبتدلة وطرق المواصلات والساحات العامة في معاملة إفراز، فتعتبر هذه الأشغال بسبب طبيعتها بالذات غريبة عن إنشاء مبنى في المعنى المقصود في المادة (1793)، وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه المادة في شأنه".⁽³⁵⁾

• أن يكون المبنى راسخاً في الأرض:

لقد ورد في المادة (1793): "وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض"، ولذلك، فإن حكم هذه المادة لا ينطبق إلا على المباني الراسخة في الأرض دون المباني القائمة على سبيل المثال.

المطلب الثالث: أحكام زيادة الأجر في عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين

إذا استجمع عقد المقاولة الشروط اللازمة لكي يعد عقد مقاول، حدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. فلقد قرر القانون كقاعدة أنه ليس للمقاول المطالبة بأي زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ التصميم المتفق عليه، ويكون ذلك ولو أدخل تعديلاً نافعاً أو ضرورياً في التصميم، أو زاد سعر المواد المستخدمة في العمل، أو ارتفعت كلفة المعدات، أو غير ذلك.⁽³³⁾

في هذا النوع من عقود المقاولة، توافق الطرفان على مبلغ جزافي لكافة الأعمال وفقاً للتصميم الموضوع. وبذلك، يكون صاحب العمل قد ضبط توقعاته وعرف مركزه وقيمة ما يجب دفعه من مقابل لإنجاز العمل، فيما كان المقاول مدرجاً لأسس تحديد المقابل وهو فني متخصص يفترض فيه الدراية بالسعر الملائم لإنجاز العمل وفقاً للتصميم المتفق عليه. ووفقاً للقواعد العامة ومبدأ القوة الملزمة للعقد، يكون منطقياً الحفاظ على التزامات الطرفين كما هي وحماية صاحب العمل من أن يتفاجأ بزيادة قيمة المقابل دون خطأ منه.⁽³⁶⁾

ويهدف هذا النص - وفقاً للفقه - إلى حماية صاحب العمل في المقام الأول. فهو عادة شخص عادي عديم الخبرة في المسائل الفنية التي تحيط بعقد المقاولة، فإذا تعاقد بأجر إجمالي على أساس تصميم معين، يكون مطمئناً عالمياً بما له وما عليه، ولا يمكن للمقاول استغلال عدم خبرته لزيادة الأجر. ولقد استطرد المشرع المصري في شرح القاعدة بنصه على أنه ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطالب بزيادة في الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً⁽³⁷⁾. وعليه فإن المقابل يبقى ثابتاً في كل الأحوال. ولم ينص المشرع العماني على هذا الاستطراد صراحةً ولكنه يفهم من عبارات المادة.

(29) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 460.

(30) راجع نقض عراض 26/ يونيو/ 1939؛ د أسبوعي 1939. 468، نقض مدنية 1/ مايو/ 1960؛ د 1960. 571، نقض مدنية 3/ مارس/ 1985؛ جكل 1986. II. 20657، تعليق ليت-فو Liet-Veaux / القانون المدني الفرنسي بالعربية، ص 1773.

(31) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، المجلد 7، ص 173.

(32) قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا تطبق أحكام المادة 1793 على اتفاقية مقاول من الباطن بين مؤسستين" راجع نقض مدني 3، 15/ فبراير/ 1983؛ نش مدنية III، رقم 44.

(33) قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29). ونشر في العدد رقم 1012 من الجريدة الرسمية، السنة الثانية والأربعون، ص (5 - 199).

(34) القانون المدني المصري المنشور في الوقائع المصرية -. عدد رقم. 108. مكرر. أ صادر في. 29-7-1948

(35) راجع نقض مدنية 3، 8/ يناير/ 1974؛ نش مدنية III، رقم 162. - مرجع سابق، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ص 1773

(36) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني - العقود المسماة، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 206.

(37) الفقرة الثالثة من المادة (657) من القانون المدني.

يلاحظ أن القوانين المقارنة قد عظمت دور مبدأ القوة الملزمة للعقد في هذا الفرض، على خلاف حكم العقد الذي يرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة. ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف طريقة تحديد الأجر، إذ لم يحدد الأجر هنا وفقاً لمقايضة معينة يسهل من خلالها تحديد مقدار الزيادة إن حصلت. بل تم التعاقد وفقاً لأجر إجمالي يفترض أنه يشمل النفقات اللازمة لتنفيذ التصميم، وهذا التصميم كما قدمنا هو تصميم كامل ونهائي. وبذلك، نجد أن هذه الآلية في تحديد الأجر تمنح صاحب العمل وسيلةً للتحوط ضد النفقات غير المتوقعة التي قد يطلبها المقاوّل لتنفيذ التصميم المتفق عليه. فيما تعد طريقة المقايضة على أساس الوحدة عملية إلى حد كبير وتضمن اتزان مركز طرفي التعاقد مهما اعترض المقاولة من نفقات غير متوقعة ناجمة عن مجاوزة المقايضة.

ولقد أورد كلاً من المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية والفرنسي في القانون المدني استثناءً واحد على هذا الأثر بينما أورد المشرع المصري ثلاثة استثناءات، حيث اشترك المشرعون في استثناء واحد بينما اختلفوا في استثناءين نص عليهما المشرع المصري دون غيره. فأما الاستثناء المتفق عليه فيتمثل في حصول تعديل أو إضافة برضا صاحب العمل مع مراعاة الاتفاق بين الطرفين، يمكن حينها زيادة الأجر الذي سبق وأن حدد إجمالاً. فإذا اتفق المقاوّل مع صاحب العمل على تهديد طريق مقابل مبلغ مقطوع. وأثناء التنفيذ قرر صاحب العمل توسيع عرض الطريق عن الوارد في التصميم المتفق عليه، فيجب على المقاوّل وصاحب العمل الاتفاق على التعديل أو الإضافة، والأجر الإضافي المقابل لها. هذا، ولم يحدد المشرع العماني شكلاً محدداً لهذا الاتفاق اللاحق، بينما قرر القانون المدني المصري وجوب أن يحصل هذا الاتفاق كتابةً، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهةً. وكذلك اشترط المشرع الفرنسي الكتابة.

إلى هنا يفترق القانون المدني المصري عن القوانين المقارنة بنصه على آثار أخرى إضافية، فلقد أورد المشرع المصري بأن المقاوّل يكون مستحقاً زيادة في الأجر إذا حصل تعديل أو إضافة في التصميم لخطأ راجع إلى صاحب العمل. فإذا زود صاحب العمل المقاوّل بتصميمات تتضمن أبعاداً غير صحيحة على سبيل المثال، فلا يتحمل المقاوّل أي زيادة في تكاليف التنفيذ، بل يتحملها صاحب العمل حتى وإن كان حسن النية. وهذا الاستثناء له محله، فليس من الإنصاف أن يستفيد صاحب العمل من خطئه.

مع ذلك، وإن لم ينص المشرع العماني على هذا الاستثناء، إلا أنه يستنتج من القواعد العامة. ومن ذلك ما ورد فيها بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف. (38)

علاوة على ما تقدم، قرر المشرع المصري استثناءً ثالثاً يحكم فرض انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاوّل بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتسبب تداعي الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، فيمكن للمحكمة التدخل والحكم إما بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

ويقضي هذا الاستثناء أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تؤدي إلى انهيار التوازن العقدي بين المقاوّل وصاحب العمل، وأن يكون الأجر قد حدد على نحو إجمالي نظير تصميم معين. فإذا حصلت هذه الحوادث وفقاً للشروط والأحكام التي نظمها القانون يكون للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد.

ولا يعد هذا الاستثناء إلا تطبيقاً خاصاً لنظرية الظروف الطارئة الواردة في القواعد العامة، ومن المستقر عليه في الفقه القانوني أن عقد المقاولة من أبرز العقود التي تتواءم وأحكام النظرية. (39)

وحيث إن الحال كذلك، فلا يعد تقصيراً من جانب كلٍ من المشرع العماني والفرنسي عدم النص على هذا الاستثناء، كما هو الحال في الاستثناء المتعلق بخطأ صاحب العمل.

ولكن ما يلفت النظر، هو اختلاف الجزاء المقرر في هذا الفرض عن جزاء نظرية الظروف الاستثنائية. إذ تمنح نظرية الظروف الاستثنائية المحكمة في التشريعين العماني والمصري -وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين- صلاحية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. بينما يكون الجزاء هنا الحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد.

والحكم بزيادة الأجر يدخل في طبيعة جزاء نظرية الظروف الاستثنائية، ففيه رد للالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولكن فسخ العقد هو جزاء لم يرد في نظرية الظروف الاستثنائية صراحة في القانون.

وعلى الرغم أن النص في القواعد العامة - وفقاً للفقه - يفرض جزاءً يسهم في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مع الحفاظ على وجود العقد. إلا أن هناك مسوغ لتقرير المشرع سلطة المحكمة في فسخ العقد بهذه الحالة، فقد يكون رفع المقابل خياراً غير مطروح لعدم قدرة صاحب العمل الوفاء بهذه الأجرة الإضافية، أو أن تنفيذ العقد أصبح شاقاً على نحو استثنائي بالنسبة للمقاوّل نتيجة للظروف الاستثنائية.

(38) المادة (156) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(39) محمد كامل مرسى باشا، مرجع سابق، 249.

الخاتمة:

ظهر لنا من خلال هذا البحث أن المشرع في القوانين محل المقارنة قد حرص على حماية التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة، وذلك ببسط قواعد في الأحكام العامة، وأحكام عقد المقاولة تسهم في معالجة ما قد يعتري العقد من اختلال اقتصادي قد يضر بأحد طرفيه، وفي الوقت نفسه، حرص المشرع على عدم هدر توقعات أطراف العلاقة فيما يتعلق بالتزاماتهم العقدية.

وهذه المعادلة مهمة لضمان العدالة العقدية من ناحية، وحفظ القواعد العامة التي تشكل قواماً للعقود والالتزامات إجمالاً، وفي مقدمة ذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية أخرى. وإن تفاوتت القوانين في طريقة علاج بعض الحالات والأحكام الواردة في كل حالة، إلا أن نية المشرع ورغبته كانت واضحة وتقود لضمان تنفيذ عقد المقاولة بحسن نية، ومراعاة الجوانب الفنية والتقنية فيه، مع الحرص على حماية صاحب العمل في بعض الحالات لافتقاره للمعرفة الفنية.

وبحصرنا لوسائل معالجة الاختلال الاقتصادي بتبعية أيما وردت في القوانين محل المقارنة، تكونت من خلال هذه الدراسة صورة مجمعة للوسائل المتاحة. ولعلها تكون مرجعاً ومنطلقاً لبحوث أعمق وأكثر توسعاً.

تأسيساً على ما تقدم، وبعد دراسة كافة جوانب موضوع الدراسة، فقد تم التوصل للنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً النتائج:

- إن أحكام عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة في قانون المعاملات المدنية العماني والقانون المدني المصري تتسم بالمرونة في مواجهة الاختلال الاقتصادي للعقد، بحيث تعمل طريقة تحديد الأجر كميّار لتقدير التكلفة الإضافية، مع الحفاظ على أحكام العقد.
- إن آلية تحديد الأجر في عقد المقاولة الذي يُحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين، تمنح صاحب العمل وسيلةً للتحوط ضد النفقات غير المتوقعة التي قد يطلبها المقاول أثناء تنفيذ الأعمال. فلقد تمسكت القوانين محل المقارنة في هذا النوع من عقود المقاولة على نحو أكبر بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك على خلاف حكم العقد الذي يبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة.
- لقد وردت اختلافات ملحوظة بين القوانين محل المقارنة في تنظيم أحكام عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين من حيث شروطه والاستثناءات التي يجوز فيها تعديل الأجر.

ثانياً التوصيات:

- جعلت المادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني حق تقرير مصير العقد عند مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزةً مرهقةً بيد صاحب العمل، فيكون له إما أن يتحلل من العقد أو أن يستمر في تنفيذه مع وفاء قيمة ما جاوز المقايضة من نفقات. ولم يتم وضع اعتبار لإرادة المقاول في التحلل من العقد أسوةً بصاحب العمل. فإن عقود المقاولات تزداد تعقيداً يوماً بعد يوم، وقد تفوق المجاوزة المرهقة قدرة المقاول على تنفيذها أو أن تخرج من دائرة خبرته أو اختصاصه. ولذلك يدعو الباحث المشرع لبحث هذه المسألة.
- وفقاً للمادة (1) و(14) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي بشأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/125). أصبح حكم الاستئناف هو الحكم النهائي في دعاوى مقاوالات البناء ولا يقبل الطعن عليه أمام المحكمة العليا، وبذلك يكون حكم محكمة الموضوع هو الحكم النهائي في دعاوى مقاوالات البناء، ولا توجد رقابة على تطبيق القانون من قبل المحكمة العليا. ولذلك واعتباراً من تاريخ سريان هذا القانون توقفت اجتهادات المحكمة العليا في مسائل عقود المقاولة. ولذلك أثار سلبية، فالمقاولة من العقود المعقدة التي تتداخل فيها العناصر، وكذلك نصوص القانون بحاجة إلى تفسير من قبل المحكمة العليا؛ لتعزيز الفهم والمساهمة في تطوير الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة. ولذلك فإن هذه المسألة بحاجة للمراجعة لضمان مساهمة القضاء التاريخية في تفسير النصوص القانونية وضمان تطبيقها بالطريقة المثلى المتوافقة مع إرادة المشرع.

المراجع:

أولاً: الكتب:

- السنهوري، عبد الرزاق. (2022). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*. (المجلد السابع)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية.
- الشرييني، عبد المنعم. (2008). *الموسوعة الشاملة في شرح القانون المدني*. الجزء الثاني عشر، المركز القومي للإصدارات القانونية.
- طلبة، أنور. (2004). *العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة*. المكتب الجامعي الحديث.
- عبد القادر، عزت. (2001). *عقد المقاولة*. دار الألفي للنشر.
- العمروسي، أنور. (2002). *العقود الواردة على العمل في القانون المدني*. منشأة المعارف، الطبعة الأولى.
- العمروسي، أنور. (2006). *الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني*. دار العدالة.
- فريج، سامي محمد. (2008). *إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد*. الكتاب الأول، دار النشر للجامعات.
- مرسي باشا، محمد كامل. (2001). *شرح القانون المدني - العقود المسماة*. منشأة المعارف.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

- الحسن، عيسى عبد القادر. (1997). *التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة*. رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، جامعة القاهرة، مصر.

ثالثاً: القوانين:

- قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29). ونشر في العدد رقم 1012 من الجريدة الرسمية، السنة الثانية والأربعون، ص (5-199).
- قانون تبسيط إجراءات التقاضي بشأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/125). نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (1367)، ص 9.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. المنشور في الوقائع المصرية. عدد رقم 108. مكرر. أ صدر في 7-29-1948.
- القانون المدني الفرنسي، 1804م وتعديلاته.
- القانون المدني الفرنسي بالعربية - طبعة دالوز (2009)، الثامنة بعد المئة بالعربية، جامعة القديس يوسف في بيروت، لبنان.

رابعاً: مجموعات الأحكام:

- مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2001 وحتى 2010، الدوائر المدني 1/10 م، صادر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة 2005م، المحكمة العليا العمانية، المكتب الفني، سلطنة عمان.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية (https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111351909&&ja=291568)، تم الاطلاع بتاريخ: 23/يناير/2022، الساعة 6:00 مساءً.
- موقع Thomson Reuters Practical Law وهو موقع معرفة قانونية ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7055?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20th%20scope%20of%20work](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7055?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20th%20scope%20of%20work))، تم الاطلاع بتاريخ: 12/ديسمبر/2021م. الساعة: 7:00 مساءً،
- موقع Designing Bulding هو موقع موسوعي للمقاولات، مخصص لإيجاد وتبادل المعرفة حول التخطيط والتصميم والمقولات والتشغيل للأصول المبنية (https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Unit_pricing_contract) تم الاطلاع بتاريخ: 2/ديسمبر/2021، الساعة: 5:30 مساءً.

- Abdul Qadir, E. (2001). *Eaqd Almuqawala 'Contracting Contract'*. Al'alfii Publishing House. [in Arabic]
- Al-Hassan, A. A. (1997). *Ailtizamat Wahuquq Almutaeaqidin Fi Tanfidh Eaqd Al'ashghal Aleamati* 'The Obligations and Rights of the Contractors in The Implementation Of The Public Works Contract'. Thesis for obtaining a doctorate degree in law, Cairo University, Egypt. [in Arabic]
- Al-Sanhouri, A. (2022). *Alwasit Fi Sharh Alqanun Almadanii Aljadedi* 'Mediator in Explaining the New Civil Law'. (Volume VII), the new third edition, Alhalabi Human Rights Publications. [in Arabic]
- Amrousi, A. (2002). *Aleuqud Alwaridat Ealaa Aleamal Fi Alqanun Almadanii* 'Contracts Contained on Work in Civil Law'. Almaearifi Facility, first edition. [in Arabic]

- Amrousi, A. (2006). *Almawsueat Alwafiat Fi Sharh Alqanun Almadanii* 'The Full Encyclopedia Explaining Civil Law'. Aleadala House. [in Arabic]
- El-Sherbiny, A. (2008). *Almawsueat Alshaamilat Fi Sharh Alqanun Almadanii* 'The Comprehensive Encyclopedia Explaining Civil Law'. Part Twelve, Almarkaz Alqawmiu Center for Legal Publications. [in Arabic]
- Freij, S. M. (2008). *Tidarat Aleuqud Alhandasiat Waeuqud Altashyid* 'Management of Engineering Contracts and Construction Contracts'. The first book, Alnashr Liljamieat House. [in Arabic]
- Morsi, P. and Muhammad, K. (2001). *Sharh Alqanun Almadanii - Aleuqud Almusamaati* 'Explanation of Civil Law - Named Contracts'. Almaearif Facility. [in Arabic]
- Talaba, A. (2004). *Aleuqud Alsaghirat Alsharikat Walmuqawilat Waitizam Almarafiq Aleama* 'Small Contracts, Contracting and Public Utilities Commitment'. Modern university office. [in Arabic]