

## المحاضرة الثانية والعشرون

### انعقاد عقد العمل :-

- طرفي العقد
- التراضي من حيث وجوده وصحته ومضمونه

### طرفا العقد /

من تعريف عقد العمل نجد ان اطرف العقد هما العامل وصاحب العمل .

تعريف العامل/ وفقا لنص المادة (الأولى / فقرة سادساً) من قانون العمل العراقي النافذ فإن العامل هو (كل شخص طبيعي سواء أكان ذكراً أم أنثى يعمل بتوجيه وأشراف صاحب عمل وتحت ادارته سواء أكان يعمل بعقد مكتوب او شفوي، صريح أم ضمني، أو على سبيل التدريب أو الاختبار أو يقوم بعمل فكري أو بدني لقاء أجر أيا كان نوعه بموجب هذا القانون).

و عليه فالعامل لا يمكن أن يكون إلا شخصاً طبيعياً حيث أن الالتزام الذي يتعهد به لا يمكن أن يقوم به الشخص الاعتباري نفسه فهو لا يمكن أن يكون طرفاً يعني عقد العمل بوصفه عاملاً.

تعريف صاحب العمل / عرفت المادة ( الأولى / فقرة ثامناً) من قانون العمل النافذ صاحب العمل بأنه ( كل شخص طبيعي او معنوي يستخدم عاملاً او اكثر لقاء اجر أياً كان نوعه) ومن هذا التعريف يتضح أن صاحب العمل بخلاف العامل . يمكن ان يكون شخصاً طبيعياً او معنوياً . مع ملاحظة انه اذا كان معنوياً يجب ان يكون من (الأشخاص المعنوية الخاصة) لان علاقة العمل التي يكون احد الاشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها تخرج عن نطاق سريان قانون العمل . ولا يشترط قانون العمل النافذ في صاحب العمل ان يتخذ من العمل الذي يزاوله حرفة او مهنة ، ويترتب على عدم اشتراط ذلك ، أن الشخص الذي يستخدم عاملاً او اكثر في أي عمل ، سواء دخل في مهنته المستخدم (بكسر الدال) ام لا ، يعد صاحب عمل ، وتخضع علاقته بالعامل لقانون العمل ، متى كان أداء العمل لقاء اجر ، وتحت اشراف وتوجيه صاحب العمل.

كما ان القانون لم يشترط في صاحب العمل ان يسعى في عمله الى الكسب المادي او الربح ، لذلك فإن الجمعيات الدينية والخيرية والتنظيمات النقابية وما شابهها ، تعد صاحب عمل بالمعنى القانوني ، وتخضع علاقتها بعمالها لاحكام قانون العمل .

### أهلية طرفي العقد /

لم يورد قانون العمل النافذ نصوص خاصة تحكم اهلية طرفي العقد وذلك فإن هذه الاهلية تخضع للقواعد العامة التي تحكم الأهلية.

و وفقاً للمادة (93) ق م فإن الأصل في الإنسان الأهلية ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يجد منها، وعدم الأهلية أو نقصها يتأثران وفقاً لاحكام القانون المدني بالسن فهو يميز في هذا الشأن بين ثلاث مراحل:

أولاً/ مرحلة عدم التمييز:

تبدأ من اليوم الأول لولادة الإنسان وحتى اتمامه السابعة من عمره.

ثانيا / مرحلة التمييز:

تبدأ باليوم الأول من السنة الثامنة من عمر الإنسان وتنتهي بأكمله الثامنة عشر.

ثالثا/ مرحلة الرشد

تبدأ من اليوم الأول من السنة التاسعة عشر من العمر.

ويعتبر القانون عديم التمييز ، عديم اهلية الأداء وهو لذلك لا يستطيع أن يباشر أي نوع من أنواع العقود.

اما المميز فيعتبر ناقص الأهلية وهو يستطيع أن يباشر من العقود ما كان نافعا نافعا محضا فقط اما العقود الضارة ضرراً محضاً فإنه لا يستطيع مباشرتها في حين تنعقد العقود الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي.

اما من بلغ سن الرشد فيعتبر كامل الأهلية ما لم تتأثر أهليته بأحد العوارض ويكون له أن يباشر العقود جميعاً.

وعقد العمل باعتباره من عقود المعارضة، يعتبر من العقود الدائرة بين النفع والضرر، وعليه لا يمكن أن يباشره عديم التمييز ، اما المميز فإن له أن يباشره إلا أنه ينعقد موقوف على إجازة الولي، على أنه لا بد ملاحظة انه إذا كان المميز طرفاً في عقد العمل باعتباره صاحب عمل فإن هذا الحكم لا يعمل به إذا كان المميز مأذوناً له بالتجارة حيث يعتبر المميز المأذون له بالتجارة بمنزلة الراشد .

أما إذا كان المميز طرفاً في عقد العمل باعتباره عاملاً، فإن هذا العقد ينعقد موقفاً على إذن الولي، إذا كان الحدث قد بلغ السن المحددة في قانون العمل التي يجوز فيها اشتغال الحدث، أما إذا كان الحدث دون هذه السن فإن العقد يقع باطلاً لمخالفته قاعدة قانونية امره.

ويرى الفقه ان من مقتضيات تيسير التعامل تقضي بأن يقرر قانون العمل اهلية الحدث لمباشرة عقد العمل ببلوغ سن العمل المقررة فيه ، فينعقد العقد بذلك صحيحاً نافذاً .

### التراضي

يقصد بالتراضي قانوناً اتفاق إرادتين على أحداث أثر قانوني ولكي يكتسب التراضي مثل هذا الوصف لا بد من التحقق من وجوده و صدوره عن إرادتين صحيحتين ووقوعه على المسائل الجوهرية .

### وجود التراضي

يتحقق وجود التراضي في عقد العمل كغيره من العقود بتطابق إرادتي طرفيه، وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني ، ويقضي هذا أن يلتقي الإيجاب الصادر عن صاحب العمل أو العمل بقبول الطرف الآخر.

وتثور في هذا الإطار نقاشات بعد الأسلوب الذي يتبعه اصحاب العمل في الإعلان عن حاجتهم إلى عمال وفقاً لشروط معينة ، حيث يقوم الاختلاف هنا بشأن تكييف هذا الإعلان على انه ايجاب بات ام لا ؟

اذ يتوقف الإيجاب البات في هذه المسألة تحديد الطبيعة القانونية لما سيترتب على قبول العامل انعقاد العمل، اما إذا قلنا بخلاف ذلك فإن العقد لا ينعقد بهذا القبول.

وفي تقديرنا ان الوصف الصحيح لهذا الإعلان هو (دعوة للتعاقد) تخضع للأحكام الواردة في المادة (80) من القانون المدني، و عليه فإذا عرض احد العمال بالعمل بالشروط التي سبق أن اعلنها صاحب العمل، فإن ما يصدر عن العامل ينكف القانونا على أنه ايجاب بات صادر عن العامل، إذا قبله صاحب العمل انعقد العقد.

والتساؤل في الفقه يدور حول مدى حرية صاحب العمل في أن يرفض الإيجاب الموجه إليه من العامل، مادام قد عرض على الجمهور التعاقد بالشروط التي سبق أن اعلنها.

ويرى الفقه ان صاحب العمل حر في أن يقبل التعاقد مع العامل أو يرفضه، لذا لا يمكن اجباره على التعاقد، غير أن هذا لا يعني الخروج على ما تقتضي به القواعد العامة بشأن مسؤولية صاحب العمل عن تعويض العامل في هذه الحالة متى توفرت اركان المسؤولية التقصيرية .

و حيث أن عقد العمل من العقود الرضائية فإنه ينعقد بالتقاء الإيجاب بالقبول دون اشتراط اية شكلية،ولهذا لا تشترط الكتابة لأنعقاده وهو ما جاء به قانون العمل النافذ في (المادة أولاً - فقرة ٩-).

التراضي على المسائل الجوهرية في العقد / نصت المادة (٣٧/أولاً) من قانون العمل النافذ على ان ( يبرم عقد العمل شفويا او تحريريا باتفاق طرفيه المتمثلين بصاحب العمل والعامل وفي حالة عقد العمل يتولى صاحب العمل تنظيم عقد العمل كتابيا و محررا بثلاث نسخ موقع عليها من قبله ومن قبل العامل ويحفظ كلا منهما بنسخته وتودع النسخة الثالثة لدى الدائرة، ويجب أن يتضمن عقد العمل بالحد الأدنى البيانات الآتية:

١- اسم صاحب العمل ونوع المشروع وعنوانه.

٢- اسم العامل وتاريخ ميلاده ومؤهله و مهنته ومحل إقامته وجنسيته.

٣- طبيعة ونوع العمل ومدته وتاريخ بدئه.

٤- الأجر وأية مزايا أو مكافآت يستحقها العامل بموجب شروط العمل النافذة وطريقة وموعد ومكان أداء الأجرة المتفق عليه.

٥- ساعات العمل وطريقة تقسيمها.

ويفهم من النص أعلاه أن المشرع العراقي أوجب تضمين عقد العمل سواء أكان شفهيًا أم تحريريًا عددًا من البيانات التي ذكرها ولا يوجد أدنى شك في أن ما تم ذكره من بيانات لعقد العمل التي أوجبها المشرع أنها وردت على سبيل المثال ولا يوجد ما يمنع الاتفاق على بعض التفاصيل في حدود النظام العام والآداب. فالتراضي بين طرفي عقد العمل لا يتناول عادة إلا الأمور الجوهرية وهي (العمل المطلوب، و مقدار الأجر الذي يحصل عليه العامل، و مدة العقد).

ونرى أنه ليس من الضروري لإبرام عقد العمل اتفاق الطرفين على جميع المسائل، فالعقد يعتبر قد تم ولو كان الطرفان قد اتفقا على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها. وإذا قام خلاف على المسائل

التي لم يتفق لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وإحكام القانون والعرف والعدالة.

### ١- التراضي على العمل

يخضع التراضي على نوع العمل لما يخضع له محل العقد من أحكام وارادة في القانون وفقاً للمادة (127) من القانون المدني يجب أن يكون العمل ممكناً ، ولا بد من التمييز بين أثر الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، فإذا كان العمل مستحيلاً استحالة مطلقة فالعقد باطل، أما إذا كان العمل مستحيلاً استحالة نسبية فإن العقد ينعقد صحيحاً ، ويسأل المتعاقد عن عدم التنفيذ متى توافرت أركان المسؤولية المدنية.

ما المادة (١٣٠) من القانون المدني، فإنها تقتضي بأن يكون محل العقد مشروعاً وعليه يجب أن يكون العمل محل العقد غير ممنوع قانوناً، ولا مخالفاً للنظام العام والآداب وإلا كان العقد باطلاً .

أما من حيث تحديده، فإنه يجب أن يعين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، كما تقتضي بذلك المادة (128 أولاً) من القانون المدني، ما لم يكن معلوماً عند المتعاقدين و يترتب على عدم تحديد نوع العمل بطلان العقد .

### ٢- التراضي على الأجر

يشترط في التراضي على الأجر أن يتفق طرفا العقد على مقدار الأجر، على أن يراعى في اتفاقهما ما تقتضي به القواعد القانونية الأمرة المحددة للأجر، غير أن عدم اتفاقهما على تحديد مقدار الأجر صراحة، لا يعني من ناحية أن العامل لا يستحق الأجر، كما أنه من ناحية أخرى لا يترتب عليه بطلان العقد، و من ذلك إلى أن القانون المدني يقضي في المادة

(903) منه بأن (يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر، إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً ليس مما جرت العادة على التبرع به، أو عملاً داخلاً في مهنة من اداه، فإذا لم ينص العقد على مقدار الأجر، قدر بأجر المثل ) ، ويبدو نص المادة (١/٦٨٢) من القانون المدني المصري أكثر مرونة في هذا الشأن فيما يتعلق بتقدير الأجر في هذه الحالة ، فهو يقضي بأنه ( في حالة ما إذا لم تنص - العقود الفردية أو العقود الجماعية أو لوائح المصنع - على الأجر الذي يلتزم به صاحب المصنع ، اخذ بالسعر المقرر لعمل من ذات النوع ان وجد ، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة ، وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل فان لم يوجد عرف ، تولى القاضي - تقدير الأجر - وفقاً لمقتضيات العدالة .

### ٣- التراضي على المدة

الأصل ان يكون لطرفي العقد الحرية في تحديد مدة العقد ، الا ان قانون العمل النافذ لسنة ٢٠١٥ يضع مبدأ يحد من هذه الحرية في المادة (٣٨- فقرة ثانياً) ( لا يجوز تحديد مدة العقد في الاعمال ذات الطبيعة المستمرة الا اذا اقتضت متطلبات العمل الاستعانة بعمال إضافيين لمدة وعمل معينين ) .

وبمقتضى هذا النص فان جواز تمديد مدة العقد من عدمه يخضع لمعيار واحد وهو طبيعة العمل محل العقد ، فهي التي تحدد ما اذا كان بالإمكان انعقاد العمل لمدة محدودة ام لا .

ومؤدى ذلك انه لا عبرة بالتحديد الزمنى الوارد في العقد متى كان العمل محل العقد ذا طبيعة دائمية ، حيث يقع الشرط المحدد للمدة في هذه الحالة باطلا وسينعقد ابتداء على مدة غير محددة .

الا ان النص المذكور أورد استثناءً على القاعدة المتقدمة ، أجاز فيه تحديد مدة العقد الوارد على عمل ذا طبيعة مستمرة ( اذا اقتضت متطلبات العمل الاستعانة بعمال إضافيين لمدة وعمل معينين ) .

ويرى الفقه ان هذا الاستثناء يهدم ما تقرره القاعدة ، ذلك لان تقدير ما اذا كانت متطلبات العمل تقتضي الاستعانة بعمال إضافيين ، يدخل ضمن سلطة صاحب العمل في الإدارة ، وما دام المشرع لم يضع ضوابط موضوعية لتقدير تلك المتطلبات ، فان تقديرها يكون من اطلاقات صاحب العمل وعليه فان قراره لا يخضع لرقابة القضاء الا في حالة تعسفه في استعمال حقه ، طبقا لاحكام نظرية التعسف في استعمال الحق ، وبناء على ذلك فهذا الاستثناء يفتح ثغرة في التشريع ، يستطيع صاحب العمل النفاذ منها للالتفاف على حكم النص ، وذلك بتحديد مدة للعقد الوارد على عمل ذات طبيعة مستمرة بدعوى ان متطلبات العمل اقتضت تشغيل العامل مؤقتًا .

علما بان المشرع العراقي قد بين في المادة (38 / فقرة اولا و ثالثا) ان عقد العمل محدد المدة يبرم لتنفيذ عمل معين او تقديم خدمة معينة محددة متعلقة بعمل او مشروع ينتهي في تاريخ معين او تاريخ متوقع على ان لا تزيد مدة العقد عن سنة واحدة وان العامل في عقد العمل محدد المدة يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها العامل بعقد عمل دائمي ، كما ان الفقرة رابعا من المادة لمذكورة قد اشارت الى ان عقد العمل يكون غير محدد المدة اذا تم تجديده اكثر من مرة واحدة .

