



معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)

عقود البناء والمقاومات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق

محمود فياض

2013



تم انجاز هذه الدراسة بدعم مشكور من
برنامج الامم المتحدة الانمائي UNDP/PAPP

Empowered lives.
Resilient nations.

عقود البناء والمقاومات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق



معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)

عقود البناء والمقاومات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق

محمود فياض

2013

معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)

تأسس في القدس عام 1994 كمؤسسة مستقلة، غير ربحية متخصصة في أبحاث السياسات الاقتصادية والاجتماعية. يوجه عمل ماس من قبل مجلس أمناء يضم شخصيات مرموقة من أكاديميين ورجال أعمال من فلسطين والدول العربية.

رسالة المعهد

معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، ملتزم بعمل أبحاث السياسات الاقتصادية والاجتماعية وفق أولويات التنمية في فلسطين بهدف المساعدة في صناعة السياسات الاقتصادية والاجتماعية وتعزيز المشاركة العامة في مناقشتها وصياغتها.

الأهداف الاستراتيجية

- ✧ عمل أبحاث ودراسات وفق أولويات واحتياجات صانعي القرار للمساعدة في اتخاذ قرارات ورسم سياسات مستندة للمعرفة.
- ✧ تقييم السياسات الاقتصادية والاجتماعية وتبيان تأثيرها على مختلف المستويات، وذلك لمراجعة وتصحيح السياسات المطبقة.
- ✧ توفير منبر حر للنقاش العام والديمقراطي حول قضايا السياسات الاقتصادية والاجتماعية للمهتمين وأصحاب الشأن.
- ✧ تقديم ونشر معلومات ونتائج الأبحاث الحديثة عن القضايا الاقتصادية والاجتماعية.
- ✧ تقديم الدعم الفني والمشورة المتخصصة لمؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية، والقطاع الخاص والمنظمات غير الحكومية لدعم مشاركتهم وانخراطهم في عملية صياغة السياسات.
- ✧ تقوية القدرات والمصادر لعمل أبحاث السياسات الاقتصادية والاجتماعية في فلسطين.

مجلس الأمناء

جواد ناجي، جهاد الوزير، رجا الخالدي، سمير حليلة (أمين الصندوق)، صبري صيدم، غسان الخطيب (الرئيس)، لانا أبو حجلة، لؤي شبانة (أمين السر)، ماجدة سالم، محمد مصطفى، نافذ الحسيني، نبيل قسيس، سمير عبد الله (المدير العام).

حقوق الطبع والنشر محفوظة © 2013 معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)

ص.ب. 19111، القدس وص.ب. 2426، رام الله

تلفون: 2987053/4، فاكس: 2987055، بريد إلكتروني: info@mas.ps

الصفحة الإلكترونية: www.mas.ps



معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)

عقود البناء والمقاولات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق

محمود فياض

2013

المشروع: تقوية سيادة القانون وتعزيز التنمية الاقتصادية من خلال تحسين تنفيذ التعاقدات

رئيس الفريق: د. سمير عبد الله

الإشراف القانوني: د. أنيس فوزي قاسم

عقود البناء والمقاومات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق

الباحث: د. محمود فياض

المراجعة والتقييم: د. جميل طاهر

د. أمين دواس

د. محمد ظرف

التسيق الفني: لينا عبد الله

التمويل: تم إنجاز هذه الدراسة بدعم مشكور من قبل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP/PAPP –

برنامج سيادة القانون وتحقيق العدالة في الأراضي الفلسطينية المحتلة



Empowered lives.
Resilient nations.

معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)

القدس ورام الله

2013

حقوق الطبع والنشر محفوظة © (ماس)

ISBN 978-9950-374-33-1

تقديم

تشكل هذه الدراسة إحدى دراسات برنامج "تقوية سيادة القانون وتعزيز التنمية الاقتصادية من خلال تحسين تنفيذ التعاقدات" الذي يعبه المعهد بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP. وهي تهدف إلى تحديد نقاط الضعف في البيئة القانونية وتطبيقاتها في قطاع بناء المساكن الخاصة بغرض الخروج بتوصيات من شأنها زيادة فعالية تنفيذ التعاقدات في هذا القطاع الحيوي، وبما يحقق العدالة لجميع الأطراف المشاركة فيها. أن الأسر التي تبني بيوتها بمدخرات العمر لتحسين نوعية حياتها، تفتقد للخبرة الفنية في مجال بناء المساكن، في ظل بيئة قانونية معقدة وقديمة وغير مكتملة.

ولتحقيق هذا الغرض تتناول الدراسة بالتحليل البيئة القانونية لتعاقدات البناء والإنشاءات وتطبيقاتها على أرض الواقع بحثاً عن نقاط الضعف التي تشكل المصدر الرئيسي للنزاعات فيها، كما تتناول الدراسة تحديد نقاط الضعف في وسائل حل النزاعات بهدف تحسينها وزيادة فعاليتها.

مع انجاز هذه الدراسة أتقدم بالشكر للباحث الرئيسي ومساعديه، وجميع الذين قدموا معلومات قيمة ساعدتهم في مهمتهم. كما اشكر مراجعي الدراسة، ومناقشيه، وجميع المشاركين في ورشة العمل المتخصصة، وفي المؤتمر الذي عرضت فيه نتائجها. وأخص بالشكر وزير العدل على كلمته القيمة في افتتاح المؤتمر، وممثلي نقابة المهندسين واتحاد المقاولين على مداخلتهم القيمة، التي اسهمت في تطوير توصيات الدراسة. في الختام أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج سيادة القانون وتحقيق العدالة في الاراضي الفلسطينية المحتلة، على دعمه لتنفيذ هذه الدراسة.

د. سمير عبد الله

المدير العام

المحتويات

1	1- مقدمة
5	2- تكوين عقد المقاولة
5	1-2 الواقع التنظيمي لعقد المقاولة في فلسطين
6	1-1-2 المفهوم القانوني لعقد المقاولة
7	2-1-2 دور اتحاد المقاولين الفلسطينيين في تنظيم أعمال المقاولة
10	3-1-2 الشروط الفلسطينية العامة والخاصة بعقد الفيديك (1999)
14	2-2 خصائص عقد المقاولة
15	1-2-2 الخصائص القانونية لعقد المقاولة
18	2-2-2 كتابة عقد المقاولة في الواقع الفلسطيني
24	3-2-2 الإشراف الهندسي في عقد المقاولة
28	4-2-2 نماذج عقود البناء المستخدمة في فلسطين
31	5-2-2 الشكلية في عقد المقاولة وفقاً لنموذج عقد الفيديك
32	3-2 محل عقد المقاولة
32	1-3-2 العمل المقدم من المقاول
37	2-3-2 البديل في عقد المقاولة
41	3-3-2 الكيل العرفي والهندسي في عقد المقاولة
47	3- آثار عقد المقاولة
47	1-3 التزامات المقاول
48	1-1-3 الطبيعة القانونية لالتزامات المقاول
50	2-1-3 التزام المقاول بجودة مادة العمل المقدمة
51	3-1-3 التزام المقاول بتقديم كفالة حسن التنفيذ
53	4-1-3 الحفاظ على مصلحة صاحب العمل
54	5-1-3 تقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات
54	6-1-3 إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد
56	2-3 المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس في عقود المقاولات

56	1-2-3 تقدير الأضرار في عقود المقاولات
59	2-2-3 المسؤولية العقدية للمقاول في عقود المقاولات
60	3-2-3 المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس بالتضامن تجاه صاحب العمل
65	4-2-3 آثار الإخلال بالمسؤولية العقدية
66	5-2-3 مسؤولية المقاول والمقاول من الباطن تجاه صاحب العمل
69	6-2-3 سقوط دعوى الضمان بالتقادم
71	3-3 التزامات صاحب البناء
71	1-3-3 الالتزام بتسليم ما تم من العمل بعد إنجازه
72	2-3-3 الالتزام بدفع البديل عند تسلم المعقود عليه
72	3-3-3 حكم الأعمال التغييرية التي قد تنشأ أثناء مباشرة العمل
77	4-3-3 سلطة القاضي في تعديل البديل في حالات الظروف الطارئة
81	4-3 انقضاء عقد المقاولة
82	1-4-3 إنجاز العمل المتفق عليه أو فسخه باتفاق الطرفين أو بقرار قضائي
83	2-4-3 استحالة تنفيذ العمل
85	3-4-3 وفاة المقاول
86	4-4-3 إقالة رب العمل للمقاول دون وجود أسباب جدية لذلك
89	4- تسوية منازعات عقود المقاولات
91	1-4 طبيعة نزاعات عقود المقاولة وأثرها
91	1-1-4 أسباب نزاعات عقود المقاولات
93	2-1-4 تعطيل العمل في عقود المقاولات أثناء النزاع
95	2-4 وسائل تسوية منازعات عقود المقاولات
96	1-2-4 دور مكاتب المحافظة في تسوية منازعات عقود المقاولات
98	2-2-4 دور المهندس الاستشاري في تسوية منازعات عقود المقاولة
104	3-2-4 دور مجلس تسوية المنازعات في تسوية منازعات عقود المقاولة
109	4-2-4 دور التحكيم في تسوية منازعات عقود المقاولة
116	5-2-4 تسوية نزاعات عقود المقاولات أمام المحاكم النظامية
121	4- التوصيات
123	المراجع

125 قائمة المقابلات (بدون ألقاب)

129 الملاحق

- 131 ملحق (1): الحدود الدنيا للمساحة وطول الواجهة المطلوبة
- 131 في طلبات الترخيص
- 132 ملحق (2): نسب مساحات البناء قياساً لمساحة الأرض وحدود الارتدادات
- 134 ملحق (3): كوتة الحصص الهندسية في التصميم والإشراف
- 134 للمهندسين المسجلين في التصميم
- 135 ملحق (4): الحصص الهندسية للمكتب أو الشركة الهندسية
- 135 في التصميم والإشراف (بالمتر المربع)
- 135 ملحق (5): سقف المشروع الواحد المسموح به لفئات
- 135 المكاتب الهندسية للتصميم والإشراف
- 136 ملحق (6): الحد الأدنى للأتعاب الهندسية لمخططات الترخيص
- 137 ملحق (7): اتفاقيه مقاوله بناء

المخلص التنفيذي

تهدف هذه الدراسة إلى بيان التنظيم القانوني لعقود البناء والمقاولات في فلسطين، ومدى ملاءمته للواقع العملي، في ظل غياب تنظيم قانوني خاص لهذه العقود في مجلة الأحكام العدلية (القانون المدني المطبق في فلسطين)، حيث اكتفت المجلة بتنظيم عقود الاستصناع وعقود إجارة الآدمي، التي تختلف في جوهرها وطبيعتها عن عقود البناء والمقاولات بشكل كبير. أدرك المشرع الفلسطيني مؤخراً أهمية هذا التنظيم القانوني، وأفرد لعقود المقاولات تنظيمًا قانونيًا خاصاً ضمن أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني، الذي لم يقر حتى اللحظة بواسطة المجلس التشريعي الفلسطيني.

في المقابل، أقر المشرع الفلسطيني في العام (2006) تطبيق نموذج عقد (الفيديك) بمعناه الموسع (الكتاب الأحمر)؛ لينظم عقود بناء العطاءات الحكومية. يتعامل القطاع الخاص بالنموذج ذاته في عقود الإنشاءات الكبرى في فلسطين؛ لإيمانه بشمولية هذا النموذج العقدي وعدالته. في المقابل، أظهرت نتائج البحث الميداني عدم نجاعة مثل هذا النموذج في تنظيم عقود المقاولات الصغيرة والمتوسطة، التي تشكل أساس العمل الإنشائي في فلسطين من حيث العدد والقيمة، ما يجعلنا أمام فراغ تشريعي واضح في التعامل مع هذه العقود.

اقتصر نطاق البحث في هذه الدراسة على عقود البناء والمقاولات الصغيرة، التي يغلب عليها الطابع الخاص أو الاستهلاكي وليس التجاري، دون أن تبحث كثيراً في عقود العطاءات الحكومية وعقود البناء والمقاولات الكبيرة (المشروعات الكبيرة). يعود السبب في تحديد هذا النطاق إلى هدف الدراسة الساعي إلى استجلاء عدالة التنظيم القانوني الناظم لعقود البناء والمقاولات، ومدى تمثيل مصالح طرفي العقد بشكل متوازن، حيث يشير الواقع العملي إلى وجود ثلاثة أنواع من عقود البناء والمقاولات على الصعيد الوطني، تختلف

فيما بينها من حيث مدى توازن العلاقة التعاقدية بين أطرافها، وهذه العقود هي عقود العطاءات الحكومية، وعقود البناء والمقاولات الكبيرة، وعقود البناء والمقاولات الصغيرة. في عقود العطاءات الحكومية، يتم التعاقد بين مؤسسة حكومية وشركة قطاع خاص على إنجاز العمل المطلوب من خلال إجراءات طرح عطاءات منصوص عليها قانوناً، ونماذج عقدية تدرج بوصفها جزءاً من العطاء المطروح كما هو موضح أدناه في الدراسة. عادة ما يراعي هذا النموذج مصالح طرفي العقد بشكل متوازن، ولاضير إن تعسف القطاع العام في بعض من حقوقه القانونية؛ لتحقيق مصالح عامة، وتغليبها على المصلحة الخاصة للطرف المقابل. تترك الشركة الراغبة في التعاقد كافة حقوقها وواجباتها القانونية، وتتمتع بخبرة ودراية مهنية كافية في التعامل مع هذه العقود. فيما يتعلق بالنوع الثاني من العقود، تتم هذه العقود بين شركات وهيئات تجارية ربحية في الأساس، ولكل منها تمثيل هندسي وقانوني متوازن يسمح لها بفرض مصالحها التجارية بشكل متوازن مع الطرف المقابل في العقد. عادة ما يتضمن العقد تمثيل مصالح طرفيه بشكل متوازن عادل كوننا نتحدث عن علاقة قانونية بين مهنيين؛ وبالتالي لن نحتاج إلى تدخل تشريعي لحماية أي من طرفي العقد على أساس إعمال قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". أخيراً، تبدو أهمية هذا التدخل التشريعي في فلسطين في النوع الثالث من العقود (العقود الصغيرة)، التي يتعاقد فيها الطرفان شفاهة مفترضين حسن النية في التنفيذ، وعند تعارض المصالح والنزاع نجد أنفسنا أمام فراغ تشريعي واضح؛ بسبب عدم وجود قواعد خاصة تنظم أحكام عقود البناء والمقاولات، ما يجعلنا أمام حتمية تطبيق القواعد القانونية العامة (قواعد الضمان في الفقه الإسلامي)، التي لا تراعي واقع الضعف التعاقدى لرب العمل، أو الاحتكام إلى الأعراف المهنية التي غالباً ما تنتصر لمصالح المفاوض القانونية. من هذا المنطلق، تأتي أهمية هذه الدراسة لتؤسس لضرورة وجود تدخل تشريعي واضح يحمي الطرف الضعيف في هذه الرابطة العقدية.

تتبع أهمية هذه الدراسة من انتشار العمل بمثل هذه العقود الصغيرة في السوق الوطنية بشكل كبير، حيث تشير البيانات الصادرة عن الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني إلى انتشار العمل بمثل هذه العقود بشكل كبير في السوق الوطنية؛ حيث بلغت قيمة الانفاق على إنشاء المباني الجديدة والإضافات في العام (1997) ما يقرب من (700) مليون دولار أمريكي لترتفع في العام (2012) لتبلغ ما يقرب من (909) مليون دولار أمريكي أي بمعدل زيادة قدره (30%). كما بلغ عدد رخص الابنية الممنوحة في الربع الأول من العام (2013) عدد (2281) رخصة منها عدد (2053) رخص لوحدات سكنية (أي ما نسبته 90% من جمالي الرخص الممنوحة). كما بلغ عدد الوحدات السكنية المرخصة في ذات الفترة ما مجموعه (4159) من أصل (4208) وحدة سكنية (أي ما نسبته 98% من اجمالي عدد الوحدات المرخصة). لم تختلف هذه القراءات كثيراً عن ما كان قائماً في العقدين الاخيرين؛ ما يعكس انتشار العمل بمثل هذه العقود البسيطة بشكل كبير.¹

اتبعت هذه الدراسة المنهج التحليلي الوصفي الاستقرائي المقارن. يتمثل المنهج التحليلي في قراءة النصوص القانونية العامة وتحليلها، النازمة لنظرية العقد في فلسطين، وإسقاطها على عقود المقاولات بما يناسب طبيعة مثل هذه العقود وخصائصها. يظهر المنهج الوصفي من خلال وصف الواقع العملي لعقود المقاولات في فلسطين من حيث: تكوينها، وآثارها، وتسوية منازعاتها، إضافة إلى بيان الإشكالات العملية التي تتقاطع مع هذه المواضيع، ومدى اختلافها مع الواقع النظري. اعتمدت الدراسة بشكل كبير على نتائج مقابلات البحث الميداني، حيث قام فريق البحث الميداني بإجراء ما يقرب من (50) مقابلة شملت الفئات ذات العلاقة بموضوع البحث (مهندسون، استشاريون، مقاولون، محامون، قضاة...الخ) في مناطق الضفة الغربية والقدس الشرقية. هدف البحث

¹ لمزيد من التفاصيل يرجى مراجعة الاحصاءات الصادرة عن الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني المتعلقة بقطاع الانشاءات.

الميداني في مجمله إلى خدمة أهداف المنهج الاستقرائي، من خلال استنباط قواعد قانونية عامة مما تم جمعه من معلومات تفصيلية يمكنها أن تؤسس لشكل التنظيم العملي لواقع عقود المقاولات في فلسطين وملاحمه. أخيراً، كان للمنهج المقارن دور مهم في الخروج بتوصيات عملية من خلال مقارنة التنظيم القانوني بالواقع العملي، وأخيراً بنموذج عقد (الفيديك) باعتباره النموذج الدولي الذي تم تبنيه بواسطة كافة الأنظمة القانونية المقارنة، إضافة إلى شمولية أحكامه وعدالتها، وهذا ما ظهر جلياً أيضاً من نتائج البحث الميداني.

تتكون الدراسة من ثلاثة أجزاء رئيسية. يبحث الجزء الأول في تكوين عقد المقولة، ويهدف إلى بيان مفهوم عقود البناء والمقاولات وماهيتها، ودور اتحاد المقاولين الفلسطينيين في تنظيم أعمال البناء والمقولة في فلسطين، وماهية نموذج عقد (الفيديك) الذي تم تبنيه لمشروعات العطاءات الحكومية. يبحث هذا الجزء من الدراسة في خصائص عقد المقولة، واتباع الشكلية في تنظيمه على الصعيد النظري والعملي، ودور الإشراف الهندسي في إضفاء جانب من الشكلية على هذه العقود، وطبيعية الالتزامات التي يقدمها كل طرف في هذه العقود، لتنتهي أخيراً ببيان الكيل العرفي والكيل الهندسي بوصفها وسائل أساسية لقياس البديل في هذه العقود، وعامل اختلاف برز في مقابلات البحث الميداني، تُثار بسببه العديد من النزاعات في الواقع العملي.

يبحث القسم الثاني من الدراسة في آثار عقد المقولة، التي تتمثل في التزامات طرفي العقد، وحالات انتهاء عقد المقولة. يتمثل الالتزام الرئيس للمقاول في تقديم العمل المتفق عليه وكفالة جودته على نحو يمكن المالك من استغلال البناء والاستفادة منه على الوجه المطلوب. قد تتقاطع مسؤولية المقاول مع مسؤولية المهندس في بعض الحالات تبعاً لطبيعة أنواع الإشراف الهندسي المتفق عليه بين المالك والمهندس المشرف على المشروع، لتصل إلى حد التضامن الكامل بينهما متى كان الإشراف كلياً. إضافة إلى ذلك، يكون المقاول الرئيس مسؤولاً

عن جميع أعمال المفاوضين من الباطن متى تعاقد معهم على مسؤوليته الخاصة لإنجاز جزء من العمل المتفق عليه مع المالك.

يبحث الجزء الأخير من الدراسة في وسائل تسوية منازعات عقود المقاول، من خلال البحث في طبيعة نزاعات عقود المقاول، وأسبابها، والانتهاج ببيان وسائل تسوية هذه المنازعات. أظهرت هذه الدراسة تعدد هذه الوسائل لتشمل الوساطة والتوفيق، التي تمارسها الدوائر القانونية في مكاتب المحافظة، مثل المهندس الاستشاري، ومجلس فض منازعات العقد الذي قد يتفق عليه الطرفان أثناء التعاقد. أظهرت نتائج البحث الميداني نجاعة هذه الوسائل، وقلما تصل النزاعات إلى مرحلة التحكيم والقضاء، وهي الوسيلة الثانية في تسوية المنازعات عن طريق استصدار أحكام ملزمة للطرفين. أظهرت نتائج البحث الميداني تفضيل العاملين في هذا القطاع للتحكيم عن اللجوء إلى القضاء النظامي لعدة أسباب أهمها: عامل السرعة في تسوية النزاع.

في المجلد، أظهرت هذه الدراسة الحقائق والنتائج الآتية:

- ✧ عدم اهتمام النظام القانوني القائم في فلسطين بتنظيم عقود البناء والمقاولات بما يتناسب مع انتشار العمل بهذه العقود.
- ✧ توافر عنصر الشكلية في هذه العقود (الكتابة والتوثيق) فقط في المشاريع الحكومية، وشركات المقاولات ذات التصنيف الحكومي، ومشاريع البناء ذات الإشراف الهندسي. في المقابل، يغلب على باقي الاتفاقيات (العقود البسيطة) الرضائية، وعدم الكتابة ما يجعلها عرضة لنزاعات مستقبلية بين طرفيها.
- ✧ انتشار طائفة المقاولين العاملين في هذا القطاع الإنشائي دون ترخيص مسبق، أو تصنيف، أو أي نوع من أنواع الرقابة على أعمالهم (حوالي 95%)، ما يجعل من ضبط عمل مشروعات البناء والتشييد أمراً بالغ الصعوبة والتعقيد.

- ✧ عدم توافر الإشراف الهندسي الكلي الفعلي في الحالات التي نص عليها القانون، من خلال توقيع عقود إشراف هندسية شكلية بغرض تلبية متطلبات الترخيص فقط، ما يضر بغرض الإشراف الكلي وأهدافه في هذه المشاريع، وإثارة العديد من النزاعات أثناء تنفيذ عقد البناء وبعده.
- ✧ انتشار العمل ببعض عقود البناء النموذجية التي لا تصلح في مضمونها لتشمل جميع أعمال البناء المختلفة، حيث يحتاج كل نوع إلى شروط خاصة تناسب طبيعته.
- ✧ عادة ما يتحدد البديل في عقد البناء والمقاول بمقدار العمل الذي يقدمه المقاول الذي يُقاس بوحدات القياس الحسابية (الكيل). يعتبر هذا الكيل من أكثر أسباب نزاعات عقود البناء لاختلاف الكيل العرفي عن الكيل الهندسي، وعدم اتفاق طرفي العقد حول الكيل المعتمد مسبقاً، ما يؤدي إلى عدم تعادل المركز المعرفي لصاحب البناء والمقاول المتعلق بالكيل العرفي أثناء الاتفاق.
- ✧ يلتزم المقاول بكفالة العمل المقدم منه، عن طريق التنفيذ العيني أو التعويض، وفقاً لطبيعة أوجه الضرر الذي أصاب العمل وإمكانية صيانته. تبرز هنا أهمية الكفالات التي يقدمها المقاول لصاحب البناء لضمان تنفيذ هذه الإصلاحات.
- ✧ قد تتقاطع مسؤولية المهندس مع المقاول متى كان الإشراف الهندسي كلياً، وهنا يُسأل المهندس عن أعمال المقاول بالتضامن متى لم يراع المهندس متطلبات هذا الإشراف وشروطه، أو تهاون في فحص العمل قبل منح المقاول أدونات الصب أو استلام العمل.
- ✧ تتعدد أسباب نزاعات عقود البناء والمقاولات لتشمل: الكيل وطريقة احتسابه، والمواصفات وشمولية الأسعار، والأعمال التغييرية التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد، واستحقاق تمديد في الوقت، واستحقاق دفعات مالية إضافية، واستحقاق استرداد دفعات مالية مدفوعة، وسوء تنفيذ الالتزامات العقدية، وعدم تنفيذ الالتزامات العقدية.

✧ عادة ما تبدأ وسائل تسوية منازعات عقود البناء والمقاولات بالوساطة والتوفيق بين أطراف النزاع. هنا تعهد الدوائر القانونية بمكاتب المحافظات، للمهندس الاستشاري، ومجلس تسوية المنازعات المعين بواسطة طرفي العقد بدور مهم في هذه الوساطة.

✧ للمهندس الاستشاري دور مهم في تسوية منازعات عقود المقاولات في فلسطين، وهذا يتعارض مع توجهات تعديلات نموذج عقد (الفيديك) للعام (1999)، حيث أدرك واضعو هذا النموذج إمكانية عدم حيادية المهندس في تسوية هذه المنازعات، كونه معيناً بواسطة صاحب البناء ويمثل مصالحه، وبالتالي من الصعب تصور عدالة تدخله، ولذلك تم استبدال دور المهندس بدور مجلس فض المنازعات وفقاً لتعديلات نموذج عقد (الفيديك) في العام (1999).

✧ للتحكيم دور مهم في تسوية منازعات عقود المقاولات في فلسطين مقارنة بعمل الجهاز القضائي، حيث يكون لعامل الوقت دور مهم في هذه النتيجة، إضافة إلى إيمان أطراف النزاع بقدرة الخبراء والمختصين بالنظر في تسوية هذه المنازعات مقارنة بعمل القضاة غير المختصين في الجوانب الفنية الأساسية لموضوعات هذه النزاعات.

1- مقدمة

تشير بيانات الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني للعام (2011) إلى تنامي الاستثمار في قطاع المقاولات في هذا العام قياساً بالأعوام السابقة بشكل ملحوظ، حيث بلغت قيمة الإنفاق على إنشاء المباني ما يقرب من (890) مليون دولار،² ما يمثل نسبة (17%) من قيمة الناتج المحلي الإجمالي. تدل هذه الأرقام على ضرورة تدخل المشرع الفلسطيني لتنظيم العمل في هذا القطاع؛ لخدمة أهداف التنمية للاقتصاد الفلسطيني وتوجهاتها، وتنمية موارد السلطة والفرد على حد سواء. عادة ما تتحدد السياسة التشريعية لأي نظام قانوني بمعايير تنظيم القطاعات التجارية والاقتصادية وتنميتها، التي تسهم في بناء اقتصاد الوطن على نحو يتماشى مع ضوابط النظام الاقتصادي لهذه الدولة. من هنا، يبدأ المشرع بتنظيم القواعد القانونية العامة الناطمة لمعاملات الأفراد في هذا المجتمع بشكل عام، ويبدأ بعدها في تحديد ماهية المعاملات القانونية التي يجب أن يوليها عناية خاصة؛ بسبب انتشار العمل فيها بين الناس، ولصعوبة ضمان توحيد تنفيذ أحكامها اعتماداً على القواعد العامة فقط، ويطلق على طائفة العقود التي يغطيها هذا التنظيم القانوني الخاص بـ"العقود المسماة". من هنا، نجد اهتمام المشرع الوطني في كافة الأنظمة القانونية المقارنة، بوضع تنظيم قانوني خاص لعقود البيع، والإيجار، والوكالة، والكفالة، والرهن... إلخ، رغبة منه في تقنين عمل هذه العقود على نحو يناسب أهميتها ومكانتها في تعاملات الأفراد.

ما زالت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المدني الساري في فلسطين على الرغم من مرور ما يقرب من (140) عاماً على إصدارها³، وما زالت المحاكم الفلسطينية في كل من قطاع غزة والضفة الغربية تطبق نصوص هذه المجلة وأحكامها على النزاعات المدنية التي تتعلق بما ورد فيها. تتسم قواعد المجلة بالعموم، فهي في مضمونها قواعد

² لمزيد من التفاصيل حول هذه الإحصاءات يرجى مراجعة الرابط التالي:

<http://www.pcbs.gov.ps/Portals/Rainbow/Documents/building3-2011-a.htm> visited on 16/8/2012.

³ صدرت مجلة الأحكام العدلية في العام (1293) هجري.

عامة تحتاج إلى اجتهاد القاضي الوطني كي يضمن تطبيقها بشكل يناسب النزاع المعروض أمامه، كما أن قواعدها تتسم بعدم الحداثة ومواكبة التطور الاقتصادي والقانوني، الذي عاصرتة البشرية في العقود الماضية، ما يدفع القاضي الوطني إلى الاجتهاد كثيراً لقياس الواقعة القانونية التي ينظر فيها على النص القانوني الوارد في المجلة (المحامي بشير المحتسب، والمحامي يوسف حجازي). على سبيل المثال، تنظم المجلة إجارة الدواب بين العامة، وواجبات كل من المؤجر والمستأجر، التي قد تشمل إطعام الدابة والعناية بها وعيادتها إن اقتضت الضرورة ذلك، ليضمن تسليمها بالحالة والشكل التي استلمها عليها. في هذه الحالة، يستطيع القاضي الوطني قياس هذه الأحكام على حالات استئجار المركبات، التي لم تكن معروفة وقت إقرار المجلة وتطبيقها على النزاع المعروض أمامه.

عالج المشرع الأردني هذا الأمر في العام (1976) باستصدار القانون المدني الأردني رقم (1976/43)⁴، ليكون القانون المدني الناطم للعلاقات المدنية بين العامة، وقد نص هذا القانون على سريان مجلة الأحكام العدلية بموازاة نصوص القانون المدني بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، وفقاً لما نصت عليه المادة (1448)⁵، واستمد القانون المدني الأردني أحكامه من الفقه الحنفي وهو الأساس القانوني ذاته لمجلة الأحكام العدلية، مستفيداً في ذلك من القواعد العامة الواردة في هذا الفقه والمجلة، ليضع مجموعة من الأحكام الخاصة التي تناسب متطلبات المعاملات المدنية الحديثة وحاجاتها (المحامي إبراهيم عبيدات). يعمل المشرع الفلسطيني حالياً على إعداد مشروع قانوني مدني فلسطيني ليحل محل مجلة الأحكام العدلية، حيث استقى هذا المشروع جل أحكامه من القانون المدني المصري.

على صعيد التنظيم القانوني لعقد المقاولة، لم تضع مجلة الأحكام العدلية تنظيمًا خاصاً لعقد المقاولة، واستعاضت عنه بنوعين من العقود جرى تنظيمهما في محلين مختلفين من المجلة، هما عقود الاستصناع، وعقود إجارة الآدمي. ورد تنظيم عقد الاستصناع

⁴ القانون المدني الأردني رقم (1976/43) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1976/8/1، عدد 2645، ص 2.

⁵ نصت هذه المادة على أنه: يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية.

في الفصل الرابع من الباب السابع من الكتاب الأول، ضمن التنظيم القانوني لعقود البيع- كصورة من صور عقد البيع- في نصوص خمسة مواد فقط، هي المواد (388 إلى 392)، في حين جاء تنظيم عقد إجارة الأدمي في الفصل الرابع من الباب السادس من الكتاب الثاني، الذي تناول الإيجارات في نصوص المواد (562 إلى 581)، التي اهتمت ببيان أنواع الإيجارات دون أن تخوض في تفاصيل التزامات كل طرف متعاقد. يشير عقد الاستصناع إلى الاتفاق الذي بموجبه يقدم الصانع كلاً من العمل والمادة المطلوبة فيه، ويقوم بتصنيعها بدون إشراف ورقابة صاحب العمل وبيعها إلى المشتري، في حين يشير عقد إجارة الأدمي إلى الاتفاق على أن يقوم شخص بأداء عمل تحت رقابة صاحب العمل وإشرافه، لقاء أجر متفق عليه. جاءت القواعد النازمة لهذا النمط من العقود بوصفها قواعد عامة لا تحدد بشكل واضح حقوق طرفي العقد والتزاماته، والآثار المترتبة على مخالفة هذه الالتزامات، لذا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة لتطبيق هذه الآثار. يلاحظ في تعريف عقدي الاستصناع والإجارة استخدام المجلة لمصطلح (المقولة)، حيث اعتبرت مجلة الأحكام العدلية أن عقد الاستصناع هو عقد مقولة، يلتزم فيه الصانع بتقديم المادة المستخدمة في صناعة الشيء، في حين يعتبر عقد إجارة الأدمي بمثابة عقد مقولة، يعمل فيه العامل تحت إشراف صاحب العمل ورقابته فقط (كمال الدين جعيط 1992، ص 591).

لدى قراءتنا لواقع العمل القضائي للمحاكم الفلسطينية، لم نجد أي حكم قضائي يستخدم مصطلح الاستصناع أو إجارة الأدمي، بل وجدنا بعض الأحكام القليلة التي استخدمت مصطلح "المقولة"، حيث كان المبدأ القانوني الوحيد الذي يمكن استنتاجه من هذه الأحكام، هو التمييز بين عقد العمل وعقد المقولة في كون العامل غير تابع لرب العمل في عقد المقولة، في حين تتحقق هذه التبعية في عقود العمل.⁶ يبرر القضاء الفلسطيني هذا الأمر بعدم وجود أي اختلاف بين القواعد العامة لمجلة الأحكام العدلية والقواعد الخاصة بعقد المقولة في القانون المدني الأردني؛ لذا يجوز للقاضي الوطني اللجوء إلى

⁶ انظر قرارات محكمة النض الفلسطينية رقم: (2009/350)؛ (2009/250)؛ (2010/251)؛ (2009/101)؛ (2010/156)؛ (2010/261)؛ (2001/272)؛ (2009/317)؛ (2001/543)؛ (2001/901)؛ (1999/52)؛ (2009/52) المنشورة على موقع منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المفتي).

الأحكام الخاصة في القانون المدني الأردني لتفسير القواعد العامة للمجلة وتطبيقها، خاصة وأن المصدر واحد (القاضي رائد عصفور). إضافة إلى ذلك، عادة ما يؤدي الاجتهاد إلى الاختلاف، وبالتالي إذا اجتهد القاضي الوطني كثيراً في تفسير القواعد العامة وتطبيقها، ستعرض الأحكام القضائية إلى التنازع والاختلاف، ما سيفقد القاعدة القانونية أهم خصائصها وهي "العمومية والتجريد"، فما الضير إذن من اللجوء إلى قواعد خاصة مشابهة تعطيني تفسيراً واضحاً ودقيقاً لما جاء في القواعد العامة على نحو لا يتعارض مع روح القاعدة العامة وأهدافها (القاضي حمادة براهمة).

إضافة إلى ذلك، يتضمن النظام القانوني الوطني العديد من الضوابط العامة، التي ينبغي أخذها في عين الاعتبار عند البحث عن التنظيم القانوني العام لعقد المقاولة. عادة ما تخرج هذه الضوابط عن نطاق إرادة من يرغب في خوض تجربة البناء والإعمار، فهي قواعد عامة فرضها النظام القانوني العام ولا يملك الفرد إلا الامتنثال لها والتعامل معها كما هي. تتعلق هذه القواعد بداية بالقواعد العرفية النازمة لتحرير عقود المقاولة ونموذج عقد المقاولة الموحد (الفيديك)، الذي تبنته السلطة الفلسطينية، ومتطلبات الترخيص للأبنية سواء أمام الهيئات المحلية أو نقابة المهندسين، ودور اتحاد المقاولين الفلسطينيين في تنظيم عمل المقاولات في فلسطين، وتنتهي بقواعد فض المنازعات أمام المحاكم النظامية أو هيئات التحكيم الخاصة، وهذا يعني عدم وجوب شمول محتوى الدراسة لهذه الموضوعات لتحقيق الأغراض المرجوة منها.

للاوصول إلى الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، قُسمت الدراسة إلى ثلاثة أجزاء رئيسية؛ حيث سيبحت الجزء الأول في تكوين عقد المقاولة، وسينتقل الجزء الثاني للبحث في آثار عقد المقاولة، وستنتهي الدراسة ببيان تسوية منازعات عقود المقاولة. سيبحت كل جزء في الواقع القانوني النظري وفقاً لما تم تنظيمه في النظام القانوني الفلسطيني، ومن ثم سيتم الانتقال للحديث عن الواقع العملي وفقاً لما تم استنتاجه في البحث الميداني، وأخيراً سيتم الحديث عن هذا التنظيم القانوني وفقاً لما ورد في نموذج عقد (الفيديك) الذي تبنته السلطة الفلسطينية في العام (2006).

2- تكوين عقد المقاولة

تميز مجلة الأحكام العدلية بين الاستصناع، الذي يقدم فيه العامل العمل، إضافة إلى المادة الخام المستخدمة فيه من ناحية، واستئجار أرباب العمل، الذي يقتصر فيه تقديم العامل للعمل فقط دون المادة الخام المستخدمة فيه من ناحية أخرى. أخذت القوانين الحديثة بنظام عقد المقاولة، فجمعت بين الصورتين تحت عنوان (المقاولة) متى كان العامل غير تابع لصاحب العمل أثناء قيامه بالعمل المتفق عليه. لم تميز التشريعات المعاصرة بين قواعد تكوين عقد المقاولة وقواعد تكوين العقود الأخرى، فمنحت طرفي العقد مطلق الحرية في تضمين الشروط التعاقدية التي يترتبونها، ما دامت لم تخالف النظام العام والآداب. في المقابل، أفردت هذه التشريعات بعضاً من الخصائص العامة لعقد المقاولة، التي تميزه عن غيره بحيث تتناسب وطبيعة التزامات أطرافه. يبحث هذا الجزء من الدراسة في الواقع التنظيمي لعقد المقاولة في فلسطين، وخصائص عقد المقاولة، وسينتقل أخيراً لبيان محل عقد المقاولة.

2-1 الواقع التنظيمي لعقد المقاولة في فلسطين

لم تتناول مجلة الأحكام العدلية وضع تنظيم قانوني خاص بعقد المقاولة، واستعاضت عنه بتنظيم هذا الموضوع ضمن أحكام عقد الاستصناع وعقد إجارة الأدي، ما يعكس قصوراً تشريعياً واضحاً في تنظيم هذا العقد المهم. استدركت التشريعات العربية المعاصرة- ومنها مشروع القانون المدني الفلسطيني- هذا الأمر، وتم تنظيم عقد المقاولة ضمن طائفة العقود المسماة، كما اعتمدت السلطة الوطنية الفلسطينية في العام (2006) نموذج عقد (الفيديك) بشروطه العامة المتعارف عليها دولياً، لتنظيم مثل هذه العقود، وأضافت إليه بعض الأحكام الخاصة. علاوة على ذلك، ينشط اتحاد المقاولين الفلسطينيين في هذا المجال من خلال تنظيم سجلات المقاولين العاملين في هذا القطاع، وتنظيم نشاطهم التجاري بشكل ملحوظ. ستكون هذه المحاور مدار البحث في هذا القسم من الدراسة.

2-1-1 المفهوم القانوني لعقد المقاولة

يراد بالمقاولة في اللغة المفاوضة والمجادلة، وهو اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة (ابن منظور، ص 325). عرفت المادة (780) من القانون المدني الأردني على أنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".⁷ جاء تعريف عقد المقاولة في مجلة الأحكام العدلية تحت عنوان عقد الاستصناع، حيث ورد تعريف عقد الاستصناع على أنه "عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع".⁸ في حين جاء بيان لبعض أحكام عقد المقاولة في كتاب (مرشد الحيران)، دون ذكر تعريف له عند تنظيمه لأحكام الأجير المشترك، ومن ذلك ما ورد في المادة (602)، التي تنص على أنه "يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجرته كل ذراع أو متر يعمل، أو بالمقاولة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً". جاء تعريف عقد المقاولة في قرارات مجمع الفقه الإسلامي عند بحثه لعقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة، ونص على أن عقد المقاولة هو "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر. كما عرفه الفقه القانوني العربي على أنه اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد" (رفيق المصري 2001، ص 380).

يُعتبر عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل، التي يلتزم فيها أحد الطرفين بأداء عمل لصالح الآخر لقاء أجر، ويمتاز بقيام المقاول بالعمل مستقلاً عن إدارة صاحب العمل وإشرافه.⁹ على هذا الأساس قضت محكمة التمييز الأردنية أنه إذا كان العقد المبرم الذي يحكم العلاقة بين الطرفين هو عقد تعهد المدعي

⁷ يمثّلها نص المادة (646) من القانون المدني المصري والمادة (737) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁸ نص المادة (124) من مجلة الأحكام العدلية.

⁹ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/596.

بموجبه أن يجهز بيت المدعى عليه بالتدفئة المركزية، وأن يقوم بهذا العمل بما يحتاجه من تمديدات وصناعة لقاء بدل يتعهد به المدعى عليه، فالعقد بهذه الأوصاف والشروط هو عقد مقاوله ينطبق على تعريف المادة (780) من القانون المدني وليس عقد عمل.¹⁰

2-1-2 دور اتحاد المقاولين الفلسطينيين في تنظيم أعمال المقاوله

يُعتبر الاتحاد بمثابة مؤسسة فلسطينية غير ربحية، تهدف إلى تنظيم ممارسة مهنة المقاولات في فلسطين، والارتقاء بأداء المقاولين الفلسطينيين، وحماية مصالحهم. يمثل الاتحاد قطاع المقاولين في فلسطين، الذي يعد العمود الفقري لقطاع الإنشاءات الفلسطيني، وأحد دعائم الاقتصاد الوطني الفلسطيني. تم تأسيس الاتحاد بتاريخ 1994/6/1، واتخذ من مدينة القدس مركزاً رئيساً للاتحاد، ويكون للاتحاد فرعان رئيسان في الضفة الغربية وقطاع غزة، كما يحق للاتحاد فتح مراكز وفروع في المدن الفلسطينية الأخرى بقرار من مجلس إدارة الاتحاد.¹¹

يتمتع اتحاد المقاولين الفلسطينيين بالشخصية الاعتبارية، والاستقلال المالي والإداري، وله بهذه الصفة حق تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة اللازمة لتحقيق غاياته وأهدافه. يهدف الاتحاد في مجمل نشاطه إلى تحقيق ما يأتي:¹²

- ✧ تنظيم مزاوله مهنة المقاوله والرقى بمستواها.
- ✧ التعاون مع الجهات المختصة لتطوير وسائل التخطيط للمشاريع وأساليبه، وطرح العطاءات، وتنظيم العقود، وشروط تنفيذ الأعمال المتعلقة بها.
- ✧ الدفاع عن مصالح الأعضاء، والمحافظة على تقاليد مزاوله المهنة وشرفها، والمساعدة على حل الخلافات الناشئة بينهم.

¹⁰ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1985/25.

¹¹ لمزيد من المعلومات حول التعريف بالاتحاد يرجى زيارة الرابط التالي:

http://www.pcu.ps/index.php?action=all_introduction visited on 17/8/2012.

¹² وردت هذه الأهداف على الرابط الرسمي للاتحاد.

- ✧ تشجيع استثمار رؤوس الأموال في إنشاء الصناعات المساندة لأعمال المقاول، والخدمات اللازمة لنموها.
- ✧ التعاون مع الجهات المختصة في الأمور المتعلقة بأعمال المقاولات، بما في ذلك تطوير عقد المقاول، وحل الخلافات المهنية المتعلقة بالتصميم والإشراف، وتطوير الجوانب المهنية والفنية في المقاولات.
- ✧ تنمية قطاع المقاول الوطني وإسهامه في اقتصاد البلاد، وحماية مؤسسات المقاول الوطنية من مخاطر المنافسة الضارة.
- ✧ تمثيل قطاع المقاولات في عضوية الهيئات والمؤسسات العربية والإقليمية والدولية.

ينضم إلى عضوية الاتحاد ما يقرب من (546) شركة ومكتب مقاولات مرخصة حسب الأصول، منها ما يقرب من (250) شركة في قطاع غزة، والباقي في الضفة الغربية (المهندس عادل عودة)، حيث يتم ترخيص شركات المقاولات أمام مراقب الشركات، في حين ترخص مكاتب المقاولات في الغرفة التجارية.¹³

يشترط في طالب الحصول على عضوية الاتحاد توافر الشروط الآتية:¹⁴

1. أن يكون مقدم الطلب فلسطينياً، سواء أكان مقدم الطلب شخصاً طبيعياً أو معنوياً.
2. أن لا يقل عمره عن واحد وعشرين سنة ميلادية إذا كان فرداً، أو عضواً في شركة، أو مؤسسة مالكاً لها، أو شريكاً فيها.
3. أن يكون مسجلاً في الدائرة ذات الاختصاص لغايات مزاولة المقاول.
4. أن يكون مصنفاً لدى الجهة ذات الاختصاص وفقاً للقانون.
5. أن يوقع الطلب من المفوض بالتوقيع رسمياً من المؤسسة أو الشركة.

¹³ لمزيد من التفاصيل حول صفحة أعضاء الاتحاد يرجى زيارة الرابط التالي:

http://www.pcu.ps/index.php?action=members_list visited on 28/8/2012.

¹⁴ <http://www.pcu.ps/index.php?action=members> visited on 28/8/2012.

يُطلق على المقاول الفلسطيني المسجل في الاتحاد، والمصنف بموجب أحكام نظام التصنيف المعمول به، والتعليمات الصادرة بمقتضاه "العضو العامل". يُسمح للمقاول العربي أو الأجنبي بالانتساب إلى الاتحاد، ويسمى في هذه الحالة "العضو المنتسب".¹⁵

نشط الاتحاد في مجال عقود المقاولات بالمطالبات المتكررة بتبني نموذج عقد (الفيديك) في مشاريع البناء في فلسطين، وتعاون مع وزارة الأشغال العامة في ترجمة الشروط العامة، ووضع الشروط الخاصة الفلسطينية، إلى أن صدر قرار مجلس الوزراء الخاص بتبني نموذج عقد (الفيديك) في العام (2006). انتهى الاتحاد منذ فترة من إعداد مشروع قانون الأشغال العامة وجاري متابعته لإقراره بواسطة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، كما يعمل الاتحاد حالياً على توسعة مجال عضويته ليشمل كذلك المقاولين من الباطن، الذين يعملون في قطاع البناء (من يعملون مع المتعهدين لإنجاز أعمال فرعية في الأبنية والإنشاءات مثل مقاول الكهرباء، والمياه... إلخ) (المهندس جريس عطا الله).

يرى المهندس جريس عطا الله (أمين سر الاتحاد)، أن عضوية الاتحاد مقتصرة فقط على نسبة قليلة من المقاولين، وهم غالباً ما يسعون إلى التقديم لعطاءات حكومية أو قطاع خاص، وعدا ذلك من المقاولين الذين ينشطون في قطاع البناء والإنشاء بشكل كبير (مقاولو بناء المنازل السكنية والإسكانات... إلخ) غير مسجلين في الاتحاد. تزيد نسبة هذه الفئة عن (95%) من نسبة المقاولين بشكل عام، ما يضر بتنظيم قطاع الإنشاءات، ولا ينظم العمل فيه في الأسواق الفلسطينية.

¹⁵ توجد تعليمات تصنيف صادرة عن الاتحاد ويتم التصنيف بواسطة لجنة التصنيف الوطنية التي تشمل في عضويتها (15) عضواً من جهات حكومية ونقابات مختلفة (عضو عن وزارة الأشغال العامة، وعضو عن وزارة الصحة، وعضو عن وزارة العمل، وعضو عن نقابة المهندسين... إلخ). اتحاد المقاولين هو الجهة الوحيدة الممثلة بعضوين في هذه اللجنة. المهندس عادل عودة.

2-1-3 الشروط الفلسطينية العامة والخاصة بعقد الفيديك (1999)

تعني كلمة فيديك (FIDIC)¹⁶ الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهو اتحاد يضم جمعيات المهندسين الاستشاريين من جميع أنحاء العالم، وقد تم تأسيس (الفيديك) لأول مرة عام (1913). قام (الفيديك) بإعداد الشروط النمطية لتعاقدات البناء والتشييد، وتشمل هذه الشروط جميع الأطراف المشاركة في مشروع التشييد، حيث تم طباعة هذه النماذج ونشرها؛ لتستخدم في مشروعات التشييد وخاصة المشروعات ذات الطابع الدولي، وتغطي هذه العقود العلاقات المختلفة بين الأطراف المشاركة في المشروع، وهم رب العمل، والمقاول، والمهندس (المهندس سالم جمعة)، وقد سميت هذه العقود بأسماء مختلفة بحسب لون الغلاف لكل منها، فالكتاب الأحمر هو العقد النمطي (النموذجي) بين رب العمل والمقاول والمتعلق بأعمال الهندسة المدنية، والكتاب الأبيض هو مجموعة شروط عقد رب العمل مع المهندس الاستشاري... إلخ.¹⁷ تكتسب عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (عقود الفيديك النمطية) أهميتها من كونها أنماطاً من العقود تم اعتمادها من قبل منظمة عالمية، تُعنى بالمشاكل التي تواجه المهندسين في معرض تنفيذ عقود التشييد والبناء، نتيجة لتطور هذه الصناعة، والحاجة لإيجاد أسس تعاقدية مسبقة تحاول تخطي المشاكل التي تعترض تنفيذ تلك العقود، التي تؤثر على عمليات التعاقد مع الجهات صاحبة المشاريع، الأمر الذي ينعكس سلباً على عمليات التطوير والبناء.

تتمثل عقود (الفيديك) النمطية في العقود الأربعة الآتية :

✧ عقد الإنشاءات (الكتاب الأحمر): وهو العقد النمطي بين صاحب العمل والمقاول، ويوصي الاتحاد باستخدامه في مشاريع الأبنية ومقاولات أعمال الهندسة المدنية، التي يقوم صاحب العمل بتوفير تصاميمها، ويكون دور

¹⁶ It is the abbreviation of the International Federation of Consulting Engineers.

¹⁷ لمزيد من التفاصيل حول هذه الأنماط يرجى زيارة الرابط التالي:
<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=13767> visited on 21/8/2012.

المهندس فيها هو الإشراف وإعداد التقديرات. صدر النموذج الأخير من هذا النمط من العقود في العام (1999)، وقام المشرع الفلسطيني بتبنيه في العام (2006) ليكون واجب التنفيذ في عقود العطاءات الحكومية.

✧ عقد التجهيزات الآلية تصميم وتنفيذ (الكتاب الأصفر): يختص هذا النمط من عقود (الفيديك) بمشاريع الأعمال الكهروميكانيكية والمشاريع الصناعية، أو في المشاريع التي يوكل فيها إلى المقاول بإعداد التصميم إضافة للتنفيذ.

✧ عقد المشاريع المتكاملة (هندسة وشراء وإنشاء/تسليم مفتاح) (الكتاب الفضي): يُستخدم هذا العقد في المشاريع المتكاملة، وفيه يتولى المقاول إعداد التصميم، ويتحمل عدة مسؤوليات ومخاطر، وذلك للحد من إدخال تعديل الأسعار أو مدة التنفيذ.

✧ العقد الموجز (الكتاب الأخضر): وهو معد للاستخدام في المشاريع الصغيرة نسبياً، أو المشاريع ذات الفترة القصيرة، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال تقصير مدد الإشعارات والدفعات. أوصت غالبية التشريعات المقارنة بتطبيق هذا النموذج على عقود المقاولات الصغيرة (مثل بناء المنازل)؛ لوضوح أحكامه وسهولة تنفيذه.

وصفوة القول، تعتبر هذه العقود النموذجية بمثابة آليات تعاقدية تتضمن الشروط العامة لأنماط مختلفة من عقود الإنشاءات والبناء، تحدد المراكز القانونية لأشخاص تلك العقود، وتغطي العلاقات التعاقدية الناشئة عنها، وتحدد الإطار العام لتنفيذ المشروع وفق الآليات التي اعتمدها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.

في عام (2006)، أصدر مجلس الوزراء الفلسطيني قراره رقم (131) لسنة (2006)¹⁸، المتعلق بالمصادقة على صيغة عقد المقاول الموحّد (فيديك 1999)

¹⁸ المنشور على الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2007/4/27، عدد (69)، ص 196.

(الكتاب الأحمر) بصيغته العامة والشروط الفلسطينية الخاصة، ويُعمل بشروط هذا العقد لجميع العطاءات التي تطرح في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية.¹⁹

الشروط العامة لعقد (الفيديك) هي ترجمة للشروط التي وضعها اتحاد الفيديك على المستوى الدولي، وهي لا تختلف من دولة إلى أخرى كونها ترجمة حرفية لما ورد في الكتاب الأحمر للاتحاد. تولت وزارة الأشغال العامة واتحاد المقاولين الفلسطينيين بالتعاون مع نقابة المهندسين الفلسطينيين ترجمة هذه الشروط العامة. فيما يتعلق بالشروط الخاصة، فهي تعديلات طفيفة وإيضاحات (clarifications)، أجريت على الشروط العامة لتلائم النظام القانوني والاقتصادي الفلسطيني (المهندس سعيد أبو زيد). على هذا الأساس يجب أن تقرأ الشروط العامة والخاصة معاً عند الاحتكام إلى هذه القواعد، مع مراعاة تطبيق الشروط الخاصة عند التعارض. يرى البعض عدم نجاعة تطبيق هذا النمط من العقود على المشاريع الصغيرة (بناء المنازل والدور السكنية... إلخ)، حيث تتسم هذه الشروط بالتعقيد وكثرة الأحكام، ما قد يدفع بالمواطن العادي والمتعهد البسيط إلى الابتعاد عن أحكامها لصعوبة فهمها والربط بينها. على هذا الأساس، يقرر النظام القانوني في الولايات المتحدة مثل هذا النمط للمشاريع العقارية التي تزيد كلفتها عن (10) مليون دولار، وتطبق المشروعات العقارية الأقل كلفة الكتاب الأخضر من هذا العقد. اعتمدت المملكة الأردنية النظمين معاً، وميزت في استخدامهما تبعاً لاختلاف قيمة المشروع التجاري العقاري (المهندس بسام جابر).

يتضح من قرار مجلس الوزراء المشار إليه أعلاه استخدام مصطلح (جميع العطاءات)، دون تخصيص للعطاءات الحكومية أو عطاءات القطاع الخاص. إذا توسعنا في أعمال هذا المصطلح، سنقضي بوجوب أعمال هذه الشروط في جميع عقود مشاريع البناء، التي تتم من خلال العطاءات والمناقصات للقطاعين

¹⁹ تتوافر صيغة هذه الشروط على الموقع الإلكتروني الخاص بوزارة الأشغال العامة الفلسطينية على الرابط التالي: <http://www.pcu.ps/downloads/1.pdf> visited on 24/8/2012.

العام والخاص. يشير الواقع العملي إلى اعتماد مثل هذه العقود بشكل كامل في عطاءات إنشاءات القطاع العام، وبشكل جزئي في عطاءات القطاع الخاص، حيث تقوم وزارة الأشغال العامة بطرح أي عطاء حكومي، وتحدد في كراسة العطاء وجوب التزام المقاول المتعاقد بشروط (الفيديك) أثناء تعاقد مع المؤسسة الحكومية التي سيخصص البناء لصالحها. تعتمد مؤسسات القطاع الخاص على نموذج عقد (الفيديك) بشكل غير كامل تبعاً لرغبة المؤسسة الخاصة طارحة العطاء (مثال: دائماً ما تطرح جامعة بيرزيت عطاءات البناء فيها على أساس نموذج عقد الفيديك) (المهندس جريس عطا الله). متى صدر كتاب قبول عطاء لمقاول معين، سيتعاقد هذا المقاول مع الهيئة الحكومية على أساس عقد (الفيديك)، إضافة إلى توقيع اتفاقية خاصة جديدة، تغطي بعض الشروط الخاصة التي يتفق عليها الطرفان. سيتابع هذا المقاول عمله مع وحدة إدارة المشاريع التابعة للهيئة الحكومية المتعاقدة، إضافة إلى الإدارة العامة للإنشاءات التابعة لوزارة الأشغال العامة. على هذا الأساس، يلتزم طرفا العقد في عقود مقاولات مؤسسات القطاع العام بنموذج (الفيديك) العام والخاص، الذي أعدته وزارة الأشغال العامة. إضافة إلى ذلك، يدعي البعض عدم استطاعة طرفي التعاقد تعديل نموذج عقد (الفيديك) العام والخاص، أو تعديل أي من الشروط التعاقدية الواردة فيه (عقود آمرة)، باستثناء حالة اشتراط ممول أجنبي معين شروطاً تعاقدية تلتزم بها المؤسسة الحكومية عند طرح عطاء لتنشيد مشروع بناء ما، على أساس رغبة مؤسسات السلطة في استقطاب مصادر تمويل خارجية والنزول عند رغبات هؤلاء الممولين (المهندس بسام جابر). يرى البعض الآخر إمكانية اتفاق طرفي التعاقد على تعديل شروط عقد (الفيديك) كونها نماذج عقود عامة لا تمنع طرفي التعاقد من الاتفاق على عقود أخرى قد تخالف بعضاً من أحكامها (المهندس جريس عطا الله). نحن من جانبنا نتفق مع توجه الرأي الثاني لأن اتفاقيات المقاولات عادة ما تتضمن نوعين من العقود: العقد الخاص الذي يتفق فيه طرفا العقد على ما اتجهت إليه إرادتهم من حقوق والتزامات، وشروط عقد (الفيديك) التي لها دور تكميلي في سد النقص الوارد في العقد الخاص مثلها في ذلك مثل القواعد القانونية المكملة الواردة في نصوص القانون.

وردت الشروط العامة في وثيقة تنظم حقوق المقاول ورب العمل والمهندس وواجباتهم، وتوضح بشكل مفصل مسؤولية كل طرف تجاه باقي الأطراف. تنتهي هذه الشروط ببيان حالات إنهاء العقد بين المقاول ورب العمل، وتختتم أحكامها ببيان آلية تسوية أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف. تحوي هذه الشروط ما يقرب من (166) شرطاً تعاقدياً متفرعة إلى ما يقرب من (600) مادة فرعية، تم توزيعها على (20) فصلاً، تبدأ بالتعاريف، وتنتهي بفصل المطالبات والخلافات والتحكيم. تضمنت هذه الشروط الأحكام العامة، وواجبات وحقوق صاحب العمل، وواجبات وحقوق المهندس، وواجبات وحقوق المقاول، وتنظيم عمل المقاولين الفرعيين المسمين وتبعيتهم، وتنظيم عمل العمال المستخدمين وتبعيتهم، وأحكام التجهيزات الآلية والمواد والمصنعية، وأحكام تأخر العمل وتعليقه، وأحكام الاختبارات عند الإنجاز، وأحكام تسلم الأشغال من قبل صاحب العمل، وأحكام المسؤولية عن العيوب، وطريقة كيل الأشغال وتقدير القيمة، وأحكام التغييرات والتعديلات التي قد تطرأ على العمل، وأحكام قيمة العقد والدفعات، وحالات إنهاء العقد بواسطة المقاول ورب العمل، وأحكام المخاطر والمسؤولية، وأحكام التأمين أثناء سير العمل، وحالات القوة القاهرة وآثارها، وأحكام المطالبات والخلافات والتحكيم.

2-2 خصائص عقد المقاولة

تمتاز عقود المقاولات في جوهرها بالرضائية، فهي ليست بحاجة إلى إصباغها في شكل قانوني معين لانعقادها، بل يكفي فيها توافق الإيجاب والقبول من طرفيها، إضافة إلى الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية مثل البذل، وطبيعة العمل المقدم، إلا أن الواقع العملي يفيد بانتشار العمل على كتابة هذه العقود لضمان توثيق ما اتفق عليه طرفا العقد من خلال إيجاد مرجعية قانونية واضحة يتم الاحتكام إليها متى تنازع طرفا العقد حول مضمونه. إضافة إلى ذلك، عادة ما تتم أعمال البناء تحت رقابة مهندس استشاري وإشرافه، يتعاقد مع مالك

البناء لضمان جودة العمل المطلوب، ما يجعل مضمون هذه العلاقة أكثر تعقيداً. حمل هذا الواقع بعض المكاتب الهندسية على إعداد نماذج عقود، يتم العمل بها في الأسواق الوطنية. ستكون هذه الموضوعات مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة

2-2-1 الخصائص القانونية لعقد المقاولة

تبرز الخصائص القانونية التالية من تعريف عقد المقاولة:

1. عقد يُبنى على الاعتبار الشخصي: يبرز الاعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة (مثل النجار أو الحداد)، إذ تعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهني (المهندس سالم جمعة)، ويبرز الاعتبار الشخصي في المقاولة بانقضاء العقد بموت المقاول، إذ لا يمكن القول بانتقال العقد تلقائياً إلى الخلف العام (الورثة ومن في حكمهم) (قديري الشهاوي 2002، ص 25).

2. عقد رضائي: لا يشترط لانعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده كتابة أو شفاهة. يجب في عقد المقاولة وصف محله، وبيان نوعه، ومقدار البذل فيه، وطريقة أدائه، ومدة إنجازهِ.²⁰ وهذا يعني وجوب اتفاق طرفي العقد على العناصر التالية كي يعتبر العقد صحيحاً:

- ✧ الشيء المطلوب صنعه، أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين (المحامي سباح سباح، والمحامي إبراهيم عبيدات).
- ✧ البذل الذي يلتزم به صاحب العمل.
- ✧ ورد النص على هذه الرضائية صراحة في نص المادة (388) من مجلة الأحكام العدلية، التي جاء فيها: إذا قال شخص لأحد من أهل

²⁰ نص المادة (782) من القانون المدني الأردني.

الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً.²¹

3. عقد معاوضة: وفيه يحصل كل من طرفي العقد على مقابل لما سيقدمه من التزام للطرف الآخر، حيث يحصل العامل على مقابل مادي لقاء عمله، وسيحصل صاحب العمل على العمل المقدم لقاء ما سيدفعه من بدل. على هذا الأساس لا يجوز التبرع في عقد المقاولة، وفي حال اتفق الطرفان على تقديم المقاول للعمل دون مقابل مادي سنكون في هذه الحالة أمام عقد هبة وليس عقد مقاولة (كمال الدين جعيط 1992، 594).

4. عقد ملزم لجانبين: يرتب عقد المقاولة من لحظة إبرامه التزامات على عاتق كل من طرفيه، حيث يلتزم المقاول بإنجاز العمل وفقاً لما تم الاتفاق عليه، كما يلتزم صاحب العمل بدفع المقابل المادي المتفق عليه إلى المقاول (كمال الدين جعيط 1992، ص 594).

5. عقد وارد على العمل: يتمثل جوهر التزام المقاول القيام بالعمل المتفق عليه، ويتحصل في مقابل هذا العمل على الأجر المتفق عليه. يمتاز عقد المقاولة بقيام المقاول بالعمل المطلوب باستقلال تام ودون تبعية لصاحب العمل، وهو بذلك يختلف عن عقد العمل بمعناه العام، الذي يخضع فيه العامل لسلطة صاحب العمل وإشرافه ورقابته وتبعيته (القاضي رائد عصفور).²² على هذا الأساس، قضت محكمة التمييز الأردنية أن الاجتهاد القضائي استقر على أن علاقة التبعية بين صاحب العمل والمقاول في عقد المقاولة غير موجودة؛ لأن المقاول يقوم بالعمل مستقلاً عن إشراف صاحب العمل وإدارته بدلالة المادة (780) من القانون المدني، على خلاف الوضع القائم

²¹ تضيف المجلة المثال التالي في المادة ذاتها: لو رأى المشتري رجله لخفاف وقال له: اصنع لي زوجي خف من النوع الفلاني بكذا وقبل الصانع، أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زوراً أو سفينة وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع. وكذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بنديقية كل واحدة بكذا قرش، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع.

²² انظر قرارات محكمة النقض الفلسطينية التالية: (2009/350)، (2009/250)، (2010/251)، (2009/101)، (2010/156)، (2010/261)، (2001/272)، (2009/317)، (2001/543)، (1999/901)، (2009/52) المنشورة على موقع منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي).

بين العامل وصاحب العمل في عقد العمل بدلالة المادة (805/أ) من القانون المدني.²³

6. عقد محدد: وفيه يحدد كلا الطرفين عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها إلى المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقود الغرر.²⁴
7. عقد مستمر: وهي العقود التي يستغرق تنفيذها زمناً معيناً، فلا يتم تنفيذها بشكل فوري، فالالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية. ينتج عن هذه الخاصية نتيجان (علي أبو البصل 1999، ص 17): الأولى هي أن فسخ العقد لا يمتد أثره إلى الماضي، حيث لا يمكن أن يرجع الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد؛ لاستحالة إهمال جزء العمل الذي قدمه المقاول، وبالتالي سيسحق هذا المقاول جزءاً عن العمل الذي قدمه، وسيبتهى التزامه من تاريخ فسخ العقد. أما النتيجة الثانية فهي إمكانية تطبيق نظرية القوة القاهرة على عقد المقاولة، وهي تعني استحالة تنفيذ أحد طرفي الالتزام للالتزام؛ نتيجة ظهور أسباب قهرية طارئة تمنعه من تنفيذ التزامه، وبالتالي ينقضي الالتزام في هذه الحالة دون أن يكون ملزماً بأية تعويضات للطرف الآخر (محمد وحيد الدين سوار 1987، ص 187).

²³ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1988/687. جاء في تكملة هذا القرار ما يأتي: وبناء على ذلك فيلزم المقاول منفرداً بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بسيارة المدعي نتيجة اصطدامها بالسد الترابي الذي أقامه المقاول بقصد تغيير مسار الطريق دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لتنبيه سائقي السيارات بوضع شارات أو لافتات تحذيرية ولا تلزم وزارة الأشغال بالتعويض وإن كانت أعمال المقاول في الموقع المذكور قد تمت لصالحها. انظر أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/596 الذي جاء فيه: إن عقد العمل وعقد المقاولة من العقود الواردة على العمل، التي يلتزم فيها أحد الطرفين بأداء عمل لصالح الآخر كصاحب عمل لقاء أجر، غير أن عقد العمل يشترط تبعية العامل لصاحب العمل بأن يقوم بالعمل تحت إشرافه وإدارته، أما على سبيل التفرغ لصاحب العمل أو بأن يؤقت لعمله وقتاً طبقاً لنص المادة 805 من القانون المدني، على خلاف عقد المقاولة المعرف بالمادة 780 من القانون المدني، الذي يقوم فيه المقاول بالعمل مستقلاً عن إدارة صاحب العمل وإشرافه.

²⁴ عقد الغرر هو العقد الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدد عند العقد مقدار غنمه وغرمه، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول أو غير محقق الحصول، كبيع اللبن في الضرع، لاحتمال أن يكون انتفاخاً.

2-2-2 كتابة عقد المقاوله في الواقع الفلسطيني

يشير الواقع العملي إلى تباين العمل في السوق الفلسطينية ما بين عقود البناء المكتوبة، والعقود الشفهية، وهذا لا يتعارض مع إمكانية استنتاج تصنيف معين لكلا العقدين، حيث تكون عقود البناء مكتوبة في الحالات الآتية:

أ. عقود المناقصات الحكومية: يجب أن تكون هذه العقود مكتوبة، وترد من خلال طرح عطاءات تنشر في الصحف الرسمية، سواء كان الممول الجهة الحكومية ذاتها أو طرف آخر. يجب أن يرد التعاقد في مثل هذه العقود وفقاً لنموذج عقد (الفيديك)، الذي أقره مجلس الوزراء الفلسطيني في العام (2006). عادة ما يوقع طرفا العقد على عقد اتفاقية خاصة تنظمها الجهة الحكومية عن طريق دائرتها القانونية، أو بالتنسيق مع وزارة الأشغال العامة إن كانت طرفاً في العقد، ويغلب على مثل هذا النوع من العقود طبيعة العقد الإداري وخصائصه من حيث منح الهيئة الحكومية سلطات وصلاحيات كبيرة في صياغة بنود العقد وتعديله إن اقتضت الضرورة ذلك. تتوافق هذه السلطات مع ماهية العقد الإداري ومضمونه، الذي تمنح فيه الهيئة الإدارية سلطات واسعة في التعامل مع الطرف الآخر، انطلاقاً من غايات تحقيق المصلحة العامة. تصل هذه السلطة إلى حد اعتياد الهيئات المحلية اشتراط حقها في تعديل قيمة العقد بالزيادة أو النقصان ضمن نسبة (25%) من قيمة العقد المتفق عليه، ويتعهد المقاول بالالتزام بهذا القرار (المهندس وليد جعدي). أخيراً، لا يتضمن هذا النوع من العقود وجود شهود عليه، إذ يكفي أن يكون مصادقاً عليه بواسطة المؤسسة الحكومية ليكون غير قابل للطعن في محتواه ومضمونه.

ب. عقود البناء والمقاوله التي تطرحها الهيئات المحلية: يتشابه العمل في مثل هذا النوع من العقود مع النوع الأول، باستثناء وجوب التعاقد وفقاً لنموذج عقد (الفيديك).

ج. العقود التي تتم مع مقاولين مسجلين في اتحاد المقاولين الفلسطينيين ومصنفين من قبل اللجنة الوطنية للتصنيف: تكون هذه العقود مكتوبة مهما بلغت قيمتها، وعادة ما تتم المصادقة عليها بواسطة اتحاد المقاولين (المهندس عادل عودة، والمهندس حاتم جمعة، والمقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية).

د. عقود البناء التي تتم بوجود إشراف هندسي معتمد: عادة ما تكون العقود مكتوبة إذا كان هناك إشراف هندسي، حيث يفضل المهندس المشرف التعامل مع المقاول على أساس العقد المكتوب والموقع عليه بواسطة عدد من الشهود، رغبة منه في تنظيم العمل في المشروع، وتحديد حقوق طرفي العقد والتزاماتهم بشكل دقيق (المهندس جمال عبد الله، والمهندس سالم جمعة). علاوة على ذلك، تساعد الكتابة في تمكين المهندس من مطالبة صاحب البناء أن يدفع للمقاول، فيجب أن يكون هناك اتفاقية، ويجب أن يكون هناك عمل منجز حسب الاتفاق المكتوب (المهندس محمد الزبيدي، والمهندس سامر سالم).

في المقابل، ينتشر العمل بالعقود غير المكتوبة (الشفهية) في حال تم التعاقد بين المالك والمقاول بشكل مباشر دون أن يكون هناك إشراف هندسي. تشير نتائج البحث الميداني إلى أن هذا النمط من العقود يمثل حوالي (70%) من إجمالي العقود التي تتم مباشرة بين المالك والمقاول دون وجود إشراف هندسي (المهندس جمال عبد الله). يعتمد هذا النوع من العقود على العلاقات الاجتماعية والأسرية بين الناس، حيث غالباً ما يتم التعاقد بناء على اعتبار المعرفة، أو الجوار، أو القرابة (المهندس جمال إحميدان، والمحامي عماد عواد، والمحامي سباح سباح)، وتمثل هذه العقود ما نسبته (95%) من عقود البناء التي تتم في الأسواق الفلسطينية (المهندس جريس عطا الله). يرى البعض أن هذه العقود هي عقود مصانعة، ولا يمكن أن ترتقي بأية حال من الأحوال إلى عقد المقاول بمفهومه القانوني والفني (المقاول سميح طيلة، والمهندس ماهر شبارو). عادة

ما يتم الاتفاق في مثل هذا النمط من العقود على أساس افتراض حسن نية طرفيه؛ لذا سنجد انتشار مثل هذه الطريقة من التعاقد في القرى والبلدات بشكل أكثر منه في المدينة (المهندس جريس عطا الله). ينتشر هذا التعاقد عندما يكون المقاول غير مسجل في اتحاد المقاولين ولا يخضع لتصنيف اللجنة الوطنية للتصنيف (المهندس عادل عودة، والمهندس جريس عطا الله). كذلك ينتشر هذا الشكل من التعاقد في عقود المقاولات الفرعية البسيطة (مثل التعاقد مع متعهد تركيب بلاط، أو دهان، أو تمديدات كهربائية...إلخ).

إضافة إلى ذلك، عادة ما يكون العقد غير مكتوب في عقود المقاولات من الباطن، التي يعهد فيها المقاول الرئيس إلى أحد المقاولين الفرعيين بإنجاز العمل الذي اتفق عليه المقاول الأول مع المالك (مثل تعاقد المقاول الرئيس مع متعهد تمديدات كهربائية على إجراء التمديدات الكهربائية اللازمة في عقار يتولى الأول أعمال البناء فيه). نستطيع تفسير سبب عدم كتابة هذه العقود إلى دراية طرفي العقد بالأعراف الناظمة له، كونهما مهنيين في هذا المجال، إضافة إلى اعتياد تعاقدهم بشكل مستمر، وبالتالي سهولة فض أي نزاع قد ينشأ بينهم أثناء التنفيذ.

هناك إجماع ممن تمت مقابلتهم على أفضلية التعاقد كتابة عن التعاقد الشفهي؛ حيث تقل المنازعات المتعلقة بالعقد المكتوب، وفي حال الخلاف يسهل الرجوع إلى ما اتفق عليه طرفا العقد، بينما في العقد الشفهي سيتم البحث في إرادة كل من الطرفين، ما يصعب منه تسوية النزاع. إضافة إلى ذلك، لا يتوافر شهود في العقد الشفوي مما يصعب القضاء في أي نزاع ينشأ بين الطرفين في المستقبل، على خلاف العقد الكتابي الذي عادة ما يشهد عليه شخص واحد على الأقل (المهندس محمود عبد الله، والمقاول موسى عبد ربه)، كما يغفل طرفا العقد الاتفاق على جودة العمل المقدم في العقود الشفهية، مما يؤدي إلى نشوء منازعات مستقبلية حول العمل المقدم. يرى البعض أنه في هذه الحالة يتم

اعتماد العمل متوسط الجودة، وهذا يتفق مع توجه القانون، في حين يرى البعض الآخر أن الواقع العملي قد درج على وجوب مراعاة الحد الأدنى من جودة العمل المقدم (المهندس محمود عبد الله، والمهندس جمال إحميدان، والمحامي يوسف حجازي). في المجمل، هناك إجماع على ضرورة تقويم هذه الجودة في ضوء المقابل المادي الذي تم الاتفاق عليه بين المقاول وصاحب البناء.

إضافة إلى ذلك، يبرز العرف التجاري بوصفه عاملاً من عوامل الخلاف بين مالِك البناء والمقاول، حيث يتفاوت وجود العرف التجاري في عقود المقاولات حسب طبيعة العقد، وحجمه، وطرفي العلاقة فيه. لا يتواجد العرف التجاري في العطاءات الكبيرة التي يكون القطاع العام طرفاً فيها، حيث يشمل العقد جميع حقوق الطرفين والتزاماتهما (المحامي بشير المحتسب). في المقابل، ينتشر العرف بشكل كبير في عقود المقاولات الصغيرة والفرعية، حيث يقتصر اتفاق الطرفين على المقابل المادي المدفوع للمقاول، ويتم تجاهل باقي حقوق الطرفين والتزاماتهما. في المجمل، كلما كان العقد مكتوباً ومنظماً بشكل تفصيلي يبدأ اختفاء العرف التجاري بقدر شمولية هذا العقد (المهندس عادل عودة).

في العقد المكتوب، عادة ما يتولى المالك كتابة العقد، ويقوم بعرضه على المقاول، وتبدأ هنا مرحلة المفاوضات إلى حين الوصول إلى الصيغة التي يرضاها الطرفان (المقاول موسى عبد ربه، والمهندس موسى قديمات). إذا كان هناك مهندس مشرف على المشروع، يتولى المهندس تنظيم العقد نيابة عن المالك، وعادة ما يتم الاتفاق مع المقاول في هذه الحالة على معظم بنود العقد دون تعديلات جوهرية فيه، على أساس أن هذا العقد نموذجي، وقد اعتمده المهندس في العديد من أعمال المقاولات الأخرى. يتوافر لدى مكاتب الهندسة العديد من عقود المقاولات النموذجية، التي تغطي بعض أعمال المقاولات،

وعادة ما يطلب المهندس المشرف من المقاول التوقيع على هذه العقود والالتزام بها، وفي هذا ضماناً لتمثيل مصالح صاحب البناء (المهندس محمد الزبيدي، والمهندس سالم جمعة).

يُنصح في هذا المجال أن يتولى المهندس المشرف صياغة هذا العقد والتعديل عليه بما يتفق ومطالب طرفيه أثناء التفاوض، ويكاد يجمع من تمت مقابلتهم أن المهندس في هذا المجال أجدر من المحامي على أساس معرفة الأول بالأمور الفنية التي تنشأ عن البناء (المهندس محمود عبد الله، والمهندس موسى قديمات)، فالعقد يجب أن يحرر حسب جدول كميات معمول به هندسياً؛ لذا يشير الواقع العملي إلى ندرة تدخل المحامين في هذه العقود؛ لتواضع قدراتهم في فهم الأمور الفنية الخاصة بأعمال البناء. في المقابل، يوصي البعض بضرورة مراجعة هذه العقود بعد صياغتها بواسطة محام للتأكد من مشروعية البنود العقدية المدرجة فيها (المهندس محمد الزبيدي، والدكتورة أريج عودة، والمحامي يوسف حجازي). في عقود البناء التي تعقدها الهيئات المحلية، يتعاون كل من المهندس الاستشاري والمحامي، حيث يتولى المهندس وضع الإطار الفني عليها، ويقوم المحامي بصياغتها قانونياً لضمان ملاءمتها للقانون (المهندس وليد جعدي).

أوضحت نتائج البحث الميداني أفضلية دور المهندس على دور المحامي في كتابة عقد المفاولة؛ حيث وجدنا من خلال ما أجريناه من مقابلات مدى إلمام المهندس بتفاصيل هذا العقد وعناصره، وقدرته على تحليل هذه العناصر، أما في المقابلات التي تمت مع محامين فقد كانوا دائماً يشيرون إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وحرية طرفي العقد في تضمين ما يمثل مصالحهم، بالتالي سيحرر المحامي في الأساس رغبة طرفي العقد، ومن المعلوم أن المهندس الاستشاري هو الأقدر على تحديد مضمون حقوق الطرفين والتزاماتهما بشكل عادل. إضافة إلى ذلك، أظهرت نتائج البحث الميداني عزوف العامة عن اللجوء

إلى مهندسين مستشارين، أو حتى محامين؛ بسبب كلفة عملهم المالية، فماذا سيكون عليه الحال لو طالبنا عامة الناس بالتعاقد مع كلا الطرفين لإنشاء عقد المقاولة؟

عادة ما يطلب المهندس المشرف من مالك العقار مراجعة العقد قبل عرضه على المقاول، وهنا يتدخل صاحب العقار في تعديل بعض بنود العقد بالاتفاق مع المهندس المشرف (المقاول ناصر العسيلي). يعتبر ركنا المبلغ والمدة من أهم مرتكزات هذا العقد، فالشرط الأساسي هو المبلغ، وعادة ما يربط هذا المبلغ بجدول الكميات المنجز في المشروع، من خلال الاتفاق على سعر المتر المربع المنجز، وطريقة الكيلة، والمخططات الهندسية التي يجب على المقاول اتباعها في التنفيذ، والتزامات كل طرف بالتفصيل، التي تشمل الدفعات المالية المقدمة في مقابل كل عمل منجز، وتواريخ إنجاز العمل، والعملية التي تحكم موضوع دفع المقابل النقدي (المهندس جمال عبد الله). كما يجب أن يحتوي العقد المكتوب على شروط تتعلق بالمدة، وأخرى بالشروط الجزائية، وشروط تتعلق بكيفية التنفيذ وآليته، وشروط تتعلق بكيفية التنفيذ وكيفية تفسير العقد، وهناك شروط تتعلق بحل النزاعات (المحامي عماد عواد، والمهندس موسى قديمات، والمقاول محمود جبيل).

في المجمل، كلما كان العقد مكتوباً، كان أيسر للتنفيذ، لكن هذا لا يعني أن العقود الكتابية لا تُثار نزاعات بشأنها، حيث تُثار النزاعات عندما يكون جوهر الاختلاف بالاتفاقية نفسها لعدم كفاية شروطها، حيث يتم صياغتها على أساس أن المالك والمقاول لا يوجد بينهما خلافات في البداية، فيتم تجاوز كثير من القضايا الخلافية المهمة، إضافة إلى عدم معرفة المقاول والمالك ودرايتهما لظروف الموقع والبناء، ما قد يجدا نفسيهما أمام أعمال لم تكن في الحسبان، فيصل كل منهما لمرحلة أن كل شخص يلقي المسؤولية على الآخر ليدافع عن مصالحه. هناك إجماع على أن هذه الخلافات تتعلق أساساً بالأعمال التغييرية التي يحتاجها البناء.

2-3 الإشراف الهندسي في عقد المقاوله

يغلب على عمل المهندس المشرف الدور الاستشاري، من خلال مراقبة حسن تنفيذ البناء وفقاً للمخططات الهندسية التي أعدت له. عادة ما يحتوى عقد المقاوله على دور المهندس المشرف بموجب عقد ملحق يطلق عليه الشروط الخاصة للمشروع، والمهندس الاستشاري يأخذ مقابل عمله من المالك (عادة 5% من قيمة المشروع)، ويعتبر شخصاً محايداً، فهو حكم تعاقدي، وحكم فني بين المقاول والمالك بناء على أحكام العقد وملحقاته، ويوجد دور للاستشاري في توجيه الأطراف إلى صياغة العقد قبل توقيعه (المهندس فيصل دياب، والمهندس عادل عودة). يتوسع البعض في بيان دور المهندس المشرف على نحو يجعل من عقود المقاوله ذات أطراف ثلاثة هي: المالك والمقاول والمهندس المشرف، وتبعاً لذلك لا يقل دور المهندس أهمية عن دور المقاول في عقود المقاولات (المقاول سميح طيلة).

وفقاً لما أقرته نقابة المهندسين الفلسطينيين، تلتزم مشروعات البناء بوجود إشراف هندسي كلي إذا كان مسطح المشروع يزيد على (1200) متر مربع، ويشترط أن يكون مقيماً بالبلد، ويأخذ راتباً شهرياً، ويدوم مع العمال وينتهي دوامه معهم، ويجب أن تتم زيارات مفاجئة من قبل نقابة المهندسين على هذه المشاريع للتأكد من وجود الإشراف الكلي. عادة ما يتم التحايل على هذا الشرط من خلال اتفاق صاحب البناء مع مهندس على إشراف كلي شكلي مقابل مبلغ مادي معين يحصل عليه المهندس، رغبة من صاحب البناء في مراعاة قواعد ترخيص نقابة المهندسين فقط، وفي الواقع العملي لا يتم الإشراف من أساسه (المهندس جمال إحميدان، والمهندس فيصل دياب). يبدأ المهندس الاستشاري عمله باعتماد المخططات الهندسية للبناء لدى نقابة المهندسين الفلسطينيين، حيث يشير الملحق رقم (1) والملحق رقم (2) إلى بعض متطلبات نظام الأبنية

والتنظيم للهيئات المحلية.²⁵ في العام (2006)، أعدت نقابة المهندسين الفلسطينيين دليل العمل الاستشاري، الذي شمل نظام المكاتب والشركات الهندسية لسنة (1996) والتعديلات المقررة في العام (2006)، إضافة إلى التعليمات الفنية التي تعمل بموجبها المكاتب الهندسية. يقوم المكتب الهندسي بإعداد عدد (4) نسخ من مخططات الهندسة تشمل كحد أدنى مخططات الهندسة المعمارية، والمدنية، والميكانيك، والكهرباء. تُسلم هذه المخططات إلى الموظف الإداري المختص في فرع نقابة المهندسين التابع له المكتب، ويراجع الموظف المختص المخططات المقدمة، ويتأكد من ختم المكتب وتوقيعه، وختم رؤساء الاختصاص لكل تخصص وتوقيعهم، وكوتة المكتب الهندسي وفقاً للحصص التي تقرها نقابة المهندسين، والتأكد من عدم تجاوز المكتب للحصة المسموحة له سنوياً (المهندس محمد الزبيدي)، ثم يحيل الموظف الإداري المخططات الهندسية إلى لجنة التدقيق، التي تعيد التدقيق في هذه المعلومات مرة ثانية وتصادق أخيراً على مخططات الهندسة التي أعدها المكتب الهندسي إن هي لم تخالف متطلبات التصديق الفنية والإدارية التي تعتمدها النقابة.

تُوجد كوتة التصميم والإشراف لكافة التخصصات، وتسجل المخططات بالتصميم والإشراف لكافة المساحات، ولكافة التخصصات في حال كان التصميم والإشراف للمكتب نفسه، وبخلاف ذلك يتم تسجيل مساحة المشروع بنسبة (50%) تصميم، ونسبة (50%) إشراف. الملحق رقم (3) يشير إلى كوتة الحصص الهندسية في التصميم والإشراف للمهندسين المسجلين في التصميم. كما يشير الملحق رقم (4) إلى سقوف الحصص الهندسية للمكتب أو الشركة الهندسية في التصميم والإشراف. في جميع الأحوال، يُحدد سقف المشروع الواحد المسموح به لفئات المكاتب الهندسية للتصميم والإشراف كما هو مشار إليه في الملحق رقم (5)، في حين يشير الملحق رقم (6) إلى الحد الأدنى للأتعاب الهندسية لمخططات الترخيص. يلاحظ اختلاف أتعاب الإشراف

²⁵ نظام الأبنية والتنظيم للهيئات المحلية رقم (6) لسنة (2011)، المنشور على الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2012/11/25، عدد (92)، ص (175).

تبعاً لاختلاف نوع الإشراف المتفق عليه بين المكتب الهندسي وصاحب البناء على النحو الآتي:²⁶

- ✧ الإشراف الجزئي: يكون الحد الأدنى لأتعاب الإشراف الجزئي مساوياً لمرة ونصف من أتعاب التصميم؛
- ✧ الإشراف الكلي: يكون الحد الأدنى لأتعاب الإشراف الكلي مساوياً لأتعاب الإشراف الجزئي، مضافاً إليها رواتب الجهاز المقيم، والدعم المكتبي للمكتب الهندسي.
- ✧ تكون أتعاب الحد الأدنى للدعم المكتبي مساوية لنصف رواتب الجهاز المقيم.
- ✧ في جميع الأحوال، لا تشمل أتعاب الإشراف المخططات التعديلية أثناء التنفيذ.

أظهرت نتائج البحث الميداني أن العلاقة بين المهندس المشرف والمقاول متكاملة، حيث يلتزم المقاول بالحصول على موافقة المهندس الاستشاري قبل القيام بأي عمل جوهري في البناء (مثل الصب، أو التأسيس، أو التعديل). لهذا، عادة ما يفضل المقاول عدم وجود مهندس مشرف رغبة منه في تمرير العمل الذي يقدمه إلى صاحب البناء دون رقابة، أو اعتراض، أو حتى رغبة منه في تنفيذ العمل بالشكل والطريقة التي يراها مناسبة على نحو يراعي فيها مصالحه الخاصة قبل مصلحة صاحب البناء. حتى في الحالات التي يكون فيها هناك إشراف هندسي، عادة ما يقنع المقاول صاحب البناء بعدم معقولية ما يطلبه المهندس، وأن الواقع العملي يختلف عما يدرس في الجامعات، وأن المقاول بنظرته وخبرته الثاقبة أفضل من المهندس في تقويم نتائج العمل. تبرز الإشكالية في هذا المجال في اقتناع صاحب البناء بادعاءات المقاول، ما يؤدي إلى عدم مراعاة تعليمات المهندس في البناء (المهندس محمود عبد الله، والمقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية).

²⁶ مع ملاحظة عدم شمول أتعاب الإشراف والمخططات التعديلية أثناء التنفيذ.

يعمل المهندس الاستشاري بوصفه حلقة وصل بين المقاول وصاحب البناء، لذا سيكون له دور إيجابي في تجنب حصول نزاعات بين الطرفين. فالمهندس الاستشاري واجبه أن يراقب الأعمال ويستلمها أولاً بأول من حيث الجودة، ومطابقتها للمواصفات أو عدمه، فهذا يقلل من الأخطاء التي يمكن أن نصل لها في النهاية، وعندما ينجز المقاول الأشغال، يخبر المهندس بإنهاء بعض الأعمال، فيذهب المهندس لاستلامها في هذا الموعد، وعند مطابقتها للمواصفات يطلب من صاحب البناء دفع المبالغ المالية المستحقة إلى المقاول بناء على دفعات التسليم المتفق عليها (المهندس حاتم جمعة). إضافة إلى ذلك، يستطيع المهندس المشرف الاتفاق على بعض تفاصيل العمل ذات الطابع الفني مع المقاول دون استشارة صاحب العمل في هذا المجال، على أساس عدم الحاجة إلى إقحام صاحب البناء في أمور فنية يصعب عليه فهمها (المهندس أيمن عبد الحميد). إضافة إلى ذلك، سيضمن الإشراف الهندسي التقيد بتعليمات المهندس وفي هذا ضمان لعدم حدوث مفاجآت أثناء إتمام البناء أو بعده قد تؤدي إلى نتائج كارثية. على سبيل المثال، يجب أن يكون هناك فحص تربة للتأكد من عدم وجود تصدعات أو كهوف تحت الأرض لا ترى بالعين المجردة ولا حتى بالحفر، ولا تظهر إلا بعد الاستعمال. حدث هذا سابقاً أثناء بناء عمارة في دوار برج الساعة في مدينة رام الله، هنا يأتي دور المختبرات لتقوم بعمل فحص التربة، وهذا لا يتم إلا من خلال الإشراف الهندسي (المهندس محمد الزبيدي).

عادة ما يتجنب البعض اللجوء إلى الإشراف الهندسي رغبة منهم في توفير بعض نفقات الإشراف، وفي هذا الجزء هناك إجماع على أن الإشراف الهندسي حتى وإن كان بمقابل مادي فإنه يضمن لصاحب العمل جودة العمل المقدم، إضافة إلى توفير الكثير من النفقات على صاحب البناء (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية). على سبيل المثال، يذكر البعض أنه من خلال مراجعة كيل المقاولين قام بتوفير آلاف الدولارات على صاحب البناء كان يدفعها لمنشأ حجر تعاقد معه من خلال فرض الكيلة الهندسية على صاحب المنشأ

(المهندس جمال إحميدان). هذا المبلغ الذي تم توفيره يقل عمّا تم دفعه للمهندس مقابل الإشراف. علاوة على ذلك، قد يتعاقد صاحب البناء مع متعهد تركيب الألومنيوم مقابل مواصفات معينة متفق عليها، وعند التنفيذ لن يكتشف صاحب البناء مدى احترام المتعهد لهذه المواصفات (مثل نوع الألومنيوم المستعمل، أو محتويات الشبائك الداخلية ومدى جودتها). هنا سيقدم المتعهد عملاً لن تزيد جودته على عام واحد فقط، في حين أن صاحب البناء دفع مقابل مادياً لعمل يجب أن تستمر جودته لسنوات عدة. وبالتوجه نفسه، يعتقد البعض الآخر أن الإشراف الهندسي قد يكون مكلفاً على الصعيد المادي، لكن تكلفته لا تساوي شيئاً لضمان جودة العمل المقدم لبناء سيستغل لعشرات السنين. "ما الضير في دفع مبلغ 5 آلاف دولار في إشراف هندسي على عقار تبلغ تكلفة إنشائه (100) ألف دولار" يضيف المبحوث (المهندس محمد الزبيدي).

2-2-4 نماذج عقود البناء المستخدمة في فلسطين

قامت نظرية العقد في مجملها في كافة الأنظمة القانونية المقارنة على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني حرية الأطراف في تحديد ماهية العقد ومضمونه، وبناء عليه تحديد حقوق كل طرف والتزاماته من أطراف الرابطة العقدية. لا تشذ عقود المقاول عن هذا الأساس، حيث أسس المشرع للعديد من القواعد القانونية المكملّة، وترك المجال للأطراف المتعاقدة لاتباع أو مخالفة هذه القواعد وفقاً لإرادتهم الفردية. يشير الواقع العملي إلى أن جزءاً كبيراً من عقود البناء والمقاول بمفهومها البسيط تتم بشكل شفهي (أعمال الكهرباء، والتمديدات المائية، والقصارة، والبلاط، والدهان... إلخ)، يهتم فيها طرفا العقد بالاتفاق على سعر بدل عمل المقاول، وطبيعة العمل المطلوب منه، وزمن الانتهاء من هذا العمل، مرتضين بذلك اللجوء إلى القواعد المكملّة إما لإيمانهم بعدالة هذه القواعد أو لجهلهم بوجودها، وبالتالي عدم الانتباه إلى أهمية الاتفاق على مضمون هذه القواعد متى نشأ أي نزاع يتعلق بالعقد (المحامي سلامة هلسة).

في المقابل، ينتشر استخدام عقود المقاوله النموذجية في الواقع العملي في عقود البناء ذات المهمات المتعددة للمقاول، التي يستغرق العمل فيها فترات زمنية طويلة (مثل عقد البناء، والتشطيب على نفقة المقاول، أو على نفقة المالك وإشراف المقاول، وعقد البناء على نفقة المقاول أو المالك...إلخ). في هذا النوع من العقود، يحرص طرفا العقد على الاتفاق التفصيلي على مراحل إنجاز العمل في المشروع، والدفعات المالية التي ستدفع للمقاول في كل مرحلة، رغبة منهم في تنظيم سير العمل، وضمان أدائه بشكل جيد. قد يتم تنظيم هذه العقود بإشراف محام، أو قد يتولى طرفا العقد تنظيمها بنفسيهما. تختلف الالتزامات الفرعية للطرفين المتعاقدين في مثل هذا النوع من العقود تبعاً لاختلاف طبيعة الالتزام الرئيس لكل منهما (عقد بناء مع تشطيب على نفقة المقاول، وعقد بناء وتشطيب على نفقة المالك، وعقد بناء فقط على نفقة المقاول، وعقد بناء فقط على نفقة المالك...إلخ).

باستقراء الشروط التعاقدية لبعض من هذه العقود، نجد أنها تحوي التزامات ذات طابع قانوني، وأخرى ذات طابع فني، الملحق رقم (7) يشير إلى نموذج مستخدم من هذه العقود يتعلق بعقد مقاوله بناء وتشطيب منزل سكني. من هذا الملحق، يمكننا بيان الالتزامات القانونية التالية المتفق عليها في العقد:

- ✧ الاتفاق على مواعيد زمنية معينة لإنجاز كل مرحلة من العمل، في مقابل دفع مبلغ متفق عليه من مجموع البذل الكلي للمقاول بعد الانتهاء من كل مرحلة.
- ✧ التزام المقاول بضمان متانة عمله وجودته مدة ثلاث سنوات من تاريخ تسلم صاحب البناء للعمل.
- ✧ الاتفاق على شرط جزائي يلزم الطرف المخل بدفع مبلغ معين من النقود كتعويض متفق عليه متى أخل الطرف المقابل بالتزام معين (مثل التزام المقاول بدفع مبلغ (س) دينار عن كل يوم تأخير في تسليم العمل المطلوب)؛

✧ الاتفاق على شرط تحكيمي يحدد شخصاً، أو جهة معينة لتحكيم أي نزاع قد يطرأ بين الطرفين أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

يعتبر الشرط الجزائي بمثابة تعويض اتفاقي يتفق فيه طرفا العقد مسبقاً على مبلغ التعويضات المستحقة متى أخل أي طرف بالتزامه التعاقدي. للشرط الجزائي وظيفتان: فهو يجنب القاضي الوطني البحث في مقدار التعويض المستحق، وذلك من خلال اتفاق الطرفين على هذا المبلغ مسبقاً، كما أنه يحمل طابعاً تهديدياً، حيث سيدرك الطرف المتعاقد أنه سيكون ملزماً بدفع تعويض متفق عليه إن هو أخل بالتزام تعاقدى مترتب عليه، وبالتالي سيتردد كثيراً في هذا الإخلال. في المقابل، يعتقد العامة أن هذا الشرط ملزم إن أخل الطرف المتعاقد بالتزام تعاقدى دون أن يكون مشروطاً في تطبيقه. قد يكون هذا الاعتقاد صحيحاً في بعض الأنظمة القانونية مثل النظام القانوني المصري والسوري، إلا أن الواقع مختلف في كل من فلسطين والأردن. يتنافى هذا الاعتقاد مع الأساس القانوني لتنظيم التعويض في نظرية العقد في التشريع الإسلامي المعمول بها في فلسطين والأردن، حيث يرتبط التعويض دائماً بحدوث الضرر، ولذلك يجب على الطرف المطالب بتنفيذ الشرط الجزائي إثبات الضرر الذي تعرض له ليتم إعمال الشرط الجزائي بواسطة القاضي الوطني. إضافة إلى ذلك، يملك القاضي الوطني سلطة تعديل مقدار الشرط الجزائي المتفق عليه بالزيادة والنقصان، ليتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب الطرف المتضرر في العقد. أخيراً، لا يجوز للقاضي الوطني الحكم بإعمال الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، حيث يلتزم برغبة الطرف المتضرر في تنفيذ هذا الشرط. قد تجعل هذه العناصر الثلاثة من تنظيم الشرط الجزائي أمراً ليس ذا قيمة عملية، حيث سنكون في هذه الحالة أقرب إلى العمل بالتعويض القضائي وليس الاتفاقي، الذي سيطالب فيه الطرف المتعاقد من القاضي تعويضه عن إخلال الطرف المقابل بالتنفيذ، وسيكون إلزاماً عليه إثبات الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الإخلال، وسيحكم القاضي في هذه الحالة بمقدار تعويض معادل

لمقدار هذا الضرر. بالتالي، قد تنحصر وظيفة الشرط الجزائي في الطابع التهديدي فقط لعدم إدراك العامة بهذه التفاصيل والقواعد القانونية.

2-2-5 الشكلية في عقد المقابلة وفقاً لنموذج عقد الفيديو

اعتبر نموذج عقد (الفيديو) عقد المقابلة من العقود الشكلية، التي لا يمكن أن تتم دون أن تكون مكتوبة بين أطرافها، إضافة إلى تماديها في بيان هذه الشكلية لتتص على العديد من الوثائق التي يجب أن يحتويها العقد الموقع بين الأطراف. لم ينص النموذج صراحة على بطلان العقد ما لم تراعى هذه الشكلية، لكن نصوص النموذج تستخدم عبارات لا تحمل أي معنى أو تفسير آخر، وتكاد تكون عبارات تحمل خصائص القاعدة القانونية الأمرة (القاعدة التي لا يجوز للأطراف مخالفتها). في هذا السياق، تنص المادة (1/6) من نموذج عقد (الفيديو) على أنه يتعين على الفريقين إبرام اتفاقية العقد خلال مدة (28) يوماً من بعد تسلم المقاول لكتاب القبول، إلا إذا اتفق الفريقان على مدة مختلفة، وتكون هذه الاتفاقية حسب النموذج المرفق بالشروط الخاصة. كما نصت المادة (1/1) على أن العقد يشمل: اتفاقية العقد، وكتاب القبول، وكتاب عرض المناقصة، وكتاب شروط الفيديو، والمواصفات، والمخططات، والجدول، وأية وثائق أخرى إن وجدت مدرجة في اتفاقية العقد أو في كتاب القبول. يشير كتاب القبول إلى كتاب القبول الرسمي الموقع من قبل صاحب العمل لكتاب عرض المناقصة، شاملاً لأية مذكرات يتم الاتفاق عليها بين الفريقين، ويقومان بتوقيعها. أما كتاب عرض المناقصة، فهو يعني الوثيقة المسماة كتاب عرض المناقصة التي استكملها المقاول، وتشمل العرض المتعلق بالأشغال الذي وقعه المقاول وقدمه إلى صاحب العمل. أما المواصفات فتعني الوثيقة المسماة المواصفات، ولتي تحدد مواصفات الأشغال المشمولة في العقد، وأية تعديلات أو إضافات عليها تتم وفقاً لأحكام العقد.

2-3 محل عقد المقاولة

يُعرف محل العقد بشكل عام على أنه الالتزام القانوني الأساسي، الذي سيقدمه كل طرف متعاقد تجاه الآخر. على هذا الأساس، سيختلف هذا المحل تبعاً لاختلاف الطرف المتعاقد، حيث يكون العمل المقدم هو محل الالتزام بالنسبة للمقاول، في حين سيتمثل محل التزام صاحب البناء في البديل الذي سيقدمه إلى هذا المقاول، حيث سيعتمد هذا البديل في تقديره على مجموع ما تم إنجازه من عمل، بحيث يتم احتساب هذا الإنجاز بقياس مجموع العمل المقدم من المقاول، وهو ما يعرف عرفاً بالكيل. يعتبر هذا الكيل أحد أكثر أسباب نشوء النزاعات في عقود المقاولة لاختلاف طريقة حسابه بالطريقة الهندسية عن الطريقة العرفية. ستكون هذه المواضيع مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة.

2-3-1 العمل المقدم من المقاول

يعتبر عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل، حيث يتمثل التزام المقاول فيه بصناعة شيء (مثل صناعة أبواب خشبية، أو حمايات حديدية يتم فيما بعد تركيبها في العقار محل التعاقد)، أو القيام بعمل (مثل قيام المقاول بعمل تمديدات كهربائية، أو تدفئة مركزية...إلخ). تتنوع طبيعة العمل في عقد المقاولة إلى ثلاث صور من العمل (عبد الرزاق السنهوري 1982، ص 58):

✧ قد يكون العمل غير متصل بالشيء، فهو مجرد عمل، مثل عقود النقل والبحث...إلخ. لا يمكن تصور وجود مثل هذا الالتزام في عقود البناء والتشييد؛ بسبب وجوب ارتباط العمل بعقار، سواء كان هذا العمل جزءاً من العقار أو منقولاً متصلاً بعقار (مثل تركيب نظام تدفئة مركزية بالعقار) (عدنان السرحان بدون سنة نشر، ص 19).

✧ قد يكون العمل متصلاً بشيء معين غير موجود، فيرد التزام المقاول في هذه الحالة على إيجاد هذا الشيء، سواء تعهد هو بتقديم المادة الخام، أو

قدمها صاحب العمل نفسه. نمثل على هذه الحالة بقيام المقاول ببناء أسوار تحيط بعقار معين، أو تشييد جدران إسمنتية داخل العقار ذاته، أو تركيب بلاط أرضي لهذا العقار. ينتشر مثل هذا العمل في عقود المقاوله، ويمثل النسبة الكبرى في عقود البناء (قديري الشهاوي 2002، ص 74).

✧ اتصال العمل بشيء موجود، وقيام المقاول بالتعديل عليه بالزيادة أو النقص، مثل إجراء ترميم لبناء قائم، أو هدم جزء من هذا البناء، بناء على اتفاق مع صاحب العقار (فتحية وقره 1992، ص 96).

مهما تنوعت هذه الأعمال واختلفت، يجب أن تتوفر فيها جميعاً شروط معينة ورد ذكرها في القانون على سبيل الحصر، ولا ضير في أن يتفق طرفا العقد على شروط أخرى مكمله ما دامت هذه الشروط لا تتعارض مع القواعد القانونية الآمرة والنظام العام والآداب. وردت هذه الشروط صراحة في نص المادة (390) من مجلة الأحكام العدلية تحت عنوان (شروط الاستصناع)، حيث نصت هذه المادة على أنه: يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق المطلوب. كما نصت المادة (652) من مجلة الأحكام العدلية على شروط المحل في عقد إجارة الآدمي للخدمة، حيث جاء فيها: تجوز إجارة الآدمي للخدمة، أو لإجراء صنعة ببيان مدة أو بتعيين العمل بصورة أخرى.²⁷

على هذا الأساس، يجب توافر عناصر الاتفاق التالية في عقد المقاوله بين الطرفين المتعاقدين كي يعتبر العقد صحيحاً (محمد عنبر 1987، ص 87):

1. طبيعة العمل الذي سيقدمه المقاول في العقد ونوعه.
2. المرحلة التي سينتهي فيها التزام المتعهد بتقديم عمله (مثل مرحلة تركيب النوافذ في العقار محل الاتفاق).
3. الطريقة التي سيتبعها المقاول في إنجاز عمله.

²⁷ بالمثل، وردت هذه الشروط بمزيد من التفصيل في نص المادة (782) من القانون المدني الأردني والمادة (738) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، حيث تماثلت هاتان الدادتان، وجاء فيهما: يجب في تحقيق عقد المقاوله وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازة وتحديد ما يقابله من بدل.

4. المدة التي سينتهي فيها المقاول من تقديم عمله.
5. البديل الذي سيحصل عليه المقاول من صاحب العمل لقاء القيام بعمله.

يدل مصطلح "يلزم" على عدم لزوم العقد بالنسبة لطرفيه في حال لم يتم الاتفاق على كافة هذه الشروط، بمعنى آخر، يستطيع أي من طرفي العقد إبطاله إن هو قرر التمسك بهذا الحق خلال أية مرحلة من مراحل العقد، وسيستحق المقاول في هذه الحالة (أجر المثل) - وليس الأجر المتفق عليه - على العمل الذي قام به قبل إبطال العقد (جعفر الفضلي 1997، ص 381). هذا ما يميز عقد المقاولة عن باقي العقود الأخرى عند البحث في ماهية محل التزام المقاول. في المقابل، تطبق القواعد العامة النازمة للعقود على الشروط الواجب توافرها في محل العقد بالنسبة للمقاول كي يكون الاتفاق صحيحاً.

في المجمل، يشترط في محل العقد (العمل المقدم من المقاول) أن يكون ممكناً، ومشروعاً، ومعيناً، أو قابلاً للتعيين. ستكون هذه الشروط محل البحث في هذا الجزء من الدراسة.

أولاً: يجب أن يكون المحل ممكناً: يجب أن يكون محل المقاولة مما يمكن القيام به وغير مستحيل، وفي مقدور المقاول. والاستحالة الواردة في هذه الحالة هي الاستحالة المطلقة التي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً،²⁸ وتكون الاستحالة مطلقة متى تعذر على المتعاقد وعلى الجميع القيام بالعمل المتفق عليه (مثل التعاقد على إقامة بناء على قطعة أرض تبين فيما بعد أنها مصادرة بواسطة الدولة، أو التعاقد على إجراء أعمال ترميم لعقار تبين فيما بعد أنه منطقة آثار لا يجوز ترميمه أو تعميره أو التعديل عليه). في هذه الحالات سيكون العقد باطلاً لاستحالة تنفيذ الالتزام بشكل مطلق.²⁹ تتوافق هذه القاعدة بشكل كامل مع أحكام الفقه الإسلامي، التي قضت ببطلان العقد متى كان العمل المتفق عليه مستحيلاً في ذاته وقت العقد، وهذا ما جاء في مجلة الأحكام العدلية أيضاً. إضافة إلى ذلك، يجب أن تكون الاستحالة المطلقة قبل انعقاد العقد، أما إذا انعقد

²⁸ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 123.

²⁹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ص 154.

العقد ثم طرأت الاستحالة المطلقة على محله بعد ذلك فلا يكون أمام المتعاقد في هذه الحالة إلا أن يطالب بفسخ العقد وليس بطلانه، حيث سيحصل المفاوض على مقابل ما أنجزه في دعوى الفسخ من صاحب البناء، أما في دعوى البطلان فلا عمل ولا أجر، وسيعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويمكن أن يحصل المفاوض على أجر المثل على الجزء الذي أنجزه.

في المقابل، لا يبطل الالتزام متى كانت الاستحالة نسبية، وهي تعني استحالة قيام الطرف المتعاقد بالقيام بالعمل المطلوب في وقت يستطيع غيره القيام به (محمد وحيد الدين سوار 1987، ص 194). في مثل هذه الحالة، سيكون الالتزام صحيحاً، وسيتعين على هذا المتعاقد الاستعانة بغيره على نفقته الخاصة لإنجاز العمل المطلوب متى أصر صاحب العمل على تنفيذ هذا الشخص لالتزامه.³⁰ نمثل على هذه الحالة بقيام شخص بالتعاقد مع مفاوض على تمديد عقار الأول بنظام تدفئة مركزية متطور ضمن مواصفات معينة، وتبين فيما بعد عدم استطاعة هذا المفاوض إنجاز العمل المطلوب لجهله التعامل مع هذه الأنظمة الحديثة، وفي هذه الحالة، يستطيع صاحب العقار إلزام المفاوض بإنجاز العمل المتفق عليه، وسيتعين على المفاوض في هذه الحالة التعاقد مع من هو قادر على إنجاز العمل وضمن العمل المقدم إلى صاحب العقار (قذري الشهاوي 2002، ص 74).

ثانياً: يجب أن يكون العمل مشروعاً: يُقصد بمشروعية العمل عدم مخالفته للنظام العام والآداب، حيث نصت المادة (163) من القانون المدني الأردني، والمادة (131) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على وجوب أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، فإذا منع الشارع التعامل في شيء، أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً. على هذا الأساس، لا تجوز المقابلة على الأفعال غير المشروعة، مثل الاتفاق على تشييد محل لممارسة أعمال الدعارة، أو تخزين مخدرات،

³⁰ جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني ما يأتي: فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه، على أن التنفيذ إذا استحال على المدين، كان للدائن أن يقوم به على نفقة المدين طبقاً للقواعد العامة، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي إن كان ثمة محل لذلك. ص 143.

أو أسلحة غير مشروعة...إلخ، على وجه يكون المعقود عليه (البناء) غير مقدور استيفاءه شرعاً، حيث يتفق فقهاء الشريعة على عدم جواز الاستئجار على المعاصي؛ لأن المعصية لا تستحق بالعقد. كما لا يجوز التعاقد على بناء عقار يستخدم في إيذاء الآخرين، أو القيام بأعمال لا يجيزها القانون بشكل عام، وفي جميع هذه الحالات سيكون العقد باطلاً، ولا يجوز للمقاول في هذه الحالة مطالبة صاحب البناء عن أي أجر لقاء العمل الذي قدمه إن هو باشر في أعمال البناء.

ثالثاً: يجب أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين: يكون العمل معيناً إذا اتفق الطرفان على بيان نوعه، وأوصافه، وقدره، وطريقة أدائه، وكل ما يمكن به إزالة كل جهالة فاحشة قد تكون سبباً للنزاع المستقبلي فيما بينهما، لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة الشيء، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من طبيعة المعاملة، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (عبد الناصر أبو البصل 1999، ص 38).

أخيراً، قد يرد الاتفاق على تعيين العقد بشكل كامل قبل انعقاد العقد وهذا هو النموذج الأفضل في التعاقد، وقد يغفل الطرفان الاتفاق على بعض هذه الأمور أو كلها، ويجوز لهما في هذه الحالة الاتفاق عليها بعد نشوء أي نزاع بينهما، ويعتبر هذا بمثابة تعديل للعقد بالاتفاق. متى لم يتوافر هذا الشرط ولم يتمكن الطرفان من الاتفاق سواء أثناء التعاقد أو بعده، نكون في هذه الحالة أمام عقد باطل وفقاً للقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وعقد فاسد وفقاً للفقهاء الحنفي، وبالتالي مجلة الأحكام العدلية المطبقة في فلسطين. قال السرخسي: ³¹ وإذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً في داره ، ولم يُسم له موضعاً ولم يصفها فهو فاسد لجهالة المعقود عليه، فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع في الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة، ويختلف باختلاف

³¹ محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة، الأئمة الكبار، كان متكلماً، فقيهاً، أصولياً، من أهل سرخس في خراسان، لزم ابن عبد العزيز الحلواني، وتفق عليه محمد بن إبراهيم الحسيري، أملى " المبسوط " وهو في السجن وله " شرح السير الكبير للإمام محمد " و "النكت"، توفي سنة 483 هـ ، ابن أبي الوفاء : الجواهر المضنية (78-81 / 46)، وحاجي خليفة، كشف الظنون.

البئر في العرض والعمل، ولو سمى عشرة أذرع في الأرض ومما يدير هكذا ذراعاً بأجر مسمى جاز؛ لأن العمل صار معلوماً بتسمية الذراعان. قياساً على هذا المثال، يكون المحل غير معين إذا تعاقدا الطرفان على قيام المتعهد بطلاء بعض جدران عقار دون الاتفاق على ماهية هذه الجدران، ونوع الطلاء المستعمل، وطريقة الطلاء، والألوان المستخدمة في الطلاء. في كلتا الحالتين، وسواء كان العقد باطلاً أو فاسداً، يستحق المقاول أجر المثل عن الجزء الذي أنجزه من العمل متى كان العمل المنجز مفيداً للطرف المقابل، أو كانت الجهالة تعود إلى خطأ أو إهمال صاحب البناء.

2-3-2 البديل في عقد المقاولة

هو الوجه الثاني للمحل في عقد المقاولة، ويقابل الأجرة في الإجارة، والثمن في البيع، وهو المقابل الذي يلتزم به صاحب العمل للمقابل مقابل تنفيذ الأخير ما تعهد به. يقابل البديل في عقد المقاولة الثمن في عقد الاستصناع، والأجر في إجارة الآدمي. عادة ما يتفق طرفا العقد مسبقاً على ماهية هذا البديل أو كيفية تحديده، وغالباً ما يتم تحديد هذا البديل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع، أو متر مسطح) وهو ما يعرف بالكيل وفقاً لأعراف عمل المقاولات، وهذا ما سنبحثه بالتفصيل في هذا الجزء من الدراسة.

أولاً: الطبيعة القانونية للبديل في عقد المقاولة

لم تشترط التشريعات المقارنة طبيعة البديل، الذي يجب أن يقدمه صاحب البناء في عقود المقاولة، وفي هذا إجازة صريحة لطرفي العقد للاتفاق على طبيعة البديل التي يرضونها بشرط أن لا تخالف هذه الطبيعة القانون كما هو موضح أدناه عند الحديث عن مشروعية البديل. هذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع الأردني في اشتراط أن يكون الثمن نقداً في عقد البيع بصورته التقليدية وفقاً لما جاء في نص المادة (465) من القانون المدني الأردني.³² بناء على ذلك، يجوز أن يتفق طرفا العقد على أن يكون البديل

³² نصت هذه المادة على أن البيع هو تملك مال أو حق مالي لقاء عوض.

عيناً، أو ديناً، أو منفعة، أو ما يصلح أن يكون ثمناً في البيع.³³ والغالب أن يكون البذل نقداً، كما يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون عيناً، مثل تقديم صاحب العمل للمقاول سيارة، أو قطعة أرض، أو شقة سكنية لقاء عمله، وقد يتفق الطرفان على أن يكون البذل خدمة يقدمها صاحب العمل للمقاول (مثل تدريس أبنائه لفترة زمنية محددة مقابل عمل المقاول)، وقد يتفق طرفا العقد على أن يقدم صاحب البناء للمتعهد عملاً مقابل عمل هذا المقاول (مثل أن يكون صاحب البناء مقاول دهان، ويتولى دهان منزل المقاول مقابل قيام الأخير بعمل تمديدات كهربائية لعقار الأول). في مجمل الأمر، لطرفي العقد الاتفاق على طبيعة البذل الذي ارتضوه، بشرط أن لا تخالف هذه الطبيعة النظام العام والقانون.

يتم تحديد البذل في عقد المفاوضة بالتراضي المتبادل بين المتعاقدين، وهو الأساس في نظرية العقد. قد يتم الاتفاق على البذل وقت انعقاد العقد وهذا هو النمط الغالب في العقود، وقد يتم الاتفاق في وقت لاحق على التعاقد وحتى بعد البدء في تنفيذه. أخيراً، إذا لم يتفق الطرفان على البذل في عقد المفاوضة يحصل المقاول على أجر المثل إضافة إلى النفقات التي قد أنفقها في سبيل القيام بعمله.³⁴ يؤخذ في عين الاعتبار عند تقدير أجر المثل العناصر التي يجب أخذها في الاعتبار عند تحديد البذل الذي يستحقه المقاول، وهذه العناصر هي قيمة العمل والنفقات التي أنفقها المقاول على العمل، ويسترشد في معرفة ذلك بالعرف الجاري في الصناعة، وطبيعة العمل، وكمية العمل، والوقت الذي استغرقه إنجازه، ومؤهلات المقاول، وكفاءته الفنية، وسمعته، وأثمان المواد التي استخدمت في العمل وأجور العمال (عبد الناصر أبو البصل 1999، ص 48). هذا أيضاً ما أيدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من القرارات.³⁵

³³ نص المادة 1/664 من القانون المدني الأردني.

³⁴ نص المواد (796) من القانون المدني الأردني، (754) ومن مشروع القانون المدني الفلسطيني، (659) ومن القانون المدني المصري، والمادة (625) من القانون المدني السوري، والمادة (658) من القانون المدني الليبي، والمادة (1/880) من القانون المدني العراقي.

³⁵ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/613 أنه إذا لم يعين في عقد المفاوضة الأجر على العمل استحق العامل أجر المثل عملاً بالمادة 796 من القانون المدني ويقدر أجر المثل بمعرفة الخبراء. انظر كذلك قرارات محكمة التمييز الأردنية رقم 1990/815، 1981/189.

عادة ما يتفق طرفا العقد على زمان دفع البديل، هل هو معجل، أو مؤجل، أو على دفعات معينة ترتبط بمدد زمنية، أو بالتوازي مع إنجاز العمل المقدم من المقاول. يشير الواقع العملي إلى اتفاق طرفي العقد على النموذج الأخير من طريقة دفع البديل (الدفع على دفعات مرتبطة بإنجاز المقاول للعمل)، حيث يعتبر هذا النمط من الاتفاق الأكثر ضماناً لحماية مصالح طرفي العقد، وبخاصة صاحب العمل (فتحية وقرة 1992، ص 107). في حال لم يتفق طرفا العقد على زمان دفع البديل، تتدخل القواعد القانونية المكلمة هنا لتتص على التزام صاحب العمل بالوفاء بالبديل عند تسلم العمل،³⁶ وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من القرارات.³⁷

ثانياً: صور تحديد البديل في عقد المقاولة

عادة ما يُحدد البديل في عقد المقاولة بالصور الآتية:

✧ تحديد البديل بمبلغ إجمالي: يُحدد هنا البديل بمبلغ مقطوع مقابل إنجاز البناء في مدة معينة (مثل إنهاء تركيب أرضيات البلاط، أو أعمال الدهان، ونحو ذلك من أشكال المقاولة). هذا ما ورد في نص المادة (1/795) من القانون المدني الأردني، التي نصت على أنه: إذا وقع عقد المقاولة بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم، ويمثلها نص المادة (1/752) من مشروع

³⁶ هذا ما نصت عليه المادة (793) من القانون المدني الأردني والمادة (749) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

³⁷ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1984/25 ما يلي:

1- إذا كان العقد المبرم الذي يحكم العلاقة بين الطرفين هو عقد تعهد المدعى بموجبه أن يجهز بيت المدعى عليه بالتدفئة المركزية وأن يقوم بهذا العمل بما يتطلبه من تمديدات وصناعة لقاء بدل يتعهد به المدعى عليه، فالعقد بهذه الأوصاف والشروط هو عقد مقاولة ينطبق على تعريف المادة (780) من القانون المدني وليس عقد عمل.

2- إن صاحب العمل في عقد المقاولة لا يلتزم بدفع الأجر إلا عند تسلم المعقود عليه ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك عملاً بالمادة (793) من القانون المدني.

القانون المدني الفلسطيني والمادة (1/658) من القانون المدني المصري (أحمد أبو قرين 2003، ص 17).

✧ تحديد البديل بالتكلفة ونسبة ربح: قد يتم إبرام عقد المقاولة على أن يحدد البديل بمقدار التكلفة الفعلية للمشروع بعد إنجازه، مع إضافة نسبة ربح مئوية مثل (10 أو 15%)، أو أكثر من ذلك من التكلفة الواقعية. يلزم في هذه الحالة أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكليف، يرفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.³⁸

✧ تحديد البديل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع، أو متر مسطح): هذه هي الصورة النمطية المستخدمة بشكل كبير في عقود البناء والتشييد، ويتم فيها تحديد البديل المستحق للمقاول على أساس الإنجاز الجزئي، مثل سعر وحدة قياسية (متر مربع، أو متر مسطح، أو مقدار مساحة بأصول معينة متعارف عليها بين الصناع أو المقاولين)، لأنه إذا جاز تحديد البديل بالتكلفة غير المعلومة سلفاً في مقدارها الكلي بنحو دقيق - كما تقدم - جاز تحديد البديل بمقدار ما ينجز جزئياً، لارتباط تقدير البديل بعمل معلوم محدّد بوحدة قياسية متفق عليها بين العمال وأرباب العمل، لأنه لا يثير منازعات أو مشكلات فتصير كل وحدة قياسية لها بدل معلوم، ومرجع الجواز في هذه الصورة هو العرف والعادة في التعامل الشائع أو الدارج بين الناس.³⁹ نصت المادة (794) من القانون المدني الأردني على مثل هذا النوع من التحديد، حيث جاء فيها: إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى

³⁸ هذا جائز شرعاً بحسب المقرر في المذهب الحنبلي من مشروعية إعطاء نسبة مئوية من الربح في شركة المضاربة. قال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل المال وكثيره، كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة. وفي الإجارة وإن كان الشرط كون الأجرة معلومة غير مجهولة بلا خلاف بين العلماء، لكن أجازته الحنابلة بجزء من نماء العمل. قال ابن قدامة: فإن قيل فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، قلنا: إنما جاز ثمّ، تشبيهاً بالمضاربة، لأنها عين تنمي بالعمل، فجاز اشتراط جزء من النماء، والمساقاة كالمضاربة، وهو قول الشافعي أيضاً.

³⁹ علي أبو البصل، مرجع سابق، ص 38.

تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة، ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات، جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل، وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة (تمثلها المادة 751 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (657) من القانون المدني المصري).⁴⁰

2-3-3 الكيل العرفي والهندسي في عقد المقاولة

يعتبر موضوع القياس (الكيل) من أكثر المواضيع التي تُثار عليها النزاعات في عقود البناء. يكون الكيل عرفياً، إذا اعتمد على أعراف كل مهنة وما درج عليه العمل فيها، باحتساب المساحات المربعة التي أنجزها المقاول، مضافاً إليها الفراغات والفتحات الداخلة ضمن المكان الذي عمل فيه، بينما يكون الكيل هندسياً بحساب أمتار العمل التي أنجزها المقاول. في المقابل، يرى البعض أنه لا يوجد ما يسمى بالكيل العرفي والكيل الهندسي في عقود المقاولات، فالانفاق على كيفية القياس هو الأساس، حيث قد يشمل القياس الفتحات الموجودة في البناء وقد لا يشملها، وهو ما يعرف بالكيل العرفي في الحالة الأولى والهندسي في الثانية (المهندس موسى قديمات).

أولاً: الكيل العرفي

الكيل العرفي هو الكيل الذي اتفقت عليه أعراف العمل في مجال المقاولات، ويختلف من طبيعة عمل إلى آخر، ومن منطقة إلى أخرى حتى للمهنة ذاتها. على سبيل المثال، يُقاس الحجر السراح العادي بالمتراً، بينما تقاس الزاوية حسب نوعها، حيث يصل قياس بعض الزوايا في الحجر إلى (4) أمتار مربعة

⁴⁰ هذا أيضاً ما جاء في القانون المدني الكويتي، حيث نصت المادة (886) منه على أنه:

1- إذا كان العمل مكوناً من عدة أجزاء أو كان المقابل محدداً على أساس الوحدة، جاز للمقاول أن يستوفي من المقابل بقدر ما أنجز من العمل بعد معاينته وتقبله، على أن يكون ما تم إنجازه جزءاً متميزاً أو قسماً ذا أهمية كافية بالنسبة إلى العمل في جملة، وذلك ما لم يتفق على خلافه.

2- يفترض فيما دفع المقابل عنه: أنه قد تمت معاينته وتقبله، ما لم يثبت أن الدفع كان تحت الحساب.

(المهندس فيصل دياب). تتسم هذه الكيلة بالاختصار ولا تأخذ في عين الاعتبار الكميات التفصيلية في الحساب، ويتم الحساب على أساس قاعدة (الفاضي ملان). ينتشر العمل بالكيلة العرفية في العقود الشفهية والعقود الصغيرة إضافة إلى عقود البناء، التي يكون فيها المقاول غير مصنف أو غير مسجل في اتحاد المقاولين. في هذا الكيل، لا يلتزم المقاول بإخبار صاحب البناء بماهية هذه الكيلة، أو بطريقة حسابها ما يؤدي إلى عدم دراية صاحب البناء بها أثناء التعاقد، والاصطدام بها في مرحلة تقدير قيمة أجر المقاول. في المقابل، عادة ما يعمل المقاولون المصنفون والمسجلون بالكيل الهندسي، وفي حال رغبوا في الكيل العرفي فإنهم يخبرون صاحب البناء مسبقاً بماهية هذا الكيل (السيد محمود جبيل، والمهندس محمود عبد الله، والمهندس حاتم جمعة).

عادة ما يكون هذا الكيل في صالح المقاول؛ لأنه لا يعتمد على مقدار العمل الذي قدمه. هذا يفسر أن عقود المقاولة التي تتم في الباطن (تعاقد مقاول رئيس مع مقاول فرعي لإنجاز جزء من العمل لحساب صاحب البناء دون أن يكون صاحب البناء طرفاً في هذه العلاقة) عادة ما تكون على أساس الكيل الهندسي؛ كون المقاول الرئيس يدرك أنه سيتضرر من الكيل العرفي (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية، والسيد محمود جبيل، والمقاول ناصر العسيلي). يبرز في هذا النوع من الكيلة الضعف المعرفي لصاحب البناء، وعدم تعادل المركز المعرفي بين طرفي العقد عند الاتفاق، ما يجعل المقاول في مركز أفضل عند قياس مقابل العمل المقدم (المهندس عادل عودة). على سبيل المثال، يتفق صاحب البناء مع مقاول تركيب بلاط على سعر المتر المربع للتركيب، وعند الكيل يطالب المقاول بمبلغ أكبر من العمل الذي قدمه نتيجة اعتماد الكيلة العرفية، حيث يتم احتساب كل متر طول من حواف البلاط التي تم تركيبها في أسفل جدران الغرف (البانيل) بمتر مربع. أيضاً، تبلغ تكلفة البناء عظم في الخليل (100) شيقل للمتر المربع دون أن يشمل هذا تقطيع البلوك، بينما يشمل هذا السعر تقطيع البلوك في منطقة جنين (المهندس جريس عطا الله). فكل منطقة لها عرف خاص، وهنا يصطدم صاحب البناء بأعراف لم يكن على علم

بها وقت التعاقد (المهندس أيمن عبد الحميد، والمهندس جمال عبد الله). هناك إجماع على أن المبالغ التي يسعى المالك إلى توفيرها جراء عدم الاستعانة بمهندس مشرف، سيدفع أكثر منها نتيجة اعتماد الكيل العرفي وعدم درايته به.

ثانياً: الكيل الهندسي

دائماً ما يكون الكيل الهندسي في عقود العطاءات الرسمية، وعقود المقاولات ذات الإشراف الهندسي، كما تتعامل عقود الهيئات المحلية والحكومية دائماً بهذا النوع من الكيل (المهندس وليد جعدي، والمقاول موسى عبد ربه). يتم هذا الكيل بحساب أمتار العمل الفعلية التي أنجزها المقاول، وهي بذلك تتسم بالعدل وتحديد مقابل العمل الفعلي للمقاول، فهي تعطينا بشكل دقيق مقدار الجهد المبذول، ومقدار المقابل المادي الذي يستحقه المقاول. لا تختلف هذه الكيلة من منطقة إلى أخرى كونها تعتمد على القياس الهندسي الدقيق، لأن الكيلة الهندسية تعتمد على الكميات التي يتم إنجازها باستخدام كيلها بالوحدة الهندسية (المهندس محمود عبد الله، والمهندس سالم جمعة). على سبيل المثال، لا تحسب مساحات الشبائيك وفتحات التهوية في الكيل الهندسي كون المقاول لم يقدم عملاً فيها. عادة ما تكون الكيلة الهندسية في مصلحة صاحب العمل ويفرضها المهندس المشرف على المقاول، وأحياناً ما يثور خلاف عليها بين المهندس المشرف والمقاول لعدم رغبة الأخير في اعتمادها. يُعتمد هذا الكيل في المشاريع ذات الإشراف الهندسي، حيث يقوم المهندس بداية بإعداد جدول كميات، ويطلب من المقاول اعتماد الكيل الهندسي (المقاول شكري الحرامي، والمهندس حبيب امسيح).

تبدو أهمية الاتفاق على طريقة الكيل بالنظر إلى فرق القياس المتبع في كل كيل. على سبيل المثال، في كيل الحجر، من الممكن أن تصل نسبة زيادة الثمن في الكيل العرفي عنه في الهندسي إلى (30%)، وهذا يعني أن صاحب العمل قد يتكلف آلاف الدولارات في حال أهمل الاتفاق على نوع الكيل، أو في حال عدم وجود مهندس مشرف يفرض هذا الكيل على المقاول عند التعاقد. في

المقابل، يدرك المقاول أهمية اختلاف هذا الكيل، لذا ستختلف مطالبه المالية باختلاف نوعه؛ فإذا تم الاتفاق على الكيل الهندسي؛ سيزيد معه سعر متر العمل المقدم عن الكيل العرفي بنسبة قد تصل إلى (20%) لإدراكه بعواقب التعاقد بهذا النوع من الكيل (المهندس حبيب امسيح، والسيد محمود جبيل).

متى لم يتفق طرفا العقد على الكيلة المعتمدة في العمل، اختلف المقابلون حول الكيلة التي سيتم الاعتماد عليها في القياس. هناك اتفاق بين الجميع على اعتماد الكيل الهندسي في المشاريع الكبيرة، أما في المشاريع الصغيرة، فقد أشار البعض إلى وجوب اعتماد الكيلة العرفية على أساس اتباع الأعراف التجارية السائدة في المنطقة (المهندس جمال إحميدان، والمقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية، والمهندس موسى قديمات)، في حين أشار البعض الآخر إلى وجوب اتباع الكيلة الهندسية، حيث لا يجوز لمهندس مسجل في نقابة المهندسين أن يعتمد كيلة مخالفة لما تعمل به النقابة (المهندس محمود عبد الله، والمهندس محمد الزبيدي، والمقاول فايز العملة، والمقاول ناصر العسيلي). يرى البعض الآخر أنه لا بد من الوصول إلى الإرادة الحقيقية للطرفين المتعاقدين للحكم بالكيل المعتمد (المهندس حاتم جمعه)، في حين يرى البعض الآخر أن العرف هو الأساس في تحديد نوع الكيل (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية)؛ فإذا كان العقد بين أناس عاديين نأخذ بما هو متعارف عليه بين الناس أي العرفي، وإذا كان العقد مع مؤسسة أو جهة رسمية فالمتعارف عليه هو الكيل الهندسي (المقاول موسى عبد ربه). يرى البعض الآخر أن العبرة هنا بالسعر المتفق عليه؛ فإذا كان السعر جيداً مقارنة بوضع السوق يُقضى هنا بالكيل الهندسي، أما إذا كان أقل منه فنقضي بالكيل العرفية (المقاول سميح طبيلة). يرى البعض الآخر أن الحل العشائري هو الأساس في مثل هذه الحالة من خلال اللجوء إلى ما يسمى بالجاهات (المقاول شكري الحرامي).

نحن بدورنا نميل إلى الأخذ بالكيل العرفي إذا تعذر الوصول لإرادة طرفي العقد للحقيقية؛ فالعرف مصدر من مصادر القاعدة القانونية، ويجب إعماله متى لم ينظم القانون أمراً معيناً، أو لم يتفق طرفا العقد على معالجة هذا الأمر.

ثالثاً: الكيل وفقاً لنموذج عقد الفيديك

تعامل نموذج عقد (الفيديك) بنوع من الواقعية والتوازن في تقرير أسلوب الكيل المتبع في عقد المقاوله. من ناحية، أقر (الفيديك) بجواز اتفاق طرفي العقد على نوع الكيل الذي يرتضيه، ويجب هنا احترام هذا الاتفاق وتطبيقه. في المقابل، أخذت قواعد (الفيديك) بأسلوب الكيل الهندسي في حال لم يتفق طرفا العقد على الكيل العرفي بصرف النظر عن الأعراف السائدة في مكان عمل البناء. هذا ما نصت عليه المادة (2/12) من نموذج الشروط العامة لعقد (الفيديك) التي جاء فيها: "باستثناء ما يرد خلافاً لذلك في العقد، وعلى الرغم من وجود أية أعراف محلية، يتم الكيل على النحو الآتي:

- ✧ تُكال الأشغال كيلاً هندسياً صافياً للكميات الفعلية من كل بند من بنود الأشغال الدائمة.
- ✧ يكون أسلوب الكيل وفقاً لجدول الكميات، أو أية جداول أخرى واجبة التطبيق.

3- آثار عقد المقاولة

تتمثل آثار عقد المقاولة في الالتزامات المترتبة على المقاول ورب العمل، حيث تتحدد هذه الالتزامات بداية بما اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً في العقد المبرم بينهما، إضافة إلى أية التزامات أخرى قد ينص عليها القانون. أشرنا في مقدمة هذه الدراسة إلى عدم وجود تنظيم قانوني خاص لعقود المقاولة في مجلة الأحكام العدلية، ما يجعلنا نحتكم إلى القواعد العامة النازمة لنظرية العقد في المجلة، وفي هذا قصور تشريعي واضح يُظهر أن جل الالتزامات المنصوص عليها أدناه غير منصوص عليها قانوناً في فلسطين، ما يجعل رب العمل في موقف قانوني ضعيف في مواجهة كل من المقاول والمهندس المشرف. إضافة إلى ذلك، أظهرت نتائج البحث الميداني أن طرفي عقد المقاولة عادة ما يغفلان الاتفاق على مثل هذه الالتزامات، مفترضين حسن النية في التنفيذ، وعدم الانتباه إلى إمكانية تنازع الطرفين في مرحلة ما بعد تنفيذ الالتزامات. هذا يعني وجود فراغ قانوني واضح في فلسطين فيما يتعلق بهذه الالتزامات. في المجمل ووفقاً للأنظمة القانونية المقارنة، تتمثل التزامات المقاول الرئيسية في إنجاز العمل المتفق عليه وتسليمه بعد إنجازه، إضافة إلى الالتزام بالضمان فيما يتعلق بالعمل المقدم. تتمثل التزامات رب العمل في تسلم العمل المقدم من المقاول ودفع البذل المتفق عليه، إضافة إلى ذلك، قد تتقاطع - أو تتضامن - مسؤولية كل من المقاول والمهندس الذي تولى وضع تصاميم البناء أو أشرف على سير العمل تجاه صاحب العمل عن الأضرار التي قد تنشأ عن العمل المنجز، وقد يعهد المقاول إلى مقاول فرعي (مقاول من الباطن) بجانب من التزاماته. ستكون هذه الالتزامات مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة، إضافة إلى بيان أسباب انقضاء عقد المقاولة.

3-1 التزامات المقاول

لم تنظم مجلة الأحكام العدلية عقد المقاولة بأحكام خاصة، وبالتالي لن نجد فيها التزامات محددة على غرار الأنظمة القانونية الأخرى، ما يجعل المقاول مستفيداً

بشكل كبير من هذا القصور التشريعي على حساب مصالح رب العمل. تضمن القانون المدني الأردني النص على التزامات المقاول في نصوص المواد من (783-791)، كما نص مشروع القانون المدني الفلسطيني على التزامات مماثلة في نصوص المواد من (739-747)، وهي في مجموعها تطابق ما نص عليه المشرع المصري. إضافة إلى ذلك، يفرض العرف التجاري في فلسطين بعض الالتزامات على المقاول، التي تتقاطع في مجموعها مع بعض النصوص القانونية العامة وبعض الأحكام الخاصة في نموذج عقد الفيديك (مثل الالتزام بالجودة والمواصفات، والالتزام بتقديم كفالات حسن تنفيذ وصيانة). ستكون هذه الالتزامات جميعها مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة، بعد أن نوجز الطبيعة القانونية للالتزامات المقاول في ضوء الأحكام القانونية العامة.

3-1-1 الطبيعة القانونية للالتزامات المقاول

عادة ما يقتصر دور المقاول على تقديم العمل على أن يقدم رب العمل المادة التي ستستعمل في العمل المراد القيام به، كما يجوز أن يقدم المقاول كلاً من العمل والمادة المستخدمة فيه. لا تنثير الطريقة الأولى أية إشكالية في تحديد طبيعتها، فهذا هو موضوع المقاول، بينما يقوم المقاول بعملين في الطريقة الثانية هما العمل (المقولة) والبيع الخاص بالمادة المستخدمة في العمل. يكون العقد مزيجاً من بيع ومقولة سواء أكانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أم أقل، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقولة على العمل وتطبق أحكامها عليه.⁴¹

يكون التزام المقاول بإنجاز العمل إما بتحقيق نتيجة وإما ببذل عناية، وذلك تبعاً لطبيعة العمل المراد إنجازه، كأن يكون إقامة بناء، أو ترميمه، أو هدمه، أو أن يكون إدارة عمل (أحمد أبو قرين 2003، ص 83). في المثال الأول لا يعد المقاول منجزاً لالتزامه إلا إذا تحققت النتيجة وأنجز العمل المطلوب، ولا يكفي

⁴¹ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص (781).

في إنجازهِ أنه بذل عناية الشخص المعتاد مادامت النتيجة لم تتحقق، ولا تنتفي مسؤولية المقاول إلا بإثبات السبب الأجنبي، وانتفاء مسؤوليته هذه إنما تأتي من نفي علاقة السببية لا من نفي الخطأ (مصطفى التارزي 1992، ص 7). في المثال الثاني، يكفي لاعتبار المقاول منجزاً لالتزامه أن يبذل في تنفيذ عناية الشخص المعتاد، سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق. عادة ما يحدد الاتفاق وطبيعة العمل نوع هذا الالتزام.

يكون المقاول مسؤولاً عن خطئه مسؤولية عقدية، وإذا استعان المقاول بشخص يساعده في إنجاز العمل فيكون مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تقصيرية بل مسؤولية عقدية أساسها عقد المقولة، ويكون المقاول مسؤولاً أيضاً في مواجهة رب العمل عن المقاول من الباطن، حتى لو كان هذا الأخير غير خاضع لتوجيهه.⁴²

يلتزم المقاول بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه تبعاً لمقدرة المقاول، وبمراعاة طبيعة العمل، ومقدار ما يقتضيه من دقة وفقاً لعرف الحرفة. والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة التزم بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، أي كانت طبيعة العمل المنجز (محمد الزحيلي 1994، ص 102).

إذا أخل المقاول بالتزامه بإنجاز العمل، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الإخلال، ولرب العمل المطالبة بالتنفيذ العيني، وله أيضاً أن يطالب بفسخ العقد والتعويض عن الأضرار التي أصابته.⁴³ لا تأخذ المحاكم الفلسطينية بالتنفيذ

⁴² المرجع السابق.

⁴³ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1999/525) أنه: إن اتفاق المدعي مع المدعى عليه (مؤسسة رناد للتعهدات) على القيام بأعمال (الطوبار) لصالحها في مصنع للملابس الجاهزة يجعل من عدم لجوء المدعى عليها إلى حكم المادة المشار إليها أعلاه للحصول على حقها المزعوم وقيامها ومن تلقاء نفسها بخضم ما نسبته (20%) من قيمة الأعمال التي أنجزها المدعي لصالحها بحجة التنفيذ المعيب، الذي لم يثبت أصلاً حصوله بالبيئة القانونية فيه مخالفة لحكم القانون ولا يعتد به وتبقى ذمتها مشغولة بهذا المبلغ لصالح المدعي.

العيني، وغالباً ما تقضي بالتعويض بشكل مباشر كما هو مشار إليه أدناه بالتفصيل عند الحديث عن انقضاء عقد المقاولة.

3-1-2 التزام المقاول بجودة مادة العمل المقدمة

إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها، فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات، وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المواد أن تكون وافية بالغرض المقصود، وإذا لم تبين درجة المواد من حيث جودتها ولم يكن بالإمكان استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف أخرى، التزم المقاول بتقديم مواد من صنف متوسط طبقاً للقواعد العامة، وعلى المقاول أيضاً ضمان المواد المقدمة وفقاً لأحكام الضمان في عقد البيع⁴⁴؛ لأنه يكون في هذه الحالة بائع للمواد التي يقدمها (محمد الزحيلي 1994، ص 103)، هذا ما ورد صراحة في مجلة الأحكام العدلية وكافة الأنظمة القانونية المقارنة.

أبرزت نتائج البحث الميداني أهمية هذا الالتزام، حيث درج العرف التجاري على تسمية هذا المعيار في عمل المقاولات بالمواصفات والمقاييس، وهي على نوعين (المقاول سميح طيلة):

✧ جودة المادة الخام المقدمة، ويتم التحقق منها عن طريق المختبرات (مثل جودة الباطون المستخدم في البناء وصلابته)، ومن السهل التعامل مع هذه الجودة؛ لأنها يُعبر عنها بالأرقام، ومن السهل الوصول إليها من خلال الفحص المخبري في المختبرات المعتمدة بواسطة نقابة المهندسين، لذا قليلاً

⁴⁴ هذا ما جاء في نص المادة (783) من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه إذا اشترط على المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها طبقاً لشروط العقد. وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية وأن يرد لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيب أو فقدت فعليه ضمانه. يماثلها نص المادة (739) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (647) من القانون المدني المصري.

ما تكون موضوع خلاف في عقود البناء (المهندس سالم جمعة). على سبيل المثال، لو تم التعاقد على تقديم المقاول لباطون (p300)، ويعني هندسياً أن مقاومته للضغط بعد (28) يوماً يجب أن تكون على الأقل (300) كيلو غرام لكل (1) سم²، يتم هنا أخذ عينات للفحص، ويتم الحصول على النتيجة بعد (28) يوماً، فإذا كانت النتيجة 250 يكون ناجحاً، أما إذا كانت النتيجة (200) فيكون غير ناجح (المهندس حبيب امسيح، والمهندس عادل عودة). وقد نلجأ هنا إلى الهدم في حالة عدم تناسب هذه النتيجة بشكل كبير مع ما تم الاتفاق عليه أو مع المخططات الهندسية. في حال لم يتم الاتفاق على معيار جودة معين بين الطرفين، يتم هنا الاحتكام إلى المواصفات الفلسطينية المقررة للمادة أو العمل محل الخلاف (المهندس مروان شطارة، والمهندس أيمن عبد الحميد).

✧ جودة العمل (المصنعية) المقدمة من المقاول، يتم التحقق منها من خلال الإشراف الهندسي أو تقدير الخبراء، يتم التعامل مع هذا النوع من المواصفات عن طريق المعرفة الذاتية والخبرة في التعامل معها (مثل الحجر) (المهندس وليد جعدي). يشير الواقع العملي إلى صعوبة الاتفاق المسبق على معيار الجودة بشكل دقيق، حيث يصعب تحديد نسبة جودة المصنعية المقدمة، وهنا يتم الاكتفاء بمستوى جودة متوسط وفقاً لتقدير أهل الخبرة.

3-1-3 التزام المقاول بتقديم كفالة حسن التنفيذ

هي الكفالات المالية أو المصرفية التي يقدمها المقاول لصاحب البناء لضمان حسن تنفيذ العمل، وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ووفقاً لمعايير الجودة والمواصفات المتعارف عليها في السوق. يقتصر وجود هذه الكفالات في العقود الكتابية فقط، ولا توجد مثل هذه الكفالات في العقود الشفهية، حيث يرى البعض أن تنفيذ العقد الشفوي يرتبط بالشهامة والأخلاق فلا يتم الالتزام بكفالة حسن تنفيذ ما يضر بمصالح المالك كثيراً (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية). أظهرت

نتيجة البحث الميداني وجود ثلاثة أنواع من الكفالة في عقود المقاولات المكتوبة، هي:

1. كفالة دخول عطاء: تكون في عقود المناقصات، وتدل على مصداقية المقاول المتقدم للعطاء والتزامه بشروط العطاء المعلن عنها، وتُرد لكل شخص دخل في العطاء ولم يرسو عليه.
2. كفالة حسن تنفيذ: تكون خلال العمل، وتشمل العمل بالمواعيد، وعدم التأخير في العمل بما يشمل التزام المقاول بعمله، بحيث إذا خالف، أو قصر، أو لم يتبع المواصفات يتم تسيلها (أي الاتفاق منها على أعمال الصيانة) وإصلاح الخلل من قيمتها، وتنتهي بانتهاء العمل. تبلغ قيمتها (20%) من مجموع أجر المقاول، وتحسب على النحو الآتي: قيام المقاول بدفع (10%) بداية من قيمة العمل المتفق عليه، أو تقديم كفالة مصرفية بها، إضافة إلى حق صاحب البناء في حجز نسبة (10%) من قيمة المستحقات المالية للمقاول (تسمى محجوزات) أثناء فترة العمل (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية، والمقاول فايز العملة).
3. كفالة صيانة عيوب لمدة سنة وهي (5%) من قيمة مستحقات المقاول الكلية، وقد تكون هذه الكفالة مشمولة بكفالة حسن التنفيذ، وبالتالي ترد ضمن نسبة كفالة حسن التنفيذ المتفق عليها (المهندس جمال إحميدان).

إضافة إلى ذلك، تعترف الأعراف المهنية السائدة بحق صاحب البناء بحجز مبالغ مالية إضافية، يتم اقتطاعها من أجر المقاول بوصفها نوعاً من أنواع ضمانات حسن التنفيذ مادام المقاول قد وافق على ذلك (المهندس محمد الحشيم).

تكون هذه الكفالات في شكل كفالات مصرفية متفق عليها، وقد تكون في شكل مبلغ نقدي يحتجزه صاحب البناء. تعتبر الحالة الثانية هي الأفضل بالنسبة لصاحب البناء، كونها أسهل في الاستحقاق (المقاول فايز العملة). يسترد المقاول هذه الكفالات متى أثبت البناء نجاحه، أو التزم بصيانة أي عيوب فيه،

ويختلف معيار النجاح هذا باختلاف طبيعة العمل المقدم من المقاول. على سبيل المثال، إذا تحدثنا عن تركيب شبابيك ألومنيوم سيكون الفحص عملياً بعد انتهاء أول موسم أمطار، وإذا تحدثنا عن تمديدات صرف صحي فنحن هنا بحاجة إلى فترة اختبار لا تقل عن (6) أشهر، وإذا تحدثنا عن أساسات خرسانية فقد تمتد هذه الفترة لمدة سنة لاختبار أية تصدعات في البناء. في المجمل، هناك إجماع على ضرورة أن لا تزيد مدة هذه الكفالة عن سنة كونها في ذلك ستضر بمصالح المقاول الاقتصادية، وستؤدي إلى تجميد أموال قد يكون في حاجة إليها (المهندس جريس عطا الله، والمهندسة نهى غنيم، والمهندس محمود عبد الله، والمهندس محمد الزبيدي، والمهندس جمال إحميدان).

في عقود الهيئات المحلية، تقوم البلديات بمتابعة المشاريع خلال العام للتأكد من حسن التنفيذ، وبالتحديد آخر شهر أو (10) أيام قبل إنهاء تاريخ الصيانة، وإذا وجد خلل يطلب من المقاول تعديل الخلل، وإذا لم يتقيد يطلب من البنك تسهيل الكفالة وعدم إرجاعها لصاحبها (المهندس وليد جعيدي).

3-1-4 الحفاظ على مصلحة صاحب العمل

إذا قدم صاحب العمل مادة العمل، وجب على المقاول الحرص عليها، ومراعاة الأصول الفنية في صنعها ورد ما تبقى منها لصاحب العمل، كونه أميناً على مصلحة صاحب العمل وممثلاً لها، فإن أهمل أو قصر في ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها. يلتزم المقاول في هذه الحالة ببذل عناية الرجل المعتاد (المتوسط)، وعليه أن يستخدم هذه المواد طبقاً لأصول الفن الصناعي، فيتجنب الإفراط والتفريط فيها، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل دون نقص أو زيادة. وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، يقع على رب العمل عبء إثبات إهمال المقاول أو عدم بذله عناية الشخص العادي.⁴⁵ هذا ما نصت عليه المادة (783)

⁴⁵ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 782.

من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها، وأن يراعي في عمله الأصول الفنية، وأن يرد لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها.

3-1-5 تقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات

نصت المادة (784) من القانون المدني الأردني على التزام المقاول باستخدام الآلات والأدوات اللازمة لإتمام عمله على نفقته الخاصة، إضافة إلى تأمين نقلها إلى مكان العمل ما لم يقض الاتفاق بخلاف ذلك. تتمثل طبيعة هذه الأدوات بأنها غير استهلاكية (مثل خلطة الباطون، والروافع، وموازن قياس الميل... إلخ)، وبالتالي ستعود في نهاية الأمر بعد استعمالها إلى الحالة التي كانت عليها⁴⁶

3-1-6 إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد

يلتزم المقاول بإنجاز العمل وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، أو وفقاً للأعراف السائدة في منطقة مكان العمل⁴⁷، ويعني هذا حق صاحب العمل في الإشراف المستمر، والرقابة على الطريقة التي يؤدي بها المقاول عمله،⁴⁸ إضافة إلى حقه في الاعتراض على هذه الطريقة متى كانت مخالفة لجوهر العقد أو الأعراف السارية في مكان العمل.⁴⁹ تبعاً لهذا، يحق لصاحب العمل طلب فسخ العقد إذا

⁴⁶ نصت هذه المادة على ما يأتي: على المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره. يمثّلها نص المادة (742) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (649) من القانون المدني المصري.

⁴⁷ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1060/1999).

⁴⁸ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1987/23).

⁴⁹ جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني تعليقاً على هذا الالتزام ما يأتي: تنظم هذه المادة المقاول مراعاة شروط العقد وإنجاز العمل خلال المدة المتفق عليها، وإذا لم توجد شروط خاصة في العقد أو لم تحدد مدة للإنجاز، التزم المقاول حينئذ بالأصول المتعارف عليها وفي مدة معقولة تتفق مع طبيعة

أخل المفاوض بهذا الالتزام على نحو تعذر معه إصلاح العمل المنجز حتى لو كان جزئياً⁵⁰، أما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لصاحب العمل إنذار المفاوض بتصحيح العمل خلال أجل معقول،⁵¹ فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له طلب فسخ العقد قضاءً، أو الترخيص له بواسطة القاضي التعاقد مع مفاوض آخر لإتمام العمل على نفقة المفاوض الأول⁵²، وبالتالي يستطيع صاحب العمل فسخ العقد دون حاجة إلى تحديد مدة للإصلاح أو لإتمام العمل في الحالات الآتية:⁵³

1. إذا كان إصلاح العيوب مستحيلاً.
2. عدم التزام المفاوض بشروط العقد.
3. تأخر المفاوض في البدء بالتنفيذ، أو في إنجاز العمل تأخرًا لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن المفاوض القيام بالعمل في المدة المتفق عليها.
4. إذا اتخذ المفاوض مسلكاً ينم عن عدم تنفيذ التزامه.
5. إذا قام المفاوض بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ إنجاز العمل مستحيلاً.

العمل. وقد أعطت هذه المادة لصاحب العمل الحق في فسخ عقد المفاوضة، إذا تبين أن المفاوض يقوم بالعمل المطلوب القيام به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد، وذلك بعد تحديد مهلة معقولة لتصحيح الأعمال ولم يقدّم المفاوض بذلك، كما يجوز لصاحب العمل أن يعهد العمل إلى مفاوض آخر لإتمام ما قام به المفاوض المخالف أو تصحيحه على نفقة المفاوض الأول. انظر نص المادة (743) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁵⁰ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1987/638).

⁵¹ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/454.

⁵² نصت المادة (785) من القانون المدني الأردني على أنه:

يجب على المفاوض إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن وأما إذا كان الإصلاح ممكناً جاز لصاحب العمل أن يطلب من المفاوض أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل ضمن مدة معقولة، فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد أو الترخيص له في أن يعهد إلى مفاوض آخر بإتمام العمل على نفقة المفاوض الأول. يماثلها نص المادة (743) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (650) من القانون المدني المصري.

⁵³ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 785.

3-2 المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس في عقود المقاولات

يضمن المقاول ما نشأ عن عمله من ضرر أو خسارة، سواء كان هذا الضرر ناتجاً عن تعديه أو إهماله وتقصيره، ويُستثنى من ذلك حالة وقوع الضرر لسبب أجنبي قهري لا يد للمقاول فيه (مثل هزة أرضية، أو اجتياح عسكري أدى إلى تهدم البناء، أو صدور قرار إداري بمصادرة وهدم البناء...إلخ). قد تكون مسؤولية المقاول فردية تجاه صاحب البناء، وقد تكون مشتركة مع المهندس المشرف على البناء وفقاً لطبيعة عمل المهندس. كما قد يعهد المقاول إلى بعض المقاولين الفرعيين (مقاولين من الباطن) ببعض من الأعمال المتفق عليها أو كلها، وسيكون هنا مسؤولاً تجاه صاحب البناء عن أعمال هؤلاء المقاولين الفرعيين.

ترتبط المسؤولية في النظام القانوني الفلسطيني بشكل أساسي بالضرر، فالضرر هو أساس المسؤولية ومقداره هو العامل المؤثر في تحديدها. يؤدي هذا إلى إشكالات عملية في عقود المقاولات، حيث يختلف تقدير هذا الضرر من شخص إلى آخر ما يؤثر بشكل كبير على مقدار الضمان، أو التعويض المستحق في هذه الحالة.

3-2-1 تقدير الأضرار في عقود المقاولات

يتوقف حجم المسؤولية عن تعويض أي طرف على حجم الضرر الذي أصابه، وإلى أي مدى يؤثر على مصالح الطرف المتضرر. يعكس هذا أهمية تحديد كيفية تقدير الضرر في هذه المسؤولية، وجرى العمل في ظل أحكام القضاء الفلسطيني بشأن قياس أضرار عقود البناء على انتداب خبراء هندسيين معتمدين من وزارة العدل، لتقديم تقرير يوضح حجم هذه الأضرار وقيمتها المادية، وإلى أي مدى يمكن إصلاحها أو تقديم تعويضات عنها (القاضي رائد عصفور، والقاضي حمادة براهيمة). على هذا الأساس، يتم قياس أضرار عقود البناء بناء على النظرة التقديرية لهذا المحكم، ومن خلال البحث في كل حالة تعاقدية بشكل مستقل بما يناسب خصوصيتها. مما لا شك فيه أن الاعتماد على تقارير الخبراء

في هذه المسألة، واعتماد مثل هذا النهج في التعامل، قد يتنافى مع متطلبات تحقيق العدالة المرجوة من خلال عدم اتباع قواعد قانونية عامة تطبق بشكل موحد على جميع منازعات عقود البناء، ومن ثم ستفقد القاعدة القانونية أحد أهم خصائصها، ألا وهي العمومية والتجريد.

أظهرت نتائج البحث الميداني اختلاف أسلوب قياس الأضرار بحسب الاتفاق الذي يتوصل إليه أطراف النزاع، فقد يجري الاتفاق على أسلوب محدد أو الجمع بين عدة أساليب مع تحديد مجال عمل كل منها. في المجمل، تتم عملية القياس هذه إما بالاعتماد على تقرير يقدمه المهندس الاستشاري، أو على تقرير يقدمه الخبير المنتدب من المحكمة، أو هيئة التحكيم والحاصل على اعتماد وزارة العدل.

✧ قياس الأضرار بواسطة المهندس الاستشاري: أجمع المهندسون والمقاولون الذين تمت مقابلتهم على ضرورة انتداب المهندس الاستشاري للمشروع لقياس الأضرار التي يدعيها مالك البناء، ومن ثم لا يجوز لمالك البناء الطعن في تقدير المهندس متى كان المالك هو الذي اختار المهندس، ومرد هذا أن المهندس الاستشاري ينوب عن صاحب البناء في الإشراف على تنفيذ أعمال المقاول وحساب مستحقات المقاول، ومن ثم فإن التقرير الذي يصدر عن المهندس باستحقاق المقاول أي مبالغ عن أعمال كُلف بها في حدود نيابته عن صاحب العمل، تعتبر ملزمة لصاحب البناء، باستثناء حالة وجود غش، أو تواطؤ بين المقاول والمهندس.⁵⁴

نرى أن إطلاق العنان لتقدير المهندس في هذه الحالة قد يكون أمراً غير عادل، كون المهندس قد يفتقد عنصر الحياد، لكونه ممثلاً عن صاحب البناء في الأساس، ما قد يثير الشكوك حول عدالة ما قدره المهندس، إضافة إلى ذلك، لا تجيز قواعد أصول المحاكمات المدنية الوطنية أن يكون الشخص خصماً وحكماً

⁵⁴ انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 67 لسنة 1998.

في الوقت ذاته، ومادام المهندس ممثلاً عن صاحب البناء فهنا يمكن اعتباره خصماً في مواجهة المَقاول.

✧ قياس الأضرار بمعرفة خبير منتدب من وزارة العدل: يرى من تمت مقابلتهم من رجال القانون (محامون، وقضاة) جواز أن يعهد القاضي إلى خبير في مجال العقارات والبناء بطلب منه إصدار تقرير فني حول ماهية الأضرار الواقعة وقيمتها المالية (القاضي رائد عصفور)، على أساس عدم قدرة القاضي الوصول إلى هذه الحقائق بالاعتماد على تقديره الشخصي. تجيز قواعد الإثبات الوطني الاستعانة بأهل الخبرة بموضوع النزاع لمعاونة المحكمة في مهمة الفصل العادل في النزاع موضوع البحث، وقد يبادر القاضي الوطني إلى إحالة الأمر إلى خبير معين معترف به في سجلات وزارة العدل الفلسطينية، وقد يقدم أحد طرفي النزاع تقريراً فنياً عن أحد الخبراء يخص موضوع النزاع ويسمى بالتقرير الاستشاري.

تتوافق هذه القواعد مع ما ورد في نموذج عقد (الفيديك)، حيث اعترفت قواعد (الفيديك) باشتغال منازعات عقود البناء على جوانب فنية ومسائل قانونية، وبالتالي فإن التوصل إلى تقدير صحيح لقياس الأضرار يقتضي أن ينظر النزاع ذوو الخبرات الفنية والهندسية والقانونية على نحو يعكس مختلف التخصصات التي يشملها موضوع النزاع، ليتسنى الوصول إلى قياس دقيق لأضرار البناء. لهذه الأسباب، أقرت قواعد (الفيديك) جواز الاستعانة بخبراء لقياس الأضرار، إلا أن هذه القواعد تميز بين طريقتين لتدخل الخبراء في حسم النزاع: الأول هو أن يعهد أطراف النزاع إلى الخبير بمهمة تحديد نقاط النزاع وتقويم وضعه، وإبداء مقترحات بشأن كيفية حسمه، حيث تتفق الأطراف بداية على مقدار القوة الإلزامية لقرار الخبير (الإلزامي أم استرشادي في تسوية النزاع). أما الطريقة الثانية فتتمثل في تقدير عمل الخبير بوصفه عنصراً من عناصر الإثبات في تحديد الضرر، وفي النهاية، يُسجل تقرير الخبير، ويوقع عليه أطراف النزاع، وسيكون في هذه الحالة هو أساس الحل إذا اتفقوا بداية على إلزامية القرار

الصادر عنه، وسيكون في الحالة الثانية بمثابة دليل إثبات تأخذ به هيئات التحكيم، أو الهيئات القضائية عن نظر النزاع.

إضافة إلى ذلك، أقرت قواعد (الفيديك) بإمكانية اتفاق طرفي النزاع على قيام وسيط بتسوية النزاع، وفي هذه الحالة يعمل هذا الوسيط عمل المحكم الفرد، وينبغي عليه مراعاة قواعد التحكيم وأصولها المنصوص عليها قانوناً.

2-2-3 المسؤولية العقدية للمقاول في عقود المقاولات

متى اقتصرت مسؤولية المهندس على إعداد التصميمات دون الإشراف على التنفيذ، وكان الضرر ناتجاً عن خطأ في التنفيذ وليس التصميم، كان المهندس مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، وإذا عمل المقاول تحت إشراف المهندس أو صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس المصمم، فلا يكون الأخير مسؤولاً عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم.⁵⁵ تحدد هذه الحالة مسؤولية كل من المهندس والمقاول، حيث يكون المهندس مسؤولاً عن عيوب التصميم إذا لم يشرف على التنفيذ، في حين يكون المقاول مسؤولاً عن عيوب تنفيذ العمل دون عيوب التصميم إذا عمل المقاول تحت إشراف المهندس أو صاحب العمل.⁵⁶ وفقاً للقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني

⁵⁵ المادة (789) من القانون المدني الأردني المادة (745) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (652) من القانون المدني المصري.

⁵⁶ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1999/236) ما يأتي:
1- إن التزام المقاول بضمان ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء كان هذا بتعديه أو بتقصيره يظل قائماً خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل حتى لو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة، وعلى أن تقام الدعوى خلال سنة من تاريخ حصول التهدم أو اكتشاف العيب عملاً بأحكام المواد 786 - 791 من القانون المدني وحيث أن المدعى عليه أقر بأنه أقام البناء للمدعية عام 1993 في حين أن العيوب ظهرت عام 1996 وتعد المدعى عليه بإصلاحها حسب المواصفات الهندسية خلال شهر ونصف وأن للمدعية الحق في حال تخلفه عن إصلاحها القيام بإصلاح العيوب بواسطة مقاول آخر وعلى نفقة المدعى عليه ومطالبته قضائياً بما دفعته دون توجيه إنذار كما أقر المدعى عليه في جوابه على لائحة الدعوى باستعداده للقيام بالإصلاحات في أي وقت وحيث أن الدعوى مقامة في سنة 1996 أي خلال السنة التي ظهر فيها العيب وفقاً للمادة (791) من القانون المدني فتكون الدعوى مقامة خلال المدة القانونية، إضافة إلى أن الإقرار الخطي الصادر عن المدعى عليه

الفلسطيني، يبطل كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه.⁵⁷ يترتب على ذلك أن كل اتفاق على إعفاء المهندس أو المقاول أو الحد منها باطل، ويمكن تبرير ذلك بأن رب العمل لا يكون عادة من ذوي الخبرة الفنية في أعمال البناء؛ ولذلك كان لا بد من حمايته حماية خاصة، بينما يعتبر المقاول والمهندس، وهما من رجال الأعمال من ذوي الخبرة الفنية، والجانب الأقوى في عقود المقاوله بسبب هذه الخبرة.

3-2-3 المسؤولية العقدية المقاول والمهندس بالتضامن تجاه صاحب العمل

عادة ما يتدخل المهندس المدني أو المعماري لإنجاز العمل المطلوب من خلال (يوسف عبيدات 1987، ص 60):

- ✧ إعداد مخططات التصميم والتنفيذ للعمل الذي سيباشره المقاول فيما بعد (عقد تصميم).
- ✧ إعداد المهندس لمخططات التصميم والتنفيذ، إضافة إلى تدخله في الإشراف على عمل المقاول أثناء مرحلة البناء، إما بشكل جزئي أو كلي.

عادة ما يتضمن عقد الإشراف الهندسي تحديد حدود مسؤولية المهندس، وماهية الآثار المترتبة متى نشأت هذه المسؤولية. تولت نقابة المهندسين إعداد نماذج

وإقراره في إجابته على لائحة الدعوى يقطعان مدة التقادم وبالتالي يكون الدفع بالتقادم في غير محله ولا يرد على الدعوى.

2- إقامة المقاول البناء العائد للمدعية ليلا وبدون مخططات هندسية وبالقرب من الحفر الامتصاصية مما عرضه للتهدم والتشقق لا يعفيه من المسؤولية عن عيوب البناء وفقا للحكم المادة (788) من القانون المدني بل يؤكد مسؤوليته لإقدامه على البناء بدون مخططات وبدون ترخيص وعلى أرض معيبة وبالليل حتى لا يكشف أمر قيامه بالبناء خلافا للقانون.

3- الطعن بتقرير الخبرة واعتماد المحكمة له طعن بالصلاحيية التقديرية لمحكمة الموضوع بوزن البيانات وتقديرها والأخذ بما تقتنع به منها، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك مادامت النتيجة المستخلصة منها سائغة ومقبولة ولها أصلها في الأوراق.

⁵⁷ نص المادة (790) من القانون المدني الأردني المادة (746) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (653) من القانون المدني المصري.

عقود الاستشارات الهندسية على نحو يوازن بين مصالح مالك البناء والمهندس في الوقت ذاته، عادة ما تختلف حدود مسؤولية المهندس باختلاف طبيعة عمله المقدم: عقد تصميم، إشراف جزئي، أو إشراف كلي. في المجمل، يميز القانون والواقع العملي بين تضامن مسؤولية المهندس مع المقاول في هاتين الحالتين بشكل واضح، حيث يضع القانون الفرضيتين الآتيتين:

في عقد التصميم، يكون المهندس مسؤولاً عن أية عيوب في التصميم أدت إلى حدوث العيب في البناء، دون أن يكون مسؤولاً عن التنفيذ. يقوم المهندس في الإشراف الجزئي بزيارة الورشة في حالات صببات الباطون الأساسية (مثل الأساسات والأعمدة والسقوف) للتأكد من حسن سير العمل، ويجب أن يشرف المهندس على أية كمية باطون يتم صبها في العقار. أظهرت نتائج البحث الميداني عدم التزام البلديات والهيئات المحلية بهذا الالتزام (المقاول سمح طيلة، والمهندس حاتم جمعة، والمقاول ناصر العسيلي).

في حالة الإشراف الجزئي، تكون مسؤولية المهندس محددة، وتتمثل في زيارات متقطعة، وفي هذه الحالة قد تنتهي مسؤولية المهندس بالتعليمات التي يصدرها إلى المقاول، دون أن يكون مسؤولاً عن التزام المقاول بهذه التعليمات (المهندس محمود عبد الله، والمهندس جمال إحميدان). على سبيل المثال، يطلب المهندس من المقاول استخدام درجة قوة باطون معينة، ويأتي بعد ذلك لفحص الباطون بعد صبه، فإذا خالف المقاول تعليمات المهندس يحق للمهندس هنا مطالبة المقاول بإزالة ما تم صبه على نفقة الأخير؛ لأنه لم يلتزم بتعليماته (المهندس محمد الزبيدي). على سبيل المثال، في قضية إسكان يقع في منطقة المعلوفية عند منطقة سطح مرحبا في رام الله، أعطى المهندس تعليمات للمقاول بفحص متانة العقدة قبل الصب، فلم يهتم المقاول والمالك بهذه التعليمات وقاما بتوزيع البلوك على العقدة دون تفقد متانتها بشكل جيد. انهار أساس العقدة قبل الصب وبعد توزيع البلوك، ما أدى إلى وفاة أحد العمال. في هذه القضية كان الإشراف الهندسي جزئياً، ولم يلتزم المالك والمقاول بتعليمات المهندس فانتهت مسؤولية

المهندس بإصدار التعليمات فقط. للأسف، انتهت القضية في شقها المدني بالتصالح على الحق الشخصي بين جميع الأطراف عشائرياً (التصالح على فنان قهوة كما عبر المبحوث)، وسيتمد البحث في الحق العام إلى سنوات عديدة (المهندس محمد الزبيدي).

في قضية أخرى في منطقة عطارة في محافظة رام الله، وقعت حادثة توفى فيها شخص، وسجن المهندس والمقاول، فتوجهت نقابة المهندسين إلى لنائب العام للمطالبة بعدم جواز التعرض للمهندس، لأن المهندس أعطى تعليماته، وانتهت مسؤوليته بذلك، وفي النهاية يأتي المهندس ليتأكد من اتباع هذه التعليمات، أما خلال فترة التنفيذ فلا ذنب للمهندس بما يحدث (المهندس محمد الزبيدي). يرى بعض المقاولين أن هناك التزاماً على المقاول بلغت نظر المهندس الاستشاري متى وجد خللاً ما أو خطأ، وإذا رفض المقاول يحمله كامل المسؤولية، ومن حق المقاول أن يخاطب المالك بذلك؛ لأن المهندس الاستشاري قد تأخذه العزة بالإثم فلا يستجيب للمقاول (المقاول سمير أبو دية).

أخيراً، في حالة الإشراف الكلي تتشدد مسؤولية المهندس على نحو أكثر مما عليه الحال في الجزئي، وهنا قد نصل إلى مرحلة التضامن في المسؤولية بين المهندس والمقاول، على أساس تفرغ المهندس للعمل الكلي في البناء ومراقبته الكلية لما يتم فيه. هذا ما ورد في المادة (788) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: "إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه، على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول". يماثلها نص المادة (744)⁵⁸ من مشروع القانون المدني الفلسطيني

⁵⁸ نصت هذه المادة على أنه:

1- يضمن المهندس والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان، أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض التي أقيمت عليها، أو

والمادة (651) من القانون المدني المصري. فالضمان الذي تقرره هذه المادة ضمان من نوع خاص، وخصوصيته تتمثل في الآتي (محمد الزحيلي 1994، ص 102):

- ✧ أقامت هذه المادة التضامن بين المهندس المعماري والمقاول بنص القانون، وبالتالي تنشأ هذه المسؤولية دون حاجة للاتفاق عليها في عقد البناء.
- ✧ يمتد ضمان المقاول والمهندس إلى ما يصيب المباني والمنشآت من تهم كلي أو جزئي خلال عشر سنوات من وقت تسليمها لصاحب العمل ولذا يسمى (بالضمان العشري) ما لم يتبين من أن طبيعة هذه المباني تجعل من بقائها مدة أقل (يوسف عبيدات 1987، ص 106)؛
- ✧ لا يقتصر هذا الضمان على التهم، بل يمتد كذلك إلى ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب، من شأنها أن تؤدي إلى تهم المباني وتهدد متانة البناء وسلامته.⁵⁹ على هذا النحو، جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية ما يأتي: إذا ثبت للمحكمة أن المخطط الذي صممه المهندس كان معيباً، وأن البناء الذي شيده المقاول تنفيذاً للمخطط المذكور كان معيباً أيضاً لدرجة يتعذر إصلاحه، فإن المهندس المصمم يكون مسؤولاً بالتعويض عن هذا العيب، ويكون المقاول مسؤولاً عن التعويض أيضاً.⁶⁰ فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية، لا تنظم المجلة مبدأ التضامن في المسؤولية بين المهندس والمقاول، وهذا نقص معيب وقائم، بحيث يستطيع المقاول أن يعفي نفسه في

كان صاحب العمل قد أجاز إقامتها معيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت أو المباني مدة أقل من عشر سنوات.

2- تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم صاحب العمل له، ولا تسري أحكام هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن.

⁵⁹ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1987/207) ما يأتي:

إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث من تهم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو كان الخلل أو التهم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة، وذلك عملاً بالمادة (788) من القانون المدني.

⁶⁰ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/454.

عقد المقاولة من أية مسؤولية في حال تهدم البناء، أو أصابه عيب يهدد من سلامته، وكذلك المهندس المصمم.

إضافة إلى ذلك، ينص القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني صراحة على بطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه.⁶¹ لا يوجد نص مماثل في القواعد العامة لمجلة الأحكام العدلية، حيث تجيز القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية للأطراف المتعاقدة الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية، باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم من الشخص مرتكب الخطأ. يعني هذا إمكانية الاتفاق على إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه في فلسطين وفقاً للقواعد العامة للمجلة. أظهرت نتائج البحث الميداني إجماع من تمت مقابلتهم على عدم وجود هذا الشرط في الواقع العملي؛ لاستحالة موافقة مالك البناء على هذا الأمر، كما يتعارض هذا الشرط مع ما ورد من التزامات عقدية في نموذج عقد (الفيديك)؛ لذلك لا توجد أهمية من بحث هذا الأمر في دراستنا.

تنص قواعد الإشراف الصادرة عن نقابة المهندسين الفلسطينيين إلى وجوب توافر الإشراف الكلي في حال بلغ مسطح البناء مساحة (1200) متر مربع، وهنا يلتزم صاحب البناء بالتعاقد مع مهندس مشرف بشكل كلي، ويدفع له مبلغاً شهرياً يعادل متوسط دخل هذا المهندس (المهندس محمود عبد الله، والمهندس جمال إحميدان، والمهندس محمد الزبيدي). ما يحدث على أرض الواقع هو تعاقد مالك البناء بشكل صوري مع مهندس مشرف فقط، للحصول على توقيعه لاستيفاء متطلبات الترخيص مقابل مبلغ مالي متفق عليه بين الطرفين دون أن يكون هناك إشراف هندسي فعلي (المهندس حاتم جمعة، والمقاول ناصر العسيلي).

⁶¹ نص المادة (790) من القانون المدني الأردني المادة (746) ومن مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (653) ومن القانون المدني المصري.

3-2-4 آثار الإخلال بالمسؤولية العقدية

أظهرت نتائج البحث الميداني في هذا الموضوع وجود توافق كامل بين ما ورد في القانون، والتطبيق العملي على أرض الواقع، حيث إن الأساس هو التنفيذ العيني إن كان ممكناً (مثل إصلاح دهان، أو إعادة بناء جدار استنادي)، وفي حال كان التنفيذ العيني غير ممكن (مثل استخدام المقاول لحجر غير متفق عليه)، يأتي هنا دور التعويض من خلال خصم مبلغ مالي من أتعاب المقاول يعادل مقادر هذا النقص في المواصفات أو جودة العمل (المهندس حاتم جمعة، والمقاول موسى عبد ربه).

يتميز البعض بين الأخطاء التي تتعلق بالسلامة الإنشائية والأخطاء الأخرى المتعلقة بكمال الجودة (مثل جودة الدهان، أو استقامة الجدران الكاملة... إلخ)، ففي النوع الأول يجب أن يكون جبر الضرر من خلال معالجة الخطأ بشكل كامل، بينما يقتصر الحل في النوع الثاني على الخصومات المالية والغرامات التعويضية. قد يصل الأمر إلى وجوب إزالة البناء بشكل كامل إذا تعلق الخطأ بمتانة البناء وقدرته على البقاء، حيث يسمى البعض مثل هذه الأخطاء بالأخطاء القاتلة (المقاول شكري الحرامي)، ويرى هذا المبحوث أن دور الحكومة يجب أن يبرز في هذا المجال باستصدار أمر هدم مهما كانت التكاليف، ويروي أن هذا حدث في منطقة تل بيوت في القدس ذات مرة.

تتشدد الهيئات المحلية ومؤسسات القطاع العام في التعامل مع هذه المسؤولية، إذ عادة ما تطلب إعادة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد من خلال إزالة ما تم عمله، وإعادة تنفيذ العمل من جديد على نفقة المقاول. كما أنها تفرض غرامات تأخير على المقاول في حال التأخر في التسليم دون وجود مبررات لهذا التأخير. نرى أن هذه السلطات تتوافق مع ماهية العقد الإداري ومضمونه، الذي تمنح فيه الهيئة الإدارية المحلية سلطات واسعة في التعامل مع الطرف الآخر انطلاقاً من غايات تحقيق المصلحة العامة،

وقد تصل هذه السلطة إلى حد اعتياد الهيئات المحلية اشتراط حقها في تعديل قيمة العقد بالزيادة أو النقصان ضمن نسبة (25%) من قيمة العقد المتفق عليه، ويتعهد المقاول بالالتزام بهذا القرار (المهندس وليد جعيدي).

3-2-5 مسؤولية المقاول والمقاول من الباطن تجاه صاحب العمل

تقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والإنشاءات، حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيتنازل المقاول الأول عن بعض أو كل مهامه في التنفيذ إلى مقاول ثانٍ. فإذا اتفق مقاول مع شخص آخر (صاحب العمل أو المستفيد) على أن يقوم له بعمل معين، فإذا اشترط في العقد أن يقوم به بنفسه، أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك، فليس للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر، وإن لم يكن هناك شرط أو مقتضى طبيعة عمل، فللمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ العمل كله أو بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة تجاه صاحب العمل، ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل (علي أبو البصل 1999، ص 81)، وتكون هذه المقابلة من الباطن صحيحة، وتنفذ في حق رب العمل، وتكون العلاقة فيما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقابلة من الباطن.

لم تنظم مجلة الأحكام العدلية هذه العلاقة، ما يجعل رب العمل هو المتضرر الرئيس في وجود المقابلة من الباطن، حيث أشارت نتائج البحث الميداني إلى أن كلاً من المقاولين في موقف مهني يسمح له بالتعاقد مع الطرف الآخر، بما يضعه في مركز قانوني متوازن مقارنة بالطرف المقابل. إضافة إلى ذلك، فكلاهما على علم بالأعراف التي تنظم العمل المتفق عليه؛ وبالتالي لا حاجة من وجود تدخل تشريعي يحمي أياً منهما في هذه العلاقة. في المقابل، سيكون رب العمل هو الخاسر الرئيس متى اختلف هذان الطرفان، حيث أثبتت نتائج البحث الميداني أن هذا الاختلاف سيؤدي بالضرورة إلى تعطيل العمل في البناء، ما

يؤخر إنجاز العمل المطلوب. على هذا الأساس، سنجد أن القانون المصري يتعامل مع هذه الفرضية بنوع من المرونة من خلال منح رب العمل الحق في تحويل مستحقات مالية للمقاول الفرعي بشكل مباشر، تُخصم من المستحقات المالية للمقاول الرئيس كما هو موضح أدناه.

يلاحظ أن مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية عقدية، تنشأ من عقد المقاولة الأصلي، وليست مسؤولية متبوع عن تابعه، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له (علي أبو البصل 1999، ص 81). وتقوم هذه المسؤولية على افتراض أن كل أعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً صادرة من المقاول الأصلي، ومن ثم يكون مسؤولاً أمامه عنها. والأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد، فلا يطالب أيهما الآخر مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يكون للمقاول من الباطن طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على رب العمل في خصوص البذل أو المقابل المستحق له قبل المقاول الأصلي، بطريق الدعوى غير المباشرة.

لم تتطرق مجلة الأحكام العدلية إلى هذه الحالة بقواعد خاصة، ويجوز تطبيق القواعد العامة عليها على أساس جواز الاتفاق والتعاقد بما لا يخالف النظام العام والآداب. في المقابل، ينظمها القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني في بعض المواد المشار إليها أدناه، إلا أن هذا التنظيم قد اختلف من حيث إجازة حق المقاول من الباطن في العودة على رب العمل بما لهذا الأول من حقوق مالية على المقاول الأصلي كما هو موضح أدناه.

لا يعترف القانون المدني الأردني بحق المقاول من الباطن أو العاملين لدى المقاول الأصلي في الرجوع على رب العمل، بما لهذه الفئات من ديون على المقاول الأصلي بمناسبة العمل موضوع المقاولة، إلا في حالة موافقة المقاول الأصلي على هذا الأمر، وتسري في هذه الحالة القواعد النازمة لحوالة الدين

بين المقاول الأصلي (محيل)، والمقاول من الباطن (المحال له) ورب العمل (المحال عليه) (عبد الناصر أبو البصل 1999، ص 204). نتحدث في هذه الحالة عن قيام المقاول الأصلي بإحالة حقه في الدين الذي له في ذمة رب العمل للمقاول من الباطن، وهذا الأمر يقتضي موافقة كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على هذه الحوالة، وبدون هذه الموافقة، ليس لهذه الفئات سوى الرجوع على المقاول الأصلي بما لهم من ديون مستحقة عليه. هذا ما نصت عليه المادة (799) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول، إلا إذا أحاله على رب العمل. هذا أيضاً ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (1986/824) الذي جاء فيه: يستفاد من نص المادة (799) أنه يجوز للمقاول الأصلي أن يحيل المقاول الفرعي على صاحب العمل باستحقاقاته كلها أو بعضها حوالة دين تبرأ فيه ذمة المحيل من دين المقاول الفرعي عملاً بأحكام المادة (1002) مدني.⁶² لم يرد في مجلة الأحكام العدلية نصوص تنظم هذا الأمر، وبالتالي لا يثبت هذا الحق وفقاً لنصوص المجلة.

فيما يتعلق بمشروع القانون المدني الفلسطيني، تأثر هذا المشروع بالقانون المدني المصري،⁶³ ومنح هذا الحق لكل من المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي، دون اشتراط موافقة المقاول الأصلي على حوالة الدين، أي أن الحوالة تتم بشكل مباشر وبقوة القانون، وفي هذا مستوى حماية جيدة لهذه الفئات، لضمان استحقاق ديونها من المقاول الأصلي. هذا ما ورد في نص المادة (757) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، التي نصت على أنه: يكون للمقاولين من الباطن، وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا

⁶² تنظم المادة (1002) من القانون المدني الأردني طبيعة وشروط حوالة الدين، حيث نصت هذه المادة على أنه يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه وببرأ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً إذا انعقدت الحوالة صحيحة.

⁶³ نص المادة (662) من القانون المدني المصري.

الحق من قبل كل من المقاول الأصلي وصاحب العمل. ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد صاحب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي، أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل صاحب العمل.⁶⁴ يعني هذا أنه متى تم عقد المقاولة من الباطن وكان صحيحاً، يكون للمقاول من الباطن وعماله إضافة إلى عمال المقاول الأصلي الحق في استعمال الدعوى غير المباشرة في مواجهة صاحب العمل، كما أن لهم حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وللمقاول من الباطن في حدود الأجر المستحق له تجاه رب العمل، وبالقدر الذي يكون الأخير مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويثبت كذلك لعامل المقاول الأصلي الحق في الرجوع على رب العمل بالدعوى غير المباشرة في حدود الأجر المستحق له، إضافة إلى كل حق قد يثبت له في ذمة المقاول ناشئ عن عقد العمل. كما يثبت لكل من المقاول من الباطن والعامل الحق في توقيع حجزاً تحت يد رب العمل على ما في ذمة المقاول الأصلي، وينشأ لهما بهذا الحجز حق امتياز على المبلغ الذي تم توقيع الحجز عليه، فيتقدما بمقتضاه على سائر دائني المقاول الأصلي.

3-2-6 سقوط دعوى الضمان بالتقادم

وفقاً للقانون المدني الأردني، تسقط بالتقادم دعوى الضمان بانقضاء سنة على حصول التهدم أو اكتشاف العيب.⁶⁵ نص مشروع القانون المدني الفلسطيني

⁶⁴ جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني (ص 800) شرح هذه القاعدة على النحو الآتي: الأصل أنه لا توجد علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن، ولا العمال الذين يعملون لدى المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن وصاحب العمل، وهذا يعني أنه لا يكون لهم إلا رفع الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحقوقهم تجاه المقاول الأصلي من صاحب العمل، وهذا ما يعرضهم لمشاركة الدائنين الآخرين للمقاول الأصلي في حصيلة الدعوى، حيث ستقسم فيما بينهم قسمة غرماء، الأمر الذي وجب حماية هؤلاء (المقاول من الباطن وعماله، وعمال المقاول الأصلي)، فأعطتهم المادة الحق في رفع الدعوى المباشرة على صاحب العمل، إذ إن هؤلاء العمال لا يقلون في الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن وقد عززت دعاوهم المباشرة بحق امتياز يجنبهم مزاحمة دائني المقاول الأصلي. وتعتبر حقوق المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي مقدمة وفقاً لحق الامتياز على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

⁶⁵ نص المادة (791) من القانون المدني الأردني.

على مدة أطول في مثل هذه الحالة، جاعلاً منها ثلاث سنوات وليس سنة متأثراً في ذلك بما ورد في القانون المدني المصري (654). لا تتضمن مجلة الأحكام العدلية النص على قواعد خاصة في هذا المجال. في جميع الأحوال، لعل علاقة لفترة الصيانة المقررة بالاتفاقية بوجود العيب ومدة مرور الزمن؛ وعليه لا يؤثر على انقضاء دعوى الضمان إقامة الدعوى أثناء فترة الصيانة، ما دام أن العيب قد مر على اكتشافه فترة التقادم المنصوص عليها.⁶⁶ يعني هذا أن دعوى صاحب العمل بالضمان في مواجهة المقاول والمهندس تخضع إلى التقادم القصير، وذلك بهدف تحقيق الاستقرار لمراكز أطراف عقد المقولة، لأن إخضاع دعوى الضمان للتقادم الطويل يجعل من المقاول والمهندس معرضين لدعوى الضمان مدة طويلة، تتعارض مع التشديد في الضمان للذين يتعرضان له، وهذا يعني أن صاحب العمل له أمر برفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من وقت العيب أو حصول التهدم كما هو واضح من المادة (يوسف عبيدات 1987، ص 97)، فإذا انكشف العيب أو وقع التهدم بعد خمس سنوات من التسليم للمباني والمنشآت، فإن الثلاث سنوات تبدأ من هذا اليوم لرفع دعوى الضمان فيكون وفقاً لذلك قد انقضى من وقت التسليم لنهاية مدة التقادم ثماني سنوات، فإذا لم ترفع الدعوى خلال الثلاث سنوات يكون حق صاحب العمل قد سقط بالتقادم ولا يستطيع الادعاء بأن مدة العشر سنوات لم تنته بعد وهي مدة الضمان العشري (10 سنوات)، وإذا لم ينكشف العيب ولم يحصل التهدم إلا آخر السنة العاشرة للضمان، فيكون لصاحب العمل أن يرفع دعواه خلال الثلاث سنوات، فيكون أمامه في هذه الحالة ثلاث عشرة سنة تبدأ من وقت تسلم المباني، وهذه هي أقصى مدة يمكن أن تنقضي من وقت التسلم إلى وقت رفع دعوى الضمان، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق صاحب العمل بالضمان (قصري الشهوي 2002، ص 157).

⁶⁶ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1985/546) ما يلي:

إن فشل البئر الارتوازي بسبب حصول اعوجاج في حفرها نتيجة خطأ المميزين في إجراء الحفر ملزم لهم برد المبلغ الذي قبضوه أجوراً للحفر وبما أن المميز ضده علم بظهور العيب في البئر نتيجة لخطأ المميزين بعد صدور قرار الخبراء نتيجة الكشف الذي قاموا به وأقام الدعوى قبل مرور سنة على قرار الخبراء مطالباً بالضمان. فيكون رفع الدعوى قد تم خلال المدة المعينة في المادة 791 من القانون المدني التي حددت مدة سنة كاملة من اكتشاف العيب لسماع دعوى الضمان.

3-3 التزامات صاحب البناء

اتفقت التشريعات المقارنة على جملة من الالتزامات تقع على عاتق صاحب العمل في مقابل التزامات المقاول، تتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بتسليم العمل المقدم من المقاول والالتزام بدفع بدل عمل المقاول (الأجرة).

3-3-1 الالتزام بتسليم ما تم من العمل بعد إنجازه

يلتزم صاحب العمل بتسليم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول، أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه.⁶⁷ يُقصد بالتسليم في هذا الالتزام الاستيلاء على العمل بعد أن يكون المقاول قد وضعه تحت تصرف صاحب العمل دون عائق، فإذا امتنع صاحب العمل عن تسليم العمل يجوز للمقاول إعداره بالاستلام بأية طريقة للأعدار (إبلاغه بضرورة الاستلام رسمياً أو عرفياً، شفاهة أو كتابة...إلخ)، فإذا هلك العمل المنجز أو تلف بعد الإعدار يتحمل صاحب البناء تبعه الهلاك إذا كان الهلاك لسبب لا دخل لإرادة المقاول فيه (وهبة الزحيلي 1987، ص 279). يتفق هذا المعنى الخاص للتسليم مع طبيعة عقد المقاولة، فهو يرد على عمل لم يكن موجوداً وقت انعقاد العقد، ومن ثم وجب عند إنجازه أن يستوثق صاحب العمل منه ويقر بأنه موافق للشروط والمواصفات المتفق عليها، وهذا على عكس معنى التسليم في البيع والإيجار، حيث يكون المشتري والمستأجر في الغالب على علم بالعين المبيعة والعين المستأجرة، فإذا امتنع صاحب العمل من التسليم رغم دعوته إلى ذلك، ولم يكن لامتناعه سبب مشروع انتقلت إليه تبعه هلاك.⁶⁸

⁶⁷ نص المادة (792) من القانون المدني الأردني، المادة (748) ومن مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (655) ومن القانون المدني المصري.

⁶⁸ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص (790).

3-3-2 الالتزام بدفع البذل عند تسلم المعقود عليه

يلتزم صاحب البناء بدفع البذل المتفق عليه عند تسلم المعقود عليه، لأن البذل يلزم باستيفاء المنفعة، ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك.⁶⁹ فإذا كان العمل مكوناً من عدة أجزاء وانتهى هذا الجزء وتم تسلمه من قبل صاحب العمل وتقبله بعد أن فحصه، يلتزم صاحب العمل بأداء البذل المتفق عليه لإنجاز هذا الجزء (وهبة الزحيلي 1987، ص 280). أما إذا كان العمل قد تم على أساس الوحدة (أي بمقياس القياس، والمتر... إلخ) عندئذ يستوجب دفع البذل وفقاً لهذا المقياس، كل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، كأن يكون هناك اتفاق على دفع البذل بصورة إجمالية بعد تسلم العمل والموافقة عليها، أو كأن يكون هناك اتفاق على تقسيم العمل لمراحل يستحق المقاول عند نهاية كل مرحلة من مراحل العمل 3 جزءاً من البذل... إلخ، ويخضع تقدير ما إذا كان العمل الذي تم إنجازه متميزاً أو اعتباره قسماً ذا أهمية من المقولة ككل إلى السلطة التقديرية للقاضي.⁷⁰

3-3-3 حكم الأعمال التغييرية التي قد تنشأ أثناء مباشرة العمل

تتسم عقود المقاولات بالزمنية في إنجاز العمل، ما يجعلها عرضة لطلب التعديل المستمر والمتواصل بواسطة صاحب البناء على نحو قد يعدل من الاتفاق القائم بينه وبين المقاول. إضافة إلى ذلك، قد يُفاجأ المقاول أثناء تنفيذ عمله بضرورة إجراء بعض التعديلات على ما تم الاتفاق عليه بالزيادة أو

⁶⁹ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1984/25) ما يلي:

1- إذا كان العقد المبرم الذي يحكم العلاقة بين الطرفين هو عقد تعهد المدعى بموجبه أن يجهز بيت المدعى عليه بالتدفئة المركزية وأن يقوم بهذا العمل بما يتطلبه من تمديدات وصناعة لقاء بدل يتعهد به المدعى عليه، فالعقد بهذه الأوصاف والشروط هو عقد مقولة ينطبق على تعريف المادة (780) من القانون المدني وليس عقد عمل.

2- أن صاحب العمل في عقد المقولة لا يلتزم بدفع الأجر إلا عند تسلم المعقود عليه ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك عملاً بالمادة (793) من القانون المدني.

⁷⁰ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص (792).

النقصان، ما يستوجب معه تعديل طبيعة عمله (مثل حالة اكتشاف متعهد البناء وجوب إجراء حفريات بشكل أعمق مما كان متوقعاً ومتفقاً عليه، لضمان متانة البناء، والوصول إلى الطبقات الصخرية الصالحة للأساسات، ما يستوجب معه زيادة كميات الحفريات والجدران الإسمنتية والحديد المستخدمة في البناء). إلى أي مدى تتدخل القواعد القانونية لتنظم مثل هذه الفرضيات؟

هناك حالات تستوجب أعمال تغييرية على الاتفاق القائم بين طرفي العقد، وهي تمثل إشكالية كبيرة في أعمال البناء التي عادة ما تكون محل خلاف بين طرفي العقد. عادة ما تتعلق هذه الأعمال بأحد أمرين:

✧ التغيير الكبير في سعر صرف العملة المتفق عليها في الدفع، أو الارتفاع الكبير في أسعار بعض مواد البناء إن كان الاتفاق يتضمن التزام المقاول بتأمين المواد الخام. على سبيل المثال، عادة ما تقدم العطاءات الحكومية بالدولار في وقت يشتري فيها المقاول المواد الخام، ويدفع أجور عماله بالشيقل. سيتضرر المقاول هنا من انخفاض سعر صرف الدولار مقابل الشيقل، أو ارتفاع أسعار المواد الخام بشكل مبالغ فيه. يذكر هنا أحد المهندسين ارتفاع سعر الحديد من (2000) شيقل للطن الواحد إلى (5000) شيقل خلال فترة ثلاثة أشهر فقط (المهندس سامر سليم).

✧ التعديل في طبيعة أو حجم العمل المقدم من المقاول، وهنا سيثار النزاع إن كان مقابل عمل المقاول محدداً على أساس وحدة قياس معينة. على سبيل المثال، متى اتفق كل من المالك والمقاول على التزام الأخير بعمل حفريات بعمق (1) متر، وتم الاتفاق على أجر المقاول على هذا الأساس، وأثناء عمل المقاول اتضح حاجة البناء إلى حفريات أعمق، فهنا سيقوم المقاول بعرض هذه الأعمال على المالك طالباً منه تعديل جدول المواصفات والكميات (المقاول سميح طيلة).

تفترض القواعد القانونية قدرة طرفي الاتفاق على مواجهة مثل هذه الفرضيات، وبالتالي تتدخل هذه القواعد لتضع بعض القواعد المكملّة، التي يتم الاحتكام إليها فقط في حال لم تتفق الأطراف على خلافها. أظهرت نتائج البحث الميداني توافق الواقع العملي مع هذه القواعد. تميز هذه القواعد بين عدة حالات:

1. إذا كان الاتفاق على أساس الوحدة، وكانت هذه الزيادات طفيفة وغير جسيمة، ينبغي على المقاول إخطار صاحب البناء بها قبل الشروع في إجراءها، وفي هذه الحالة تُحتسب هذه الزيادات في أجر المقاول، أما إذا قام المقاول بعمل هذه الزيادات دون إخطار صاحب البناء بها، يتحمل نفقات القيام بهذه الزيادات ولا يحق له الرجوع على صاحب البناء بقيمتها.⁷¹
2. إذا كان الاتفاق على أساس الوحدة، وكانت التعديلات التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال المقدرة وفقا لشروط العقد،⁷² أو أن يطلب من المقاول الاستمرار في التنفيذ مع التزامه بدفع قيمة الزيادة في البذل.⁷³

⁷¹ نص المادة (1/751) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ونص المادة (1/794) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (1/657) من القانون المدني المصري، ونص المادة (1/560) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (1/623) من القانون المدني السوري، ونص لمادة (1/879) من القانون المدني العراقي.

⁷² نص المادة (2/751) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ونص المادة (2/794) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (2/657) من القانون المدني المصري، ونص المادة (2/560) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (2/623) من القانون المدني السوري، ونص لمادة (1/879) من القانون المدني العراقي.

⁷³ جاء في المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ما يأتي:
يفترض تطبيق هذه المادة أن المتعاقدين قد اتفقا على أن يكون الأجر على أساس الوحدة، وتبين أنه يجب لتنفيذ العمل حسب ما تم الاتفاق عليه أو وفقا للمواصفات التي تملئها أصول المهنة، أن يتجاوز المقاول المقايضة مجاوزة غير جسيمة، أي بزيادة بعض الوحدات، أو مجاوزة جسيمة، فإن المادة تفرض على المقاول أن يخطر صاحب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في البذل، فإن لم يفعل المقاول ذلك سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات في حالة التجاوز الجسيم، أما إذا كان التجاوز جسيما فإن المادة أعطت لرب العمل الحق في أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ، على أن يكون ذلك دون إبطاء من صاحب العمل، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد أو أن يطلب من المقاول الاستمرار في التنفيذ مع التزامه بدفع قيمة الزيادة في البذل

3. إذا تم الاتفاق على أن يكون البذل إجمالياً على أساس التصميم المقدم من صاحب العمل، يفترض القانون أن المقاول - وهو الرجل الفني والخبير في أعمال المقاولة - قد وضع في حساباته ضمن البذل الإجمالي أية زيادة تطرأ دون خطأ من صاحب العمل، ما يسقط حقه في المطالبة بزيادة البذل بما يتفق وهذه الزيادة، إلا إذا كانت هذه الزيادة راجعة إلى خطأ من صاحب العمل، أو كان المقاول مأذوناً من صاحب العمل، حينئذ يكون للمقاول المطالبة بقدر الزيادة المتفق عليها. والاتفاق بالزيادة عن البذل الإجمالي لا تشترط فيه الكتابة في القانون المدني الأردني والنظام القانوني المطبق في فلسطين.⁷⁴ في المقابل، تأثر مشروع القانون المدني الفلسطيني بالقانون المدني المصري، حيث نص المشروع في المادة (2/752) على شرط كتابة الاتفاق على الزيادة متى كان الاتفاق الأصلي مكتوباً بين الطرفين كي تعتبر صحيحة.⁷⁵

عادة ما يجهل طرفا العقد مثل هذه الحالات في اتفاقهم، وقد يعمدون إلى تجاهل البت فيها رغبة من كل طرف في فرض تصوره على الطرف الآخر عند الانتهاء من العمل، وعند المخالصة النهائية يبدأ الخلاف في الظهور (المهندس محمد الحشيم). كذلك لا تعالج الأعراف التجارية مثل هذه الحالات، ويترك أمر تقديرها لكل من صاحب البناء والمقاول، ما يثير حالة من الخلاف المستمر بين

⁷⁴ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/613 ما يأتي:

1- لا يوجد في القانون نص يشترط صدور أمر خطي من صاحب العمل بالأعمال الإضافية التي لم تذكر في عقد المقاولة لقبول الادعاء بها لأن المادة 795/2 من القانون المدني لا تشترط في الإضافات إلا أن تكون برضى صاحب العمل فقط، ويكفي للدلالة على موافقة صاحب العمل على الإضافات أن المقاول قد نفذها طبقاً للمخططات المعدلة من قبل المهندس المشرف المعين من صاحب العمل.

2- إن الأعمال الإضافية التي ينفذها المقاول بطلب صاحب العمل تستحق أجر المثل مع قيمة المواد إذا لم يتفق عليها الطرفان في عقد المقاولة عملاً بأحكام المادتين 795/2 و 796 من القانون المدني.

⁷⁵ نص المادة (752) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ونص المادة (1/794) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (658) من القانون المدني المصري، ونص المادة (561) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (634) من القانون المدني السوري.

الطرفين. يتم التعامل مع الأعمال التغييرية على أنها مطالبات مالية، فإذا أقر بها المالك يجب عليه دفع مقابل إلى المقاول، أما إذا لم يقر بها فتتحول إلى نزاع بين الطرفين يتعلق بوجودها من عدمه (المهندس موسى قديمت، والمقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية).

الأصل أن يتم الاتفاق على هذه الأعمال قبل إنجازها، ونكون هنا في حالة تعديل على العقد (المقاول سمير طيلة، والمهندس ماهر شبارو). عادة ما يكون للمهندس الاستشاري دوره الإيجابي في هذه الحالة من خلال قدرته على إقناع الطرفين بالحل الذي يراه مناسباً، فهو من جهة يملك ثقة مالك البناء فيستطيع إقناعه بدفع مقابل هذه التعديلات، وفي المقابل يستطيع أن يحد من غلو مطالب المقاول إن هو طالب بمبالغ مرتفعة لهذه التعديلات (المهندس فيصل دياب، والمقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية، والمقاول ناصر العسيلي). يتحمل هنا المالك تبعات هذه التعديلات المالية، كما أنها تحسب على أساس التكلفة الحقيقية للتغيير مع الأخذ بعين الاعتبار مقدار العمل الذي قدمه المقاول لعمل هذا التعديل. يرى البعض أن المالك لا يتحمل تكاليف هذه الأعمال متى لم يوافق عليها مسبقاً وقام بها المقاول من تلقاء نفسه، حتى إن تحصل المقاول على موافقة المهندس المشرف على إجراء هذه التعديلات (المقاول سمير طيلة)، لذا يرى هذا التوجه أن المقاول كي يكون في مركز قانوني قوي، يجب عليه الحصول على موافقة صاحب المشروع كتابة على هذه التعديلات.

وفقاً لنموذج عقد (الفبيك)، إذا زادت قيمة هذه التغييرات عن (25%) من قيمة العمل المتفق عليه، يحق للمقاول الحصول على أي مبالغ إضافية، وتحدث هذه التغييرات بعد البدء بالعمل، وإذا وجد أي تغيير للمواصفات والكميات يحق للمقاول أن يطلب مقابلاً لهذه التغييرات مبالغ مالية تتطابق مع المواصفات والكميات الجديدة (المهندس عادل عودة). هذا الرقم غير متبع في أعراف البناء في فلسطين، ويخضع الأمر لتقدير الخبراء والمختصين بشكل كامل. على سبيل المثال، كان هناك اتفاق شفهي في عقد بناء على سعر (130) دولاراً للمتر

العظم، ولم تكن هناك مخططات ولا ارتفاعات بناء واضحة ومحددة، حيث اعتبر المقاول أن الارتفاع هو (2.86) متراً كما هو متعارف عليه، في وقت كان يرغب فيه المالك أن يكون الارتفاع أكبر دون أن يدفع مقابل هذا الفرق، وهنا طالب المالك بفرق في سعر المتر على أساس (220) دولاراً للمتر، وتم الحل توفيقاً بين الطرفين نهاية عن طريق اعتماد سعر متوسط (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية).

وفقاً لعقد (الفيديك)، هناك أكثر من ثلاثين بنداً في العقد تخول المقاول - في ظل ظروف معينة - مطالبة المالك بدفع مبالغ إضافية، أو بتمديد وقت التنفيذ، أو بكلا الأمرين معاً. لذا، يمكن أن تنشأ نزاعات عديدة نتيجة هذه المطالبات. بالمقابل، قد تنشأ هذه النزاعات نتيجة مطالبات فنية أو مالية للمالك في مواجهة المقاول، لذا، تضمنت الطباعات السابقة من الكتاب الأحمر للفيديك مادة مستقلة (المادة 67) تمنح المهندس الاستشاري للمشروع سلطات خاصة تمكنه من التصرف بوصفه سلطة مستقلة لها القدرة على إصدار القرارات المحايدة خلال فترة تنفيذ المشروع. وهذا ما أكدته غرفة تجارة باريس في العديد من قرارات التحكيم الخاصة بهذه المادة حينما أقرت بسلطة المهندس الاستشاري وحياده في تسوية منازعات عقود المقاولات (مشاعل الهاجري 2007، ص 69).

3-3-4 سلطة القاضي في تعديل البذل في حالات الظروف الطارئة

يجوز للقاضي الوطني الحكم بزيادة، أو انقاص البذل، أو بفسخ العقد إذا انهار التوازن العقدي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول وحقوقهما؛ بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد. يعتبر هذا الحق تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة التي نص عليها المشرع الأردني في المادة (205)، التي جاء فيها: إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، وصار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد

الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. على هذا الأساس، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه إذا تضمنت اتفاقية المقاول في المادة (48) منها أنه إذا حدث في البلاد عجز اقتصادي، أو خلل مالي فادح ينتج عنه تخفيض في قيمة العملة المتداولة في البلاد، أو قيود على إخراج العملة، وأدى ذلك إلى زيادة ملموسة في كلفة الأعمال، ففي مثل هذه الحالة تقوم الجامعة (صاحب العمل) بدفع الكلفة الزائدة التي لحقت بالمتعهد نتيجة هذه الأزمة الاقتصادية في ضوء تقدير المهندس.⁷⁶

في المقابل، نص مشروع القانون المدني الفلسطيني على هذا الحق صراحة عند تنظيمه لعقد المقاول متأثراً بما اتبعه المشرع المصري.⁷⁷ تفترض هذه المادة وقوع حوادث استثنائية عامة أثناء تنفيذ العقد لم يكن بالإمكان توقعها، أدت إلى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول، وإلى تداعي الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاول، فإذا توافرت هذه الشروط يكون للمحكمة المختصة اتخاذ أمر من الأمور الآتية (إبراهيم سيد أحمد 2003، ص 60):

✧ أن تحكم بفسخ عقد المقاول إذا رأت مبرراً لذلك، كأن ترى المحكمة بأنه كلما زاد البذل الذي سيحصل عليه المقاول، فإن التزام المقاول سيبقى مع ذلك مرهقاً، وفي الوقت ذاته مرهقاً لصاحب العمل، ومن ثم يكون فسخ العقد لرفع الإرهاق عن المقاول وصاحب العمل.

⁷⁶ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1102/1999).

⁷⁷ انظر نص المادة (753) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (658) من القانون المدني المصري، حيث جاء فيهما أنه:

يجوز للمحكمة الحكم بزيادة البذل أو بفسخ العقد إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاول.

✧ أن تحكم بزيادة البذل، وزيادة البذل في هذه الحالة لا يعني ألا يتحمل المقابل أية خسارة من زيادة التكاليف، بل على المحكمة أن تحمل المقابل أولاً كل الزيادة المألوفة للتكاليف، أما ما زاد عن ذلك فيقسم مناصفة بين المقابل وصاحب العمل.

✧ وقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى زوال هذه الحوادث. قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير، فلا يحكم لا بفسخ العقد ولا بزيادة البذل، وإنما يُحكم بوقف تنفيذ العقد ريثما يزول السبب الذي أدى إلى ذلك.⁷⁸

فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية، لم تتطرق مجلة الأحكام العدلية صراحة إلى تنظيم نظرية الظروف الطارئة، إلا أن القواعد العامة للفقهاء الحنفي قد نظمت ما يعرف "بقضاء الجوائح"، وهي في مضمونها وجوهرها لا تختلف عن تطبيق هذه النظرية. والجائحة هي الحالة الطارئة التي لم تكن متوقعة وقت التعاقد وتجعل من تنفيذ التزامات أحد طرفي العقد مرهقاً إلى حد كبير لا يتناسب مع النفع الذي أصابه نتيجة هذا التعاقد، وهي قد تعود - وفقاً للإمام مالك - إلى أسباب تتعلق بالطبيعة لا دخل للإنسان فيها، أو أسباب تعود إلى صنع الإنسان التي لا يمكن التحرز عنها (مثل الجيش يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته، فهو جائحة).

تفترض هذه النظرية أن عقداً يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال مثل عقد المقاول (عقد زمني)، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان بحيث يختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً، ولو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكان قوة قاهرة انقضي به الالتزام، ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف لما كان له من

⁷⁸ المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص (795)

أثر ولا التزام المدين بتنفيذ التزامه التزاماً كاملاً، ولكننا نفترض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف، ثم نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل وجد عند تنفيذه. في هذه الحالة ووفقاً لنظرية الجوائح، يستطيع القاضي الوطني التدخل ليعدل من التزامات الطرفين المتعاقدين على نحو يؤدي إلى الحفاظ على حالة من التوازن العقدي بين حقوق هذين الطرفين والتزاماتهما. على سبيل المثال، إذا أبرم عقد مقولة بين صاحب بناء ومتعهد على قيام الأخير بتنشيد بناء للأول على أساس تقديم المتعهد للمادة الخام في وقت كان فيه سعر طن الحديد (200) دينار أردني مقابل (120) ديناراً للمتر المربع، وبعد فترة من البدء في المشروع ارتفع سعر طن الحديد بشكل غير متوقع في السوق ليكون (1000) دينار أردني، فسيكون المتعهد في هذا الموقف أمام خسارة كبيرة لا تعادل ما سيتحصل عليه من أجر وربح نتيجة تعاقد مع الطرف المقابل.

هنا يتدخل القاضي الوطني ليعدل من التزامات الطرفين من خلال رفع قيمة ما سيدفعه صاحب البناء ليكون (130) ديناراً على نحو يضمن تعادل حقوق طرفي العقد والتزاماتهما. في هذا السياق، عُرض نزاع مماثل على مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من رابطة العالم الإسلامي وقرر ما يأتي: في العقود المتراخية التنفيذ (مثل عقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، لأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك

مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما، دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة النقات. كما أقر مجمع الفقه الإسلامية في القضية ذاتها بحق القاضي أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.⁷⁹

3-4 انقضاء عقد المقاولة

تتضمن القواعد القانونية العامة العديد من النصوص القانونية التي تتعلق بانتهاء أي اتفاق تعاقدية، حيث تطبق هذه القواعد على كافة العقود متى توافرت شروطها، إضافة إلى ذلك، قد ينص القانون على بعض الأحكام الخاصة بكل عقد تقضي بانتهاء هذا العقد متى توافرت الشروط المطلوبة في هذه القواعد الخاصة. على هذا الأساس أدرج الفقه القانوني العديد من الحالات التي ينتهي فيها عقد المقاولة، وهي: الوفاء، والفسخ، واستحالة التنفيذ، وانتهاء المدة المحددة للتنفيذ، ووفاء المَقاول، والإقالة. تتفق مجلة الأحكام العدلية مع القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني حول جميع هذه الأسباب باستثناء سبب الإقالة، وهو يعني إمكانية قيام رب العمل بإنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة دون وجود أسباب جديّة، والتزامه بتعويض المَقاول عن الضرر الذي لحق به والخسارة التي فاته نتيجة التعاقد. لم تجز المجلة هذا الحق مطلقاً، كذلك لم ينص عليه القانون المدني الأردني، بل نصت المجلة صراحة على حظره في نص المادة (392) التي جاء فيها: إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً. تعني هذه المادة أن عقد المقاولة هو عقد لازم بالنسبة لطرفيه ولا يجوز لأي منهما التحلل منه إلا في حالة كان العمل المقدم

⁷⁹ انظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص 107، 108.

من المقابل غير مطابق للأوصاف المتفق عليها عقداً، أو المعروفة عرفاً، وفي هذه الحالة فقط يستطيع رب العمل فسخ عقد المفاوضة ومطالبة المقابل بالتعويض عند الضرورة. تكمن الإشكالية في التنظيم القانوني لمجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بباقي هذه الحالات في أنها لا تنظمها بقواعد خاصة، بل تخضعها جميعاً للقواعد العامة الواردة في تنظيم عقد البيع. على الرغم من إمكانية إسقاط هذه القواعد العامة لعقود المفاوضة وفقاً لتنظيم المجلة، سنجد أنفسنا نقف أمام إشكالية تطبيق هذه القواعد وتفسيرها، حيث قد يختلف هذا التطبيق من قاض إلى آخر، ما قد يؤثر سلباً على عمومية القاعدة القانونية وتوحيد تطبيقها في القضايا ذات العلاقة التي قد تتشابه حيثياتها (القاضي حمادة براهيمة، والقاضي عبد الجواد مراعبة).

في المقابل، يستطيع القاضي الوطني الفلسطيني إعمال القواعد الخاصة، التي نظمها القانون المدني الأردني، التي تتوافق مع القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية المتعلقة بانقضاء عقد المفاوضة. ستكون هذه الأسباب مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة.

3-4-1 إنجاز العمل المتفق عليه أو فسخه باتفاق الطرفين أو بقرار قضائي⁸⁰

لا تأخذ المحاكم الفلسطينية بنظام التنفيذ العيني (الطلب من المحكمة إجبار الطرف المخل على تنفيذ التزامه قهراً)، بل تأخذ مباشرة بنظام تعويض الطرف المضرور عن الخسائر التي لحقته جراء إخلال الطرف المقابل بالتزاماته القانونية، ويتم هذا من خلال إخطار الطرف المقصر بضرورة تنفيذ العقد، وفي حال لم يلتزم يتم تحميله المسؤولية، ويحال المشروع إلى مقابل آخر، ويتم تحميل المقابل الأول كل ضرر لحق به بعد إثباته من المالك (المحامي سباح سباح). هذا أيضاً ما يأخذ به النظام القانوني الإنجليزي والأمريكي. أكدت

⁸⁰ نص المادة (800) من القانون المدني الأردني والمادة (758) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

محكمة التمييز الأردنية هذا التوجه في عقود المقاولة على الرغم من اعتراف النظام القانوني الأردني بنظام التنفيذ العيني، واعتباره الأساس في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحيث لا يُطالب بالتعويض إلا إذا تعذر إعمال التنفيذ العيني، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بما يأتي: إذا لم يطالب المدعي بتنفيذ عقد المقاولة وإنما طالب بالتعويض عن الضرر الذي سببه له فسخ العقد، فإن طالب توجيه الإنذار إلى المدعى عليه لا يحرمه من حق المطالبة بالتعويض عن الضرر استناداً لأحكام المادة (803) من القانون المدني.⁸¹

3-4-2 استحالة تنفيذ العمل

قد تكون هذه الاستحالة بسبب يعود إلى المتعاقدين، أو إلى أحدهما، أو إلى سبب أجنبي (حالة القوة القاهرة). متى كانت الاستحالة راجعة إلى أحد المتعاقدين، يحق للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الفسخ.⁸² وإذا بدأ المَقاول في التنفيذ، ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على صاحب العمل من نفع.⁸³ في هذا السياق، اعتبرت محكمة التمييز الأردنية أنه لا يجوز للمَقاول الأصلي مطالبة المَقاول الفرعي بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء توقفه عن العمل، وعن نقائص العمل ما دامت أسباب التوقف عن العمل تعود إلى إخلال المَقاول الأصلي بشروط الدفع المنصوص عليها في عقد المقاولة، الذي أدى إلى عرقلة أعمال المَقاول الفرعي، وجعله غير قادر على الاستمرار في العمل مما اضطره إلى التوقف والانسحاب من العمل.⁸⁴

⁸¹ الفقرة الرابعة من قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2002/3150).

⁸² انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2002/3150).

⁸³ المادة (802) من القانون المدني الأردني.

⁸⁴ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1988/268).

في هذا الشأن، اعترف عقد (الفيديك) صراحة بالقوة القاهرة، وجعل منها أحد أسباب انقضاء الرابطة العقدية بين طرفي العقد، أو سبباً لتخفيف أحكام المسؤولية العقدية إن كانت هذه القوة القاهرة مؤقتة. اشترطت المادة (1/19) من عقد (الفيديك) عدة شروط للاعتراف بأحكام القوة القاهرة المنصوص عليها في العقد، هي:

1. أن تكون خارجة عن سيطرة أي فريق.
2. لم يكن بوسع ذلك الفريق أن يتحرز منه بصورة معقولة قبل إبرام العقد.
3. لم يكن بوسع ذلك الفريق أن يتجنبه أو يتلافاه بصورة معقولة عند حدوثه.
4. لا يعزى بشكل جوهري إلى الفريق الآخر.

كما نصت المادة ذاتها على بعض حالات القوة القاهرة- على سبيل المثال لا الحصر- بحيث تشمل:

1. الحرب أو الأعمال العدوانية، سواء أعلنت الحرب أو لم تعلن، أو الغزو، أو أفعال الأعداء الأجانب.
2. التمرد، أو أعمال الإرهاب، أو الثورة، أو العصيان، أو الاستيلاء على الحكم بالقوة، أو الحرب الأهلية.
3. الاضطرابات، أو المشاغبات، أو حركات الإخلال بالنظام، أو الإضرابات، أو الحصار من قبل أشخاص من غير أشخاص المقاول والمستخدمين الآخرين لدى المقاول والمقاولين الفرعيين.
4. المعدات الحربية، أو المواد المتفجرة، أو الإشعاعات الأيونية، أو التلوث بالإشعاعات النووية، باستثناء ما يمكن أن يعزى إلى استخدام المقاول لمثل هذا العتاد.
5. كوارث الطبيعة مثل الزلازل، أو الأعاصير، أو العواصف العاتية، أو النشاط البركاني.

متى توافرت شروط القوة القاهرة المنصوص عليها أعلاه، يتعين على المدين بالالتزام أن يرسل إشعاراً إلى الفريق الآخر يعلمه بالواقعة أو الظروف التي تشكل القوة القاهرة، وأن يحدد في هذا الإشعار تلك الالتزامات التي أصبح -أو سيصبح- متعذراً عليه أدائها. في هذه الحالة، يتعين على المدين أن يصدر هذا الإشعار خلال (14) يوماً بعد التاريخ الذي أصبح فيه هذا الفريق على دراية -أو يفترض فيه أنه قد درى- بالحادث أو الظرف الذي شكل القوة القاهرة. وفقاً لنص المادة (9/16) من نموذج عقد (الفيديك)، يعتبر الفريق الذي قام بإرسال الإشعار معذوراً من أداء الالتزامات المنوّه عنها طيلة بقاء مفعول القوة القاهرة المانعة له من أدائها، وإذا تعذر الأداء في تنفيذ كل الأشغال بصورة جوهرية لمدة (84) يوماً باستمرار؛ بسبب القوة القاهرة لفترات متتالية تتجاوز مجموعها أكثر من (140) يوماً، يمكن لأي فريق أن يرسل إلى الفريق الآخر إشعاراً بإنهاء العقد. وفي هذه الحالة، يصبح إنهاء العقد نافذاً بعد (7) أيام من تاريخ إرسال الإشعار، ويتعين على المقاول المباشرة باتخاذ الإجراءات للتوقف عن العمل وإزالة معداته. إذا انتهى العقد بهذه الصورة، يتعين على المهندس أن يقوم بتقدير قيمة الأشغال التي تم إنجازها، وإصدار شهادة دفع تتضمن المبالغ الواجبة الدفع مقابل أي عمل تم تنفيذه وله سعر محدد في العقد، إضافة إلى كلفة التجهيزات الآلية والمواد التي جرى تثبيت شرائها، ولتي تم تسلمها من قبل المقاول، أو تلك التي تعاقد على توريدها، وفي مثل هذه الحالة تصبح هذه التجهيزات الآلية والمواد ملكاً لصاحب العمل.

3-4-3 وفاة المقاول

ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه، أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد، فإذا خلا العقد من مثل هذا الشرط، أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار، جاز لصاحب العمل أن يطلب بفسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. وفي كلا الحالتين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقاً لشروط العقد.

وما يقتضيه العرف.⁸⁵ الأصل أن موت المَقاول لا يعتبر من أسباب انقضاء المقاوله، وإنما يحل محله الورثة في إنجاز العمل الذي بدأ به سلفهم، وتُستثنى من هذه القاعدة الحالة التي تكون فيها شخصية المَقاول موضع اعتبار لدى صاحب العمل، واشترط هذا الأخير أن يعمل المَقاول بنفسه ثم مات المَقاول، فإن موت المَقاول يعتبر حينئذ سبباً لإنهاء عقد المقاوله، كما تستثنى حالة عدم توافر ضمانات كافية في الورثة تضمن حسن تنفيذ العمل، فيكون لرب العمل طلب فسخ عقد المقاوله.⁸⁶

3-4-4 إقالة رب العمل للمَقاول دون وجود أسباب جديّة لذلك

انفرد مشروع القانون المدني الفلسطيني بالنص على هذه الحالة متأثراً بما اتبعه المشرع المصري،⁸⁷ ولا تطبيق لهذه الحالة في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (760) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على جواز أن يتحلل صاحب العمل من العقد، ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المَقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات، وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. تتطلب هذه المادة توافر بعض الشروط كي يستطيع رب العمل التمسك بهذا الحق، وهي:

- ✧ عدم الانتهاء من العمل المتفق عليه في عقد المقاوله.
- ✧ أن يكون الطرف الذي يتحلل من العقد هو رب العمل.
- ✧ أن يكون تحلل رب العمل من المقاوله راجعاً إلى إرادته هو لا إلى خطأ المَقاول.
- ✧ ألا يشترط المَقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد.

⁸⁵ نص المادة (804) من القانون المدني الأردني والمادة (762) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة

(666) من القانون المدني المصري.

⁸⁶ المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص (805).

⁸⁷ نص المادة (663) من القانون المدني المصري.

متى تحققت الشروط، جاز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة، ويستوي في ذلك أن تكون المقاولة بأجر إجمالي جزافي، أو بأجر مقدر بسعر الوحدة، أو يكون التحلل في عقد مقاولة من الباطن، أو يكون رب العمل هو من قدم المادة أو قدمها المقاول، أو تكون المادة المستخدمة في إنجاز العمل قدمها المقاول أو قدمها رب العمل. يلتزم هنا رب العمل بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان المقاول يستطيع أن يكسبه فيما لو أتم العمل المطلوب، ولا يعتبر ذلك خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يجوز تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، وذلك من خلال ما ألزمت به المادة صاحب العمل من تعويض، حيث ألزمته بأن يعرض المقاول ما تكبده من خسائر وما فاتته من كسب، وهذا هو التنفيذ بمقابل، حيث أصبح التنفيذ العيني لعقد المقاولة لا يجدي بالنسبة لصاحب العمل، إذ لا مصلحة له فيه، ولذا قفلت المادة هذا الباب (الطريق) وأبقت باب التعويض مفتوحاً يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذي يراه مناسباً.⁸⁸

⁸⁸ المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص (802).

4- تسوية منازعات عقود المقاولات

تتميز عقود البناء بكثرة المطالبات العقدية والمنازعات المقترنة بها، حيث تشير الإحصاءات إلى أن في (10%) من المشروعات فإن نسبة تتراوح بين (8%) إلى (10%) من التكلفة الإجمالية للمشروع هي نفقات قانونية، وأن (50%) من إجمالي تلك النفقات القانونية هي مبالغ ذات علاقة بمنازعات الأطراف تحديداً، بل إن هذه النفقات التي تنفق في المنازعات العقدية ستأخذ حجماً أكثر ضخامة لو أن تقديرها شمل كذلك الخسائر الخفية التي عادة ما تقترن بمثل هذه المنازعات مثل المساس بالسمعة، والأضرار بالعلاقات التجارية، وتكلفة الفرص الفائتة، وقيمة الوقت والجهد المبذول في فض هذه النزاعات (مشاعل الهاجري 2007، ص70).

تتصف عقود المقاولات بالزمينية في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، فهي على سبيل المثال ليست فورية مثل عقد البيع (حيث تنتهي التزامات طرفي عقد البيع في فاصل زمني قصير جداً هو زمن إتمام الصفقة)، بينما تستمر التزامات عقد المقولة خلال فترة تنفيذ البناء المتفق عليه، الذي قد يستغرق أشهراً أو حتى سنوات. إضافة إلى ذلك، عادة ما يتضرر طرفا عقد المقولة إذا تم تعليق العمل المتفق عليه نتيجة أي نزاع قد ينشأ بينهما، ولن يكون من المجدي لكليهما الانتظار حتى استصدار حكم قضائي بات في نزاعهما وتنفيذه، حيث يتضرر صاحب العمل الذي قد تكون له مصلحة في إنجازه والاستفادة منه (قد يكون هذا الشخص مستأجراً، ما يتبعه دفع دفعات إيجار شهرية إلى حين استلام البناء واستخدامه)، كذلك تتضرر مصالح المقاول من خلال تعليق عمله ومنعه من الانتقال إلى عمل آخر. علاوة على ذلك، عادة ما تتمثل نزاعات عقد المقولة في نوعين من الالتزامات، هي الالتزام بتأمين بدل العمل، والالتزام بتسليم عمل مطابق للمواصفات، أو في المواعيد المتفق عليها. حتى في الحالة التي تنشأ فيها النزاعات بسبب عدم أداء بدل العمل، عادة ما يتذرع الطرف المخل (رب

العمل) بعدم استلامه لعمل مطابق للمواصفات، وبالتالي امتناعه عن أداء هذا البذل. في كلتا الحالتين، يستعين القاضي الوطني بخبير لفحص ادعاءات الطرفين وتقديم تقريره للقاضي، حيث يعتمد القاضي على هذا التقرير في بناء قراره النهائي (القاضي عبد الجواد مراعبة، والقاضي حمادة برهوم). إذا كان هذا هو الواقع، ووفقاً لأحد نساء ورجال القانون، ما المانع من التوجه مباشرة إلى هذا الخبير المختص، والاحتكام إليه في النزاع القائم المتعلق بعقد المقاولة، واختصار كثير من الوقت والجهد والنفقات التي يتكبدها العامة أمام المحاكم النظامية (الدكتورة أريج عودة، والمحامي سباح سباح).

يتقاطع الواقع العملي مع هذه النتيجة المنطقية؛ فغالباً ما يلجأ طرفا النزاع في عقود المقاولة إلى جهات محايدة للنظر في النزاع، والوصول إلى صيغة حل توافقية ترضي طرفي النزاع، وتتفق مع قواعد العدالة والقانون. عادة ما يلجأ هذا المحكم إلى الأعراف المهنية التي تختص بالمقاول، كونها تشمل العديد من القواعد التي تكفل حسن تنفيذ العقود بين الطرفين. قد يلجأ طرفا النزاع إلى شخص محايد للفصل في هذا النزاع، وعادة ما يتم هذا في عقود المقاولات ذات الطابع المهني البسيط (مثل عقد تمديد كهرباء، أو مياه، أو تركيب بلاط... إلخ)، حيث يكون هذا الشخص على دراية بطبيعة هذا العمل ومتطلباته وأصوله، وغالباً ما يكون متعهداً يعمل في هذا المجال. متى وجد إشراف هندسي للبناء، يبرز هنا دور المهندس المشرف في حل النزاع بناء على التوفيق والوساطة. في عقود المقاولات الكبيرة (مثل بناء منزل، أو عمارة سكنية)، عادة ما يلجأ طرفا النزاع إلى هيئة تحكيم مكونة من أكثر من شخص، حيث يتولى كل شخص تعيين ممثل عنه، ويجتمع هذان الممثلان ويتفقا على اختيار مميّز يقضي في النزاع بالتوافق (المهندس جريس عاطا الله). ستكون هذه الوسائل مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة بعد أن نبدأ ببيان طبيعة هذه النزاعات وأثرها.

4-1 طبيعة نزاعات عقود المقاولة وأثرها

سنبحث في هذا الجزء في أسباب نزاعات عقود المقاولة، والأثر السلبي الناتج عن تعطيل العمل في البناء محل النزاع.

4-1-1 أسباب نزاعات عقود المقاولات

على الرغم من أن لكل مشروع إنشائي طبيعة خاصة تميزه عن باقي المشاريع الأخرى، إلا أن مخرجات البحث الميداني أظهرت لنا أن النزاعات المتعلقة بعقود المقاولات عادة ما تتعلق بالمطالبات العقدية الآتية:

- ✧ الكيل وطريقة احتسابه.
- ✧ المواصفات وشمولية الأسعار.
- ✧ الأعمال التغييرية التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد.
- ✧ استحقاق تمديد في الوقت.
- ✧ استحقاق دفعات مالية إضافية.
- ✧ استحقاق استرداد دفعات مالية مدفوعة.
- ✧ سوء تنفيذ الالتزامات العقدية.
- ✧ عدم تنفيذ الالتزامات العقدية.

قد تتداخل معظم هذه الإشكالات في قضية واحدة، وتدرج جميعاً تحت بند الأعمال التغييرية وعدم مطابقة المواصفات، حيث تعتبر هذه الإشكالات من أكثر الأمور تعقيداً عند التعامل مع نزاعات عقود المقاولات. على سبيل المثال، يذكر بعض المحكمين أنه عين محكماً في نزاع استمر لمدة عام ونصف بين إسكان جامعة بيرزيت من جهة، والمقاول من جهة أخرى، وكان الخلاف على طريقة احتساب الكميات لأن الكيل كان غير محدد، كان بالمتر المربع السطحي وماذا يشمل، وقد دفع المقاول بوجود أعمال كثيرة غير محددة بالمخططات تم زيادتها بالأساسات والارتفاعات والأسوار، وكذلك آبار تمت إضافتها أكثر من

المتفق عليه. وظل التحكيم سنة ونصف، في حين كان يدفع المالك بجودة العمل المقدم وعدم مطابقتها للشروط والمواصفات، إضافة إلى وجود مصاريف إضافية تمت إضافتها، وأن هناك أعمالاً احتاجوا للقيام بها مع تكاليف إضافية (المهندس حبيب امسيح).

يرى البعض اختلاف موضوع النزاعات باختلاف طريقة التعاقد، ففي العقد الشفوي تكون النزاعات في مجملها مالية تتعلق بالتزامات مالية يقدمها صاحب البناء، حتى إذا تعلق النزاع بكيفية أداء المقاول لعمله فهو في أساسه ذو بعد مالي، كونه سيصب نهاية في حدود التزامات صاحب البناء المالية وتقدير قيمة هذا الخلل في الأداء. في المقابل، تختلف طبيعة هذه النزاعات في العقود الكتابية، حيث تتعلق النزاعات بتفسير العمل نفسه مثلاً يكتب المهندس في العقد عبارة "وما يلزم" والمهندس يبدأ بطلب متطلبات كثيرة فهذه تؤدي للنزاع حول تفسير ماهية جملة "وما يلزم" (المقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية).

أظهرت نتائج البحث الميداني ازدياد المنازعات في عقود المقاولة الخاصة عنها في عقود مقاولات القطاع العام. يعود السبب في ذلك إلى زيادة التفاصيل والتوضيحات المتفق عليها في عقود القطاع العام ما يغطي كافة احتمالات الخلاف بين طرفي العقد، فتوقيع عقد مقالة مع الوزارة ليس هو عقد المقاولة الموحد فحسب، بل هناك تفاصيل متعلقة بالرسومات والتفاصيل العامة والخاصة، وشروط عديدة وغيرها، وجميعها تشكل وثائق العقد. في المقابل، يعتمد العمل في القطاع الخاص على العلاقات الشخصية، وحتى لو تم الاتفاق على صيغة مكتوبة للعقد فلن يتعدى العقد صفحة واحدة تضع الإطار العام للاتفاق دون أن تخوض في العديد من التفاصيل المهمة، ما يسبب تعدد الخلافات بين طرفي العقد (المهندس محمد الحشيم، والمهندس جريس عطا الله).

4-1-2 تعطيل العمل في عقود المقاولات أثناء النزاع

عادة ما يعتمد المقاول إلى تجميد العمل في المشروع للضغط على صاحب البناء لاستجابة المالك لمطالب المقاول. حتى في الحالة التي يرغب فيها صاحب البناء في التعاقد مع مقاول آخر، سيرفض هذا الأخير استلام العمل مادام المقاول الأول لم يتم حسم الخلاف معه، ولم يتم بإخلاء محل العمل. هذا أساسه العرف التجاري في فلسطين ولا يجوز الحكم بخلافه إلا بوجود اتفاق صريح في عقد المفاوضة ينص على خلاف ذلك، هنا يجد صاحب البناء نفسه في مركز تفاوضي ضعيف خاصة إذا كان عنصر الزمن مهماً بالنسبة له. يستند المقاول إلى هذا الحق من الأعراف المتبعة في أعمال البناء، حيث يوجد ما يسمى "عدم جواز أن ينزل صناعي على آخر". حتى في الحالة التي تتدخل هيئات تحكيم خارجية، فإن هذه الهيئات ترفض استكمال العمل بمقاول جديد قبل إصدار قرارها النهائي في النزاع مع المقاول الأول (المهندس محمود عبد الله، والمهندس حبيب امسيح). هنا تبرز أهمية العقود المكتوبة حيث يدرك المهندس صائغ العقد مثل هذه الإشكالية، ويحدد آلية التصرف في مثل هذه الحالات. عادة ما يتضمن العقد المكتوب وجوب إبلاغ المقاول للمالك بإشعار مكتوب خلال فترة معينة، فإذا لم يتجاوب يمكن بعد فترة ذلك تخفيض فترة العمل والتباطؤ وبعد ذلك يمكن فسخ العقد (المقاول ناصر العسيلي، والمهندس محمد الزبيدي). يقر البعض بعدالة هذا الحق، حيث لا يجوز تمكين المالك من إنهاء عقد المفاوضة بإرادته المنفردة، والطلب من المقاول إخلاء العقار وجلب مقاول آخر هو بمثابة إجراء تعسفي، على أساس عدم جواز أن يتولى مقاول إكمال عمل مقاول آخر دون موافقة الأخير (المهندسة نهى غنام، والمهندس أيمن عبد الحميد).

قد يتفق طرفا العقد على حق المقاول في عدم إكمال أعمال البناء، إذا لم يلتزم المالك بالدفعات المالية المستحقة عليه، في هذه الحالة يجب على المقاول إخطار المالك كتابياً بضرورة دفع المستحقات المالية المتأخرة، وإذا لم يلتزم المالك

بذلك يرسل المقاول إخطاراً آخر للمالك يخبره فيه بتجميد العمل في العقار، وفي هذه الحالة يكون المقاول في موقف قانوني سليم مقارنة مع صاحب البناء، ولا يستطيع أن ينزل مقاول آخر على المقاول الأول، ويستطيع المقاول الأول منعه من ممارسة العمل (المقاول شكري الحرامي، والمحامي عماد عواد، والمحامي سباح سباح).

فيما يتعلق بنموذج عقد (الفيديك)، تتناول المادة (41) من شروط المقاول مسألة التوقف الوتقي للعمل، الذي يأمر به المهندس ويعتبره ضرورياً. في البند الثاني من هذه المادة تعالج شروط المقاول مشكلة التوقف طويل الأمد "الذي يستمر لمدد طويلة، وضعت إطار عمل منصف في حال استمر التوقف لأكثر من (84) يوماً، حيث طالبت تلك المادة من المقاول ابتداءً أن يطلب من المهندس الإذن بالاستمرار في العمل، وإذا لم يعط المهندس الإذن بالاستمرار خلال (28) يوماً من استلامه طلب المقاول، فللمقاول، بعد إعطاء تنبيه للمهندس، اعتبار جزء الأعمال المتأثر بأمر التوقف مشمولاً بأحكام المادة (13)، ومحدوفاً من العمل. أما إذا كانت الأعمال ككل مشمولة بأمر التوقف، فإن للمقاول الحق بالبدء بإجراءات إنهاء العقد، على أن يسبق ذلك إعطاء تنبيه للمهندس حول نية المقاول البدء بتلك الإجراءات. إضافة إلى ذلك، يجوز للمقاول - فقط في حالة عدم التزام المالك بالدفعات المالية المستحقة عليه، أو إذا لم يقم المهندس بالتصديق على أي شهادة دفع مرحلية - أن يوجه إشعاراً إلى صاحب العمل مدته (21) يوماً، يقضي بتعليق العمل في البناء. إذا انتهت هذه المدة، ولم يحصل هذا المقاول على دفعاته المالية المستحقة، يستطيع هنا تعليق العمل إلى حين الحصول على هذه الدفعات، فإذا تسلم المقاول لاحقاً لإشعاره شهادة الدفع، أو دليل الترتيبات المالية، أو الدفعة المستحقة له قبل قيامه بتوجيه إشعار الإنهاء، فإنه يتعين عليه أن يستأنف العمل المعتاد وبأسرع وقت ممكن عملياً. في جميع الأحوال، إذا تكبد المقاول خسائر نتيجة هذا التعليق أو التأخير فعليه إخطار المهندس بالمستحقات المالية المعادلة لهذه الخسائر.

2-4 وسائل تسوية منازعات عقود المقاولات

أظهرت نتائج البحث لميداني في الدراسة تراجع دور المحاكم النظامية في نظر قضايا المقاولات، قياساً بوسائل فض النزاعات الأخرى البديلة. هناك إجماع ممن تمت مقابلتهم على أن لعنصر الوقت دوراً مهماً في هذا التوجه، حيث تستغرق النزاعات أمام المحاكم النظامية فترات زمنية طويلة - قد تصل لسنوات - على نحو لا يناسب متطلبات السرعة التي تقتضيها عقود المقاولات. في المقابل، يمتاز التحكيم بسرعة البت في القضايا، حيث يوضع لها سقف محدد في العقد يجب إنهاؤها فيه، ولا يجوز تمديده إلا بموافقة الأطراف (المهندس فيصل دياب، والمهندس محمد الحشيم). لم يعارض ممثلو القضاء النظامي هذا الطرح إلا أنهم عبروا أن السبب في هذا التأخير يعود إلى الدور السلبي الذي قد يلعبه المحامون من خلال كثرة المطالبات والتأجيلات، على الرغم من أن القضية في مجملها قد تنتهي خلال ثلاث إلى أربع جلسات على الأكثر في غياب هذه الطلبات (القاضي عبد الجواد مراعبة). حتى في المشاريع الكبيرة يفضل الجميع اللجوء إلى التحكيم بعيداً عن المحاكم النظامية، ويبدأ التحكيم بعرض الحل الودي بين الطرفين أيضاً. على سبيل المثال، أثير نزاع بين المالك والمقاول أثناء تنفيذ مشروع فندق (موفمبيك) في رام الله، ففي مرحلة من المراحل لم يعد المالك قادراً على الوفاء بالتزاماته المالية المترتبة على العمل، ولم يعد قادراً على تمويل المشروع حسب الاتفاق، ما أدى إلى توقف العمل لمدة 4 سنوات، تدخل فريق تحكيم مكون من مهنيين ومهندسين ومحامين وتم حل النزاع ودياً، واستمر بعدها العمل في المشروع (المهندس محمد الحشيم، والمقاول ناصر العسيلي).

إضافة إلى ذلك، عادة ما يفضل أطراف النزاع اللجوء للتحكيم؛ لأنه طريقة حضارية في النقاش، ويكون على مراحل: المرحلة الأولى هي التسوية الودية، حيث يمكن أن تقودها لجنة تسوية تعين في شروط العقد أو المهندس المشرف، وقد يكون في هذه المرحلة تنازلات مباشرة وتسوية ودية وهذه المرحلة لا تأخذ

وقتاً. إذا كان هناك خلاف، يتم اللجوء للتحكيم، ويجوز طرح التسوية الودية حكماً أو وداً، فالاتفاق الذي يتم الوصول إليه يكون قرار التحكيم ولجنة التحكيم تقرر أنه تمت التسوية الودية، إذا لم يتم الاتفاق، وكل طرف تمسك بما يريد، يجب الانتظار لكي تدرس لجنة التحكيم فترة أطول لتصدر قرارها (المهندس محمود عبد الله، والمقاول ورجل الإصلاح سمير أبو دية).

عادة ما يبدأ حل التحكيم بالرجوع للمهندس الاستشاري، وإذا لم يتمكن من حلها يُستعان بالمحكمين مباشرة، أو من خلال تحكيم، أو نقابة المهندسين، أو اتحاد المقاولين. في حال فشل هذه المحاولات يتم اللجوء للقضاء، وعادة ما يعمل القضاء من خلال تشكيل لجان فنية ولجان خبراء، تقدم توصيات يبني القاضي حكمه في شقه الفني على أساسها (المهندس حبيب امسيح). إضافة إلى ذلك، يبرز دور المحافظات في تسوية منازعات عقود المقاولات بشكل كبير. ستكون هذه الوسائل مدار البحث في هذه الدراسة.

4-2-1 دور مكاتب المحافظة في تسوية منازعات عقود المقاولات

أظهرت نتائج البحث الميداني أهمية دور المحافظات في حل نزاعات عقود المقاولات بشكل واضح، حيث تصل عدد النزاعات التي تصل إلى المحافظات بمعدل نزاعين في الأسبوع، ويعتبر هذا الرقم كبيراً قياساً بأعداد النزاعات التي تصل إلى المؤسسات الأخرى مثل نقابة المهندسين واتحاد المقاولين. يعود السبب في هذا الدور إلى عدة أسباب: (1) نشاط الدوائر القانونية في المحافظات في مجال تسوية المنازعات بشكل عام الجنائية منها والحقوقية، منذ تشكيل مؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية خاصة في الأوقات التي تعطل فيها عمل المؤسسات القضائية النظامية؛ بسبب الاضطرابات السياسية والأمنية داخل الوطن. (2) سرعة البت في النزاعات، واعتماد أسلوب الوساطة والتوفيق، ما يضيف نوعاً من القبول للقرار المتخذ لدى طرفي النزاع (قد تنتهي القضية في أيام)، وتعاون المحافظات مع العديد من رجال الإصلاح في مجال تسوية

المنازعات، ما يبعث على قبول القرارات المتخذة، ومجانية العمل في المحافظات ما يدفع الجميع إلى اللجوء إليهم رغبة في توفير نفقات تسوية المنازعات أمام الجهات الأخرى. عادة ما يتقدم أي من طرفي النزاع بشكوى رسمية مكتوبة إلى مكتب المحافظ، الذي يحيلها بدوره إلى الدائرة القانونية للنظر فيها، ثم ترسل الدائرة القانونية تبليغاً حسب الأصول إلى الطرف الثاني في المنازعة بضرورة التوجه إلى المحافظة لمتابعة الشكوى المقدمة ضده. عادة ما يمثل العامة لهذه الطلبات، ويتعاطون بإيجابية مع إجراءات المحافظة، وفي حال عدم الامتثال تتعاون المحافظة مع الشرطة المدنية في استدعاء هذا الطرف (الدكتورة أريج عودة). قد يتدخل المحافظ في النزاع بشكل شخصي إذا تعلق بالسلامة العامة وأرواح المواطنين (مثل حالة بناء مخالفات لشروط السلامة).

عادة ما يعتمد الحل على الوساطة وتقريب وجهات النظر، وهنا يبرز دور رجال الإصلاح ذوي القدرة على الإقناع وإدارة النقاش، وهنا يوقع طرفا النزاع على صيغة الحل النهائية التي تصوغها المحافظة (رجل الإصلاح مهيب أسعد). نادراً ما يرفض أي من طرفي النزاع جهود الوساطة، وهنا تلجأ المحافظة إلى التحكيم بمعناه القانوني، وتطلب تعاون نقابة المهندسين واتحاد المقاولين، طالبة منهم تقرير خبراء. لن تزيد إجراءات التحكيم في هذه الحالة على ثلاثة شهور في أسوأ الظروف (الدكتورة أريج عودة). إذا أثير النزاع أثناء العمل، عادة ما تقوم المحافظة بطلب تقدير قيمة العمل، وتلزم صاحب البناء بدفع قيمته، وتوقع اتفاقية مخالصة بين الطرفين، على أساس صعوبة تصور استمرار العمل بين الطرفين بعد نشوء النزاع.⁸⁹ أحياناً ما تطلب المحافظة من المقاول إتمام العمل، وتأخذ في المقابل شيكات مؤجلة من المالك

⁸⁹ مثال: في قضية بركة سباحة كان الاتفاق على 250000 دولار للمقاول، وحصل نفور بين الأطراف وأراد المالك أن يحضر مقاولاً آخر لأن عمل المقاول الأول كان على غير المواصفات المطلوبة، نحن بصراحة أحضرنا مهندساً ورأينا أين وصل المقاول في عمله وقدرنا المبلغ، كان المالك غير مكمل المال والمقاول غير مكمل العمل، وحللنا الموضوع على أساس الثغرات الموجودة وقيمة الشغل وتم التوصل لتخفيض المبلغ إلى 150000 دولار

لضمان التزامه بدفع الالتزامات المالية المستحقة عليه، وبعد انتهاء العمل حسب المواصفات يتم إرسال لجنة لتقويم التزام الطرفين بما اتفقا عليه في الاتفاق، الذي تم تنظيمه في المحافظة (الدكتورة أريج عودة، ورجل الإصلاح مهيب أسعد).

2-2-4 دور المهندس الاستشاري في تسوية منازعات عقود المقاول

المهندس الاستشاري هو المهندس المعين بواسطة صاحب العمل للإشراف على تنفيذ أعمال البناء، ومراقبة المقاول في هذا الشأن. يعمل المهندس الاستشاري من خلال تعاقد مالك البناء له، ومن ثم يقوم الأول بإخطار المقاول بضرورة العمل تحت إشراف هذا المهندس وتوجيهاته. يصعب تحديد طبيعة دور المهندس الاستشاري أثناء قيامه بحل نزاعات عقود المقاولات، هل هو دور استشاري فني؟، أم دور محكم قانوني يمارس عمل التحكيم بناء على شروط العقد أو الرغبة اللاحقة لطرفي النزاع؟.

غالباً ما يعمل المهندس في هذه الحالة بعيداً عن تدخل نقابة المهندسين واتحاد المقاولين، من خلال توجه طرف في النزاع طالباً تدخل المهندس لحل النزاع. يفيد بعض المهندسين أنه عادة ما يتدخل في حوالي (15-20) نزاعاً بالسنة (المهندس جمال إحميدان). عادة ما يتم بطلب أحد طرفي النزاع من المهندس التدخل لحله، وهنا يتدخل المهندس لإقناع الطرف الآخر لقبول وساطة المهندس، وقد يطلب الطرفان من المهندس ذلك. يعمل المهندس بشكل مهني، حيث يوقع كل طرف على كتاب تعهد بقبول قرار، ويتحول قرار المهندس في هذه الحالة إلى سند كتابي مهم تأخذ به المحاكم النظامية. يبدأ المهندس عمله بدابة بالوساطة والتوفيق، ومحاولة الوصول إلى صيغة ترضي الطرفين، فإن لم يفلح يصدر القرار الذي يراه مناسباً. عادة ما يكون التحكيم في هذه المنازعات مجانياً، وغالباً ما يصدر المحكم قراره في هذه النزاعات خلال أيام، رغبة منه في عدم تعطيل العمل داخل المشروع (المهندس جمال إحميدان، وماهر شبارو).

قد يتفق طرفا العقد على إحالة أي نزاع إلى المهندس الاستشاري للبت فيه، فهل يمكن إحالة هذا النزاع إلى جهة تحكيم أو قضاء قبل أن ينظر المهندس الاستشاري فيه؟ يميز الفقه القانوني هنا بين حالة كون المهندس الاستشاري معيناً بواسطة مالك البناء، وحالة كون مالك البناء هو نفسه المهندس الاستشاري ذاته المشرف على عمل المقاول. في الحالة الأولى، يجوز لأحد طرفي العقد الراض لهذه الإحالة، أن يدفع أمام هيئة التحكيم، أو القضاء بعدم الاختصاص، ورد الدعوى على أساس أن الدعوى سابقة لأوانها. أما في الحالة الثانية، فتجوز هذه الإحالة على أساس عدم إمكانية تصور أن يكون طرف في النزاع هو المحكم ذاته لهذا النزاع، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها.⁹⁰

أبرزت بعض المقابلات دور المهندس الاستشاري باعتباره محكماً قانونياً ذي طابع فني، فهو يستمع إلى آراء الأطراف، ويتحقق من الوقائع، ويفسر العقد ويطبق القانون، أي أنه يقيم سلوك طرفي النزاع التعاقدية، ويصدر قراره في النهاية - وفقاً لنموذج عقد الفيديك - خلال (84) يوماً من كتاب الإحالة، ويبلغه لطرفي العقد.⁹¹

وفقاً لنموذج عقد (الفيديك)، تقوم عقود (الفيديك) على أساس أن المهندس هو المحور الأساسي لتنفيذ العقد؛ لأنه بمجرد التوقيع على العقد بين رب العمل والمقاول يصبح للمهندس السلطة الكاملة لاتخاذ ما يراه من قرارات، سواء بصفته ممثلاً لرب العمل - أو وكيلاً عنه في بعض الأحيان - في حالة حدوث أي منازعة بين رب العمل والمقاول، وتكون قرارات المهندس ملزمة في النزاعات التي تقع بينه شخصياً وبين رب العمل أو المقاول. وعلى ذلك فإن شخصية الشخص وسمعته، الذي سيمارس دور المهندس في عقود الفيديك،

⁹⁰ انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 583 لسنة 1983، مجلة نقابة المحامين الأردنية، سنة 1984، ص 1100.

⁹¹ المادة 2/67 من الشروط العامة للفيديك للعام 1987.

يمثل عاملاً حاسماً في تقويم مدى المخاطرة في المشروع، سواء من جانب المقاول، أو من جانب رب العمل، وعلى الأخص فيما يتعلق بتقويم المطالبات التي يلزم تقويمها بصفة فورية وعاجلة دون الحاجة للجوء للتحكيم.

تناول البند (67) من الكتاب الأحمر الطبعة الرابعة الصادرة عام (1987)، كيفية تسوية المنازعات التي تنشأ بين المقاول ورب العمل، حيث ألزم أن يتم إرسال الخلاف للمهندس كتابة وصورة منه للطرف الآخر، ويتعين على المهندس الرد على رب العمل أو المقاول في خلال (84) يوماً من تاريخ استلامه الخطاب، على أنه ومهما كان القراء، فإنه يتعين على المقاول الاستمرار في تنفيذ الأعمال مع الاستمرار في التعليق على القرار الصادر من المهندس، حتى يتراجع المهندس عن قراره أو الانتقال للتحكيم. يحق للطرف المتضرر من القرار الصادر من المهندس، أو في حالة عدم الرد من جانب المهندس خلال الـ (84) يوماً، يحق للمتضرر في خلال الـ (70) يوماً التالية لاستلامه رد المهندس أو لانقضاء الـ (84) يوماً دون رد تسليم الطرف الآخر خطاباً يفيد عزمه على اللجوء للتحكيم، مع تسليم صورة من الخطاب للمهندس. وإذا أرسل المهندس رده ولم يعترض أي من الطرفين خلال الـ (70) يوماً التالية لاستلام الرد، فإن قرار المهندس يكون نافذاً ونهائياً ولا رجعة فيه وملزماً لكل من المقاول ورب العمل (مصطفى هلال 2012، ص 46). يحق للطرفين خلال (56) يوماً من تاريخ استلام خطاب العزم على اللجوء للتحكيم وتسوية النزاع ودياً، فإذا انقضت هذه المدة دون حدوث التسوية الودية؛ فإن إجراءات التحكيم تبدأ فوراً، دون أن يتأثر تنفيذ الأعمال باللجوء للتحكيم (مشاعل الهاجري 2007، ص 96).

يرى البعض الآخر أن المهندس يعمل بوصفه وسيطاً بين طرفي النزاع، باعتبار توجهاته الفنية والقانونية مقبولة من كليهما، كونه غير ملزم بداية باتباع إجراءات التحكيم المنصوص عليها قانوناً، إضافة إلى أنه معين بواسطة أحد طرفي العقد (المالك)، ويتقاضى أجراً منه لقاء عمله الاستشاري والتحكيمي إن

تطلب الأمر، إلا أنه في مركز شبيه بمركز المحكم فيما يتعلق بالتزامه بالاستقلال والحياد عن تمثيل مصالح أي من أطراف النزاع.

أخيراً، يميل البعض الآخر إلى تكييف دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات، باعتباره دور الخبير المهني المستقل الأقدر على تحديد ماهية الحلول الفنية والقانونية التي يتوجب الخروج بها لمعالجة أي نزاع يتعلق بعقد المقولة؛ فالمهندس هو المطلع على العمل منذ بدايته، والمشرع على عقود البناء التي تم التعاقد عليها، كما أنه ممثل مصالح الطرف الضعيف في الرابطة العقدية من حيث خبرة العمل المرتبطة بموضوع المقاولات (المالك). يؤيد هذا التوجه طبيعة القرار الصادر عن المهندس عند تسوية النزاع محل البحث، فهذا القرار غير ملزم لطرفيه، ويجوز لأي منهما الطعن فيه من خلال طلب التحكيم أو القضاء. فالمهندس ليس محكماً أو قاضياً ورأيه غير ملزم لطرفي النزاع.

إضافة إلى ذلك، يجب التمييز بين قرار المهندس وقرار المحكم، حيث عادة ما يتم تعيين المحكم باتفاق طرفي العقد، في حين يوجد المهندس من خلال التعاقد مع المالك فقط، ويفرض على الما قول أثناء العمل. أخيراً لا يلتزم طرفا النزاع بعرض الأدلة على المهندس كما هي الحال في حالة التحكيم، حيث يتوجب على المهندس البحث والتحري بنفسه قبل إصدار أي قرار. إضافة إلى ذلك، لا يلتزم المهندس باتتباع إجراءات التحكيم المنصوص عليها قانوناً، كما أنه غير مجبر لاتخاذ قرار في النزاع المعروض عليه، وأخيراً، يمكن للمهندس الفصل في خصومة نشأت بسبب أحد القرارات التي أصدرها. في المجمل، تدعم جميع هذه العناصر الحكم بعدم التعامل مع المهندس الاستشاري بوصفه محكماً في عقد البناء.

أولاً: شكل القرار الصادر من المهندس

أوضحت نتائج البحث الميداني أن القرار الصادر عن المهندس يجب أن يصدر في شكل كتابي، وهذا يتوافق مع ما ورد في نموذج عقد (الفيديك)، حيث توفر

هذه الوسيلة ضمانات كافية لطرفي النزاع متى أثير أي خلاف مستقبلي يتعلق بموضوع النزاع. إضافة إلى ذلك، سيؤرخ هذا القرار لتاريخ القرار الصادر عن المهندس على نحو يسهل معه عدم الخلاف حول المدة اللازمة لإحالة النزاع إلى هيئات تحكيم إن لم يرتض أي من طرفي العقد قرار المهندس، كما أن هذه الكتابة ستسهل على هيئات التحكيم معرفة رأي المهندس الاستشاري في النزاع موضوع البحث من خلال الاطلاع على ما أقره للطرفين.

وفقاً لنموذج عقد (الفيديك) المقر في فلسطين، يكتسب قرار المهندس الاستشاري قوته القانونية النهائية إذا التزم به طرفا النزاع طواعية، أو لم يعترض عليه أي منهما خلال فترة (70) يوماً من تاريخ الإخطار. هناك إجماع على أن التكاليف المرتفعة لعملية التحكيم، والوقت الطويل الذي قد تستغرقه، تجعل من طرفي النزاع يرتضيان بقرار المهندس حتى إن شعرا أنه قد جانبه الصواب في بعض جوانبه.

وفقاً للقواعد القانونية العامة في النظام القانوني الفلسطيني، يستمد القرار الصادر عن المهندس المتعلق بتسوية المنازعات قوته باتفاق الأطراف أنفسهم، فهو لا يعدو أن يكون تطبيقاً مباشراً لنص المادة (67) من عقد (الفيديك) باعتبارها بنداً في العقد. على هذا الأساس تتعامل الأطراف مع ما اتفق عليه بداية، وذلك تأسيساً على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" (المحامي محمد شاهين، والمحامي رمزي أبو العظام، والقاضي عبد الجواد مراعبة، والمحامي سباح سباح). في المقابل، لا يمكن تنفيذ القرار الصادر عن المهندس جبراً، كونه ليس حكماً تحكيمياً، ومع ذلك فهو قابل للتنفيذ عن طريق استصدار حكم قضائي بواسطة الطرف المستفيد منه على أساس الاتفاق المسبق لطرفي العقد على اللجوء لقراره متى أثير أي نزاع، ومن هنا سيبرز دور القضاء في فحص قرار المهندس من حيث اتباعه للإجراءات المقررة في العقد، ومراعاته لحقوق طرفي النزاع، إضافة إلى مراعاة المبادئ العامة النازمة لنظرية العقد في النظام القانوني الوطني (مثل قاعدة حسن النية، والغلط يفسد كل شيء... إلخ) (المحامي حسام الأثيري).

ثانياً: تقويم دور المهندس الاستشاري في فض منازعات عقود المقاولة

يرى البعض إيجابية أن يُعهد إلى المهندس بتسوية نزاعات عقود البناء لعدة أسباب، أهمها: مدى علم المهندس الاستشاري بروح العقد الموقع بين المالك والمقاول، وسهولة تفسيره لأي بند تعاقدي غير واضح فيه، وسرعة اتخاذ قرار فض النزاع، وإيجابية هذا الأمر على ضمان عدم تعطل العمل المتفق عليه وما قد يتبعه من إشكالات قانونية وفنية، وضمان عامل الملاءمة الناتج عن إشراك العنصر الفني، الذي صمم الأعمال وأشرف على تنفيذها في عملية فض النزاع القائم، والتقليل من عدد النزاعات المعروضة أمام التحكيم خاصة في ظل عدم وجود غرفة تحكيم وطنية حتى اللحظة، واختصار كثير من تكاليف اللجوء إلى هيئات تحكيم خارجية، وضمانة عدم تعسف المهندس في قراره من خلال منح طرفي النزاع الحق في الاعتراض على قراره وعدم تحصينه، ما يجعل هذا المهندس يجتهد في القرار المتخذ لتجنب نقضه بواسطة هيئات تحكيم خارجية أو قضاء خارجي.

في المقابل، لا يتفق البعض الآخر مع هذا التوجه، ويرون أنه يجب أن يُعهد إلى هيئات تحكيم خارجية سلطة فض أي نزاع يتعلق بعقد المقاولات. يقدم هذا التوجه المبررات التالية: من الصعب ضمان نزاهة عمل المهندس وهو يمثل مصالح طرف واحد في النزاع، ويتقاضى منه أجراً (المالك) في مواجهة الطرف الآخر، وبالتالي كيف سنعهد إليه بحل نزاع هو ليس طرفاً محايداً فيه، وعادة ما يتولى المهندس صياغة بنود عقد المقاولة ويعرضها على المالك لأخذ رأيه فيها ومن ثم يفاوض المقاول عليها، وعادة ما تثار النزاعات على العقد الذي تولى المهندس إعداده وصياغته، وبالتالي سيكون تدخل المهندس في فض أي نزاع ممثلاً لإرادته هو لا إلى إرادة طرفي العقد، وكذلك عدم إلزام المهندس بسماع بيان ودفع طرفي النزاع أثناء بحثه للنزاع، ما قد يكون له أثر سلبي على عدم تقويم أمور جوهرية قد تعتري موضوع النزاع لم يقدمها إليه أي من طرفي النزاع أو كليهما، ووجود طائفة من موضوع النزاعات ذات البعد القانوني الصرف التي يصعب معها تصور دور المهندس في استقراء

نصوص القانون وقرارات المحاكم والتعامل معها، ما يجعل قراره بعيداً كل البعد عما تقره القواعد القانونية العامة النازمة لمثل هذا النوع من النزاعات. أخيراً وفي العقود الحكومية، عادة ما يكون المهندس الاستشاري موظفاً لدى الجهة الحكومية التي طرحت العطاء، ويكون لها صفة رب العمل، وبالتالي قد يكون الاحتكام إليه نوعاً من العبث.

أيدت تعديلات (الفيديك) الأخيرة للعام (1999) التوجهات الراضية لدور المهندس الاستشاري في تسوية منازعات عقود المقاولات، واستعاضت عنه بتشكيل مجلس تسوية المنازعات ليأخذ الدور الذي كان يقوم به المهندس.

4-2-3 دور مجلس تسوية المنازعات في تسوية منازعات عقود المقاولات

لعل أبرز ما تضمنته التعديلات التي طرأت على عقد (الفيديك) في طبعته الجديدة للعام (1999)، هو التعديل المتعلق لاستبدال دور مجلس فض المنازعات بدور المهندس في تسوية منازعات عقود المقاولات⁹²، وهذه بمثابة محاولة أخيرة للوصول إلى حل سلمي للنزاع بعيداً عن عمل التحكيم المؤسسي أو المحاكم النظامية. يضمن هذا التوجه تحقيق ما أُشير إليه أعلاه من إيجابيات تدخل المهندس في حل النزاعات والحيلولة دون تحقق مخاوف الطرف المعارض المشار إليها أعلاه، وهذا لا يعني إنهاء دور المهندس الاستشاري في تسوية أية نزاعات تتعلق بموضوع البناء، حيث تبدأ إجراءات حل النزاع بتدخل المهندس بشكل ودي للتوفيق بين طرفي الخلاف، وفي حال لم ينجح في وساطته، يُحال النزاع إلى مجلس تسوية المنازعات للبحث فيه.

ننوه بداية إلى أننا لاحظنا أثناء البحث الميداني وجود خلط واضح ما بين عمل هذا المجلس وعمل التحكيم بمعناه القانوني، حيث يعتبر البعض أن عمل المجلس هو عمل تحكيمي صرف، يتعلق بتسوية النزاع باستصدار قرار وليس

⁹² يدخل حرف (الباء) هنا على المتروك

كما هو مشار إليه في نموذج عقد (الفيديك). يشير نموذج عقد (الفيديك) للدور التوفيقى للمجلس وليس التحكيمى. لقد غيرت فكرة التسوية من خلال مجلس فض المنازعات الشكل التقليدي لحل نزاعات عقود البناء، فهي ليست بالتحكيم ولا بالتقاضي، كما أن أثر القرار الصادر عنها ليس نهائياً، وليس قابلاً للتنفيذ بالضرورة. يتمثل الدور الأساسي للمجلس في الوساطة والتوفيق وليس التحكيم، لذا يطلق عليه أغلب الفقه اسم "مجلس الوساطة المرحلية للمنازعات" أو "مجلس التوفيق المرحلي للمنازعات"، كما يرتبط عمله بمرحلة تنفيذ المشروع؛ وبذلك فوجوده وعمله يرتبطان بوجود المشروع ذاته، فهو قائم مادام المشروع قائماً وينتهي بانتهائه.

تقوم فلسفة الوساطة المرحلية للمجلس على نظام التدخل المبكر في المنازعات العقدية، التي يتعذر على طرفي العقد إيجاد حلول لها، من خلال الاستعانة بخدمات طرف ثالث مستقل، نضمن في عمله الحياد والمهنية، إضافة إلى معاصرته لتطور المشروع. سيضمن هذا الطرف تقديم حلول سريعة فعالة خلال فترة تنفيذ المشروع وليس بعد الانتهاء منها، كما أنه سيضمن تمثيل مصالح طرفي النزاع بشكل متوازن؛ لذلك نصت تعديلات (الفيديك) للعام (1999) على تشكيل مجلس في بداية حياة المشروع، يتم تشكيله بمعرفة أطراف العقد الإنشائي، وله مهمة التوصل إلى حلول وقتية للنزاعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ المشروع في أقصر وقت ممكن، ويقوم هذا المجلس في أساس عمله على استفادة أعضائه من خبرتهم الشخصية والتخصصية على نحو يسهل معه التعامل مع القضايا القانونية والفنية ذات العلاقة بموضوع النزاع.

يغلب على عمل هذه الهيئة الطابع التوفيق والوساطي، حيث ينشأ هذا المجلس من خلال تلاقي إرادات طرفي العقد من خلال وجود اتفاقين متوازيين، هما:

الاتفاق الأول: الاتفاق بداية في العقد الإنشائي على بند ينص على تشكيل المجلس خلال فترة (28) يوماً من تاريخ بدء العمل في المشروع، ويتم

الاستعانة فيه بخدمات طرف ثالث (شخص واحد أو أكثر)، يمتاز بالاستقلال والحياد، ويهدف في محصلته إلى حل أي نزاع قد ينشأ بين طرفي العقد من خلال تقديم حلول سريعة خلال فترة العمل في المشروع.

الاتفاق الثاني: اتفاق طرفي العقد - باعتبارهما طرفاً واحداً - مع عضو / أو أعضاء هذا المجلس، على أساس تقديم الطرف الأخير خدمات فض أي نزاع يتعلق بموضوع البناء مقابل مبلغ مالي متفق عليه بين الأطراف.

أولاً: تشكيل مجلس تسوية المنازعات

عادة ما يتكون مجلس تسوية المنازعات من ثلاثة أعضاء يتم ترشيحهم كما يلي:

✧ يتم تشكيل المجلس من خلال ترشيح كل طرف في عقد البناء لعضو في المجلس، على أن يقوم الطرف المقابل بإقرار هذا الترشيح وعدم الاعتراض عليه، وفي حال الاعتراض يجب أن تكون أسباب الاعتراض مقنعة للطرف المقابل في العقد.

✧ بعد ترشيح العضوين المختارين، يقومان بالاتفاق على عضو ثالث مميز يكون رئيساً للمجلس، مع اشتراط أن يروق لطرفي عقد البناء هذا الاختيار.

✧ يشترط أن يكون جميع الأعضاء من ذوي الخبرة والاحترام المهني، كما يجب أن يقرروا بعدم وجود أي علاقة تربطهم بأي من طرفي عقد البناء.

✧ يوقع أعضاء المجلس اتفاقية تنص على التزامهم بخدمة مصالح أطراف العقد على حد سواء، إضافة إلى حقهم في الحصول على بدل أتعاب تنظيم خدماتهم وتعويضهم عن جميع ما قد يدفعونه بمناسبة قيامهم بعملهم.

✧ يتعاقد المجلس مع طرفي العقد (المالك والمقاول) من خلال اتفاق يوضح حقوق أعضاء المجلس وواجباتهم، حيث تشمل هذه الحقوق: الحقوق المالية من خلال اتفاق طرفي عقد البناء مع كل عضو على قيمة أتعابه المالية التي سيحصل عليها نتيجة عمله في المجلس. عادة ما تشمل هذه الأتعاب

المالية الأجور، والنفقات، والأتعاب اليومية، عادة ما يتقاسم طرفا عقد
المقابلة هذه الأتعاب مناصفة، وقد يتم الاتفاق على تحمل المالك لهذه
النفقات ما دام المجلس لا ينظر في أي نزاع، وفي حال نظر المجلس في
أي نزاع يتدخل هنا المقاول في احتساب تلك النفقات طوال فترة حل
النزاع.

وفقاً لنموذج عقد (الفيديك)، يتم تعيين المجلس اعتباراً من أي التواريخ الآتية
(مشاعل الهاجري 2007، ص96):

- ✧ تاريخ بداية العقد.
- ✧ تاريخ توقيع كل من رب العمل والمقاول والعضو على اتفاقية فض
المنازعات.
- ✧ تاريخ توقيع كل من رب العمل والمقاول وكل عضو من الأعضاء الآخرين
"إن وجدوا" على التوالي على اتفاقية فض المنازعات.

كما يجب أن يشتمل الاتفاق بين المقاول ورب العمل والعضو "أو المجلس" على
كافة الشروط العامة لاتفاقية فض المنازعات الموجودة بملحق الشروط العامة،
وعلى شروط المكافأة التي يحصل عليها المجلس، ونصيب كل طرف فيها.
يجوز لكل من رب العمل والمقاول مجتمعين إنهاء تعيين المجلس في أي وقت
يرغبان، ولكن لا يجوز لأي منهما القيام بذلك بصفة انفرادية.

إذا أخفق طرفا العقد في تعيين المجلس في التاريخ المحدد، أو إذا أخفق أي من
الطرفين في تسمية العضو الذي سيمثله بالمجلس في حال تأليفه من ثلاثة
أشخاص، أو إذا أخفق الطرفان في الاتفاق على تعيين العضو الثالث، أو إذا
رفض العضو الفرد أو أحد الأعضاء الثلاثة العمل، أو أصبح غير قادر على
العمل نتيجة الوفاة، أو العجز، أو الاستقالة، أو إنهاء التعيين. في هذه الحالة،
يتعين على سلطة التعيين أو الشخص الرسمي المسمى في الشروط الخاصة،

بناء على طلب أي من الطرفين، تعيين المجلس أو العضو بالمجلس، ويكون تعيينه نهائياً وقطعياً وملزماً للطرفين، ويكون كل طرف مسؤولاً عن سداد نصف مكافأة سلطة التعيين أو الشخص الرسمي.

ثانياً: طبيعة عمل مجلس تسوية المنازعات

أثناء عمل المجلس، يتعين على كل طرف موافاة المجلس بكافة المعلومات وطرق الوصول إلى الموقع والتسهيلات المناسبة، وفقاً لما يراه المجلس لازماً لاتخاذ القرار. يتعين على المجلس إصدار قراره خلال (84) يوماً من تاريخ تسلمه خطاب الإحالة، أو خلال أي مدة أخرى يقترحها المجلس ويوافق عليها الطرفان، ويتعين أن يكون القرار مسبباً. يكون قرار المجلس ملزماً للطرفين، ويتعين عليهما تنفيذه فوراً، ما لم يتم مراجعته من خلال التسوية الودية، أو بحكم تحكيمي، وما لم يكن قد تم إلغاء العقد أو جرده أو إنهاؤه. يحق للطرف المتضرر من القرار الصادر من المجلس في خلال الـ (70) يوماً التالية لاستلامه رد المجلس أو لانتقضاء الـ (84) يوماً دون رد، وتسليم الطرف الآخر خطاباً يفيد عزمه على اللجوء للتحكيم، مع تسليم صورة من الخطاب للمجلس. وإذا أرسل المجلس رده ولم يعترض أي من الطرفين خلال الـ (70) يوماً التالية لاستلام الرد، فإن قرار المجلس يكون نافذاً ونهائياً ولا رجعة فيه وملزماً لكل من المفاوض ورب العمل. يحق للطرفين في خلال 56 يوماً من تاريخ استلام خطاب العزم على اللجوء للتحكيم لتسوية النزاع ودياً، فإذا انقضت هذه المدة دون حدوث التسوية الودية؛ فإن إجراءات التحكيم تبدأ فوراً، دون أن يتأثر تنفيذ الأعمال باللجوء للتحكيم.

تكتسب القوة الإلزامية لقرارات المجلس من خلال ما اتفق عليه بين طرفي عقد المفاوضة والسلطات التي تم تخويلها للمجلس، حيث يتفق طرفا العقد على نطاق القوة المطلوب إسباغها على قرارات المجلس، فيكون لقرار المجلس الأثر القانوني ذاته، الذي يكون للاتفاقيات العقدية بين الأطراف. في حال عدم الاتفاق على هذا الأثر تشير قواعد (الفيديك) إلى أن دور المجلس هو استشاري

صرف، حيث تصدر القرارات الصادرة عن المجلس في صورة توصيات غير ملزمة للأطراف، إلا أنها يكون لها دور كبير في تقويم أدلة كل طرف إذا أُثير النزاع أمام هيئات تحكيم خاصة أو هيئات قضائية، بل إنه ليس هناك ما يمنع من اكتساب القرار الصادر عن المجلس صفة الإلزام إذا لم يعترض عليه أي من طرفي النزاع خلال فترة زمنية معينة، وهذا ما نص عليه نموذج عقد (الفيديك).

إضافة إلى ذلك، قد يتفق طرفا عقد البناء على تحويل المجلس سلطة إصدار قرارات استشارية، يقتصر مداها على مد يد العون لطرفي العقد في معرفة أبعاد بعض المسائل الفنية أو القانونية، التي ليسا على دراية بها (جانب استشاري)، بحيث تكون ذات صفة غير ملزمة لهما. عادة ما يطلب طرفا العقد هذا الرأي الاستشاري عندما تكون الأطراف بحاجة إلى بعض المساعدة بشأن تفسير بعض النصوص القانونية الخاصة بعقد الفيديك.

4-2-4 دور التحكيم في تسوية منازعات عقود المقاولات

يعد التحكيم المرحلة الأخيرة التي يلجأ إليها أي من طرفي عقد البناء لتسوية النزاع بعيداً عن عمل المحاكم النظامية، فبعد فشل مجلس فض المنازعات في تسوية النزاع، يكون لأحد طرفي النزاع الحق في بدء إجراءات التحكيم للفصل في المنازعة، ويتسم التحكيم وفقاً لعقود المقاولات والفيديك بالطبيعة العقدية، أي أن وجوده يعتمد أساساً على ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين في العقد أو بعد العقد، ومن هنا تخرج سلطة نظر النزاع عن المحاكم النظامية، ويقرر في النزاع من اتجهت إرادة طرفي النزاع إلى اختيارهم، وهذا هو أهم ما يميز عمل التحكيم.

يعتبر التحكيم بمثابة وسيلة قانونية خاصة لفض المنازعات القائمة بين الأطراف المتنازعة بعيداً عن اللجوء إلى المحاكم التقليدية، حيث تقوم الأطراف

المتنازعة بعرض خلافاتهم على هيئة تحكيم مكونة من محكم أو أكثر، التي تصدر حكماً منهيّاً للنزاع بصورة نهائية وحاسمة وملزمة للأطراف. صدر قانون التحكيم الفلسطيني رقم (2000/3) ليواكب التطور الدولي في مجال التحكيم، ويعرف اتفاق التحكيم بشكل عام على أنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد، أو في صورة اتفاق منفصل".⁹³

يمتاز التحكيم بوصفه وسيلة من وسائل فض المنازعات بما يأتي:

1. السرعة في فض المنازعات قياساً مع عمل المحاكم الوطنية؛ لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة.
2. الاقتصاد في المصروفات، حيث أن نفقات التحكيم أقل كثيراً من نفقات رسوم المحاكم وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ.
3. السرية، حيث أن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً، بينما يختلف الوضع في عمل المحاكم الوطنية التي تمتاز جلساتها في الأساس بالعلنية.
4. بساطة إجراءاته وعدم تعقيدها قياساً مع عمل المحاكم الوطنية.
5. عادة ما يتم اختيار المحكمين برضاء أطراف النزاع، الأمر الذي يبعث على قرارهم بالقبول.

عادة ما يتفق طرفا التعاقد على اللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاعات قد تنشأ في المستقبل أثناء التفاوض على بنود العقد وشروطه. في هذه الحالة، سيكون شرط التحكيم جزءاً من شروط العقد، وفيه سيتفق طرفا العقد على هيئة التحكيم أو صفاتها، التي تقضي في أي نزاعات مستقبلية، إضافة إلى القانون الذي ستعتمد عليه الهيئة في حكمها. يسمى هذا الشرط "شرط التحكيم" (Arbitration)

⁹³ نص المادة (1/7) من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، ملحق رقم (2)، بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران /يونيه 1985.

(Clause)، وهو يختلف عن الحالة التي يتفق فيها الطرفان على إحالة نزاعهما إلى هيئة تحكيم معينة بعد نشوء النزاع (مشاركة التحكيم) (Submission to Arbitration). يتمثل الفرق ما بين الحالتين في أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، في حين يتعلق الثاني بنزاع وقع فعلاً وأصبح محددًا وواضحًا، وتبرز أهمية التفرقة بينهما في أن بعض القوانين المقارنة تتطلب في مشاركة التحكيم، تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلاً تحت طائلة بطلان الاتفاق بخلاف شرط التحكيم بداهة ما دام أنه يتعلق بنزاع مستقبلي (مشاعل الهاجري 2007، ص104).

أظهرت نتائج البحث الميداني التزام عمل هيئات التحكيم بشكل كامل بما ورد في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (2000/3)،⁹⁴ وفي هذا ضماناً لحصول قرار التحكيم على حجية الأمر المقضي فيه قانوناً من خلال ضمان تصديقه بواسطة المحاكم النظامية.

إذا تم الاتفاق في عقد المساواة على شرط التحكيم فيجوز لأي من طرفي العقد رفض لجوء الطرف الآخر إلى المحاكم النظامية إلى حين الانتهاء من إجراءات التحكيم. والجدير بالذكر أن هذا الحق لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا تنثيره المحكمة من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك به طرف النزاع صاحب المصلحة في اتباع إجراءات التحكيم، بحيث يسقط هذا الحق إذا لم يعترض هذا الطرف على إجراءات التقاضي، ودخل بالفعل في مضمون الدعوى القضائية (المهندس جريس عطا الله).

هذا، ويختلف عمل التحكيم في عقود المساواة عما يسمى بالإصلاح العشائري، حيث ينشط رجل الإصلاح العشائري بصفته لسان حال الطرف الذي وكله في النزاع، ويرتكز جل عمله في إقناع الطرف الآخر بوجهة نظره،

⁹⁴ قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة (2000) المنشور في الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2000/6/30، عدد 33، ص5.

حيث يقوم كل طرف عادة بتعيين محكم ليمثل وجهة نظره ويقنع الآخر بها، أما التحكيم فيختلف، كون المحكم يتمتع بحيادية كاملة بعيداً عن تمثيل مصالح طرفي النزاع (المهندس محمد الحشيم). على هذا الأساس، يمتاز عمل التحكيم بالمهنية والحيادية، حتى في الحالة التي يقوم فيها أطراف بتعيين ممثلين عنهم، يجب أن يعمل هؤلاء الممثلون بحيادية ونزاهة بعيداً عن المصالح الشخصية لمن اختاروهم. في هذا السياق، يشير البعض أنه وخلال فترة البحث الميداني في هذه الدراسة، نشأ نزاع بين إدارة جامعة القدس والمقاول، يتعلق بتفسير شرطين من شروط عقد المقاولة الموقع بينهما. اتفق الطرفان على تشكيل لجنة تحكيم ثلاثية، حيث قام كل طرف بتعيين محكم، واتفق المحكمان بداية على هذا المبحوث بوصفه مميزاً للحكم. أراد هذا المبحوث أن ينوه بداية إلى أنه أمين سر اتحاد المقاولين، وأن هذا المقاول - أحد طرفي النزاع - منتسب للاتحاد، وعلى ذلك لن يتمكن من الاستمرار في العمل بصفة مميز إذا شعر الطرف الآخر بوجود علاقة ما قد تؤثر في قراره، كما أنه في المقابل لا يمكن أن يعتد بمثل هذه العلاقة مع هذا المقاول؛ لأن الحيادية والنزاهة هي أساس عمله. احترم ممثل جامعة القدس هذا الطرح إلا أنه لم يعترض على شخص هذا المبحوث بصفة مميز في هيئة التحكيم؛ لإدراكه بنزاهة عمل هذا المبحوث وحياده (المهندس جريس عطا الله، والأستاذ بشير الحنيني).

يتطلب لإنجاح عمل المحكمين توافر حسن نية طرفي النزاع، ورغبتهم الأكيدة في الوصول إلى حل عادل - أو على الأقل مرض - لهما. يشير الواقع العملي إلى فشل نظام التحكيم في العديد من نزاعات عقود المقاولات، وهناك إجماع على أن الفشل في كل هذه الحالات يعود إلى عدم توافر حسن النية في حل النزاع بين طرفي النزاع أو أحدهما. في هذه الحالة، سيتدخل القضاء بناء على طلب أحد طرفي النزاع ليفصل في هذا النزاع بالطرق القانونية (المحامي حسام الأتيري، والمهندس فيصل دياب).

أولاً: آلية عمل هيئات التحكيم في منازعات عقود المقاوله

يبدأ عمل المحكمين بعرض الصلح والتوافق بين الطرفين المتنازعين، إدراكاً من أن حكمهم لن يحظى برضاء الطرفين المختصمين. يتم الحكم حسب البيانات والشهود والادعاءات. وفي صك التحكيم يتم طرح المصالحة، حيث يتم العرض على الأطراف إما صلحاً أو حكماً، حتى إذا أصدرت هيئة التحكيم قرارها فقد لا يلتزم بها أحد أطراف النزاع، وهنا يحق للطرف المستفيد من الحكم تصديقه بواسطة المحاكم النظامية لضمان إلزامية تنفيذه قضاءً. تحاول هنا هيئات التحكيم إقناع طرفي النزاع بعدم الحاجة إلى هذا الرفض والقبول بقرار المحكمين، وعادة ما يتم القبول به (المهندس حبيب امسيح).

يجب أن ينص العقد على تشكيل هيئة التحكيم، أما إذا لم يتم النص فيجب الرجوع إلى قانون التحكيم. جرى العرف على حق كل طرف متنازع في اختيار محكم يمثلته، ويتفق بعد ذلك المحكمان على اختيار محكم ثالث (مميز). قد تختار الأطراف محكماً واحداً فقط (المقاول سميح طبيلة). صدرت قائمة عن وزارة العدل في العام (2005) من محكمين معتمدين بدرجات وتخصصات متفاوتة، يتم الاستعانة بهم بوصفهم خبراء في فض النزاعات باختلاف موضوعها، وقد صدرت هذه القائمة من خلال تقدم كل من لديه الرغبة في الحصول على رخصة محكم، وأقرت الوزارة نهائياً في هذه الطلبات بناء على التقويم العلمي للطلبات المقدمة.

يتحصل العضو المحكم على مقابل مادي لقاء عمله، حيث تقدر قيمة جلسة المحكمين الواحدة بحوالي 300 دولار أمريكي، ولا توجد قواعد وطنية موحدة تنظم موضوع رسوم التحكيم؛ لافتقار التحكيم إلى العمل المؤسسي في فلسطين، لكن المستقر عليه أن أتعاب التحكيم تدفع سلفاً ومناصفة، لأنه لا يجوز أن تتأجل، فيجب أن تكون مدفوعة قبل الحكم (المهندس موسى قديمات).

الأصل أن تكون رسوم التحكيم مرتفعة قياساً بعمل القضاء النظامي، وعلى الرغم من هذا يفضلته العامة لاختصاره الكثير من الوقت والجهد. عادة ما يحدد المحكم مقابل أتعابه، وتتولى هنا الجهة المشرفة على التحكيم دراسة معقولية لطلباته، وقد تفاوضه على هذا المبلغ نيابة عن طرفي النزاع إن اقتضت الضرورة. عادة ما تتحدد أتعاب المحكم بعدد الجلسات التي سيعقدتها إضافة إلى طبيعة النزاع المعروض عليه وحجمه. في إحدى القضايا التحكيمية في قضية ما، وصلت أتعاب المحكم الواحد إلى (40) ألف دولار، ولم يكن هذا المبلغ كبيراً بالنسبة لنقابة المهندسين؛ لأن مقدار النزاع في هذه القضية وصل إلى (4) ملايين دولار أمريكي. عادة ما تفضل مؤسسات التحكيم تعيين لجنة التحكيم دون أن يتدخل أطراف النزاع فيها؛ خشية من تعيين كل طرف نزاع لمحكم يكون عقبة في طريق الحل من خلال تعارض تمثيل مصالح أطراف النزاع (المهندس محمد الزبيدي).

أظهرت نتائج البحث الميداني الدور الإيجابي لكل من نقابة المهندسين واتحاد المقاولين في العمل بوصفها مؤسسات تحكيم تجد قبولاً على المستوى الوطني. عادة ما تستغرق إجراءات التحكيم مدة شهر واحد فقط، لتنتهي بعده اللجنة من الخروج بالقرار النهائي للنزاع، وقد تصل هذه المدة إلى ستة أشهر وقد تزيد، إلا أنها لا تزيد بأية حال من الأحوال على سنة. تنتظر نقابة المهندسين في متوسط عدد (10) نزاعات في السنة الواحدة، ويكون متوسط عمل التحكيم حوالي شهر واحد فقط (المهندس محمد الزبيدي).

ينص القانون على وجوب المصادقة على قرار التحكيم بواسطة المحكمة المختصة، ويستطيع كل ذي مصلحة الطعن في هذا القرار خلال فترة (30) يوماً من تاريخ التصديق عليه، على أنه يقتصر الطعن على الجانب الإجرائي دون الموضوعي في هذا الطعن، كون قرار التحكيم قد صدر عن خبراء في مجال النزاع (الدكتورة أريج عودة).

ثانياً: آلية التحكيم وفقاً لنموذج عقد الفيديك

وفقاً لنموذج عقد (الفيديك)، تناول البند (20) من الكتاب الأحمر الطبعة الأخيرة الصادرة عام 1999، كيفية تسوية المنازعات التي تنشأ بين المفاوض ورب العمل عن طريق التحكيم، حيث قررت أن يتم تسوية النزاع وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وهي لا تختلف في جوهرها ومضمونها عما ذهب إليه قانون التحكيم الفلسطيني. تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفقاً لتلك القواعد، وعلى أن يتم التحكيم بلغة المراسلات الواردة بالعقد. يحق لأي من طرفي النزاع الاعتراض على تعيين المحكم الذي اختاره الطرف الآخر وذلك خلال (30) يوماً من تاريخ إخطاره بهذا التعيين، وبكتاب خطي موجه إلى الطرف الآخر، يوضح فيه أسباب هذا الاعتراض، ويلزم أن تصدر الهيئة المشرفة على التحكيم قرارها فيما يتعلق بهذا الاعتراض سواء بالقبول أو الرفض. ويكون للمحكمين السلطة الكاملة في إعادة طرح أو مراجعة أو تعديل أية شهادة، أو قرار، أو تعليمات، أو رأي، أو تقويم من رب العمل أو لصالحه، وكذلك أي قرار لمجلس فض المنازعات متصل بالنزاع. ولا يكون أي من الطرفين مقيداً في الإجراءات أمام المحكمين بالأدلة أو الحجج التي سبق طرحها أمام مجلس فض المنازعات للحصول على قراره، أو بأسباب عدم رضائه المعطاة في إخطاره بعدم الرضا، ويؤخذ بالقرار الصادر من مجلس فض المنازعات بوصفه برهان في التحكيم. ويجوز أن يبدأ التحكيم قبل إتمام الأعمال أو بعدها، ودون أن يؤثر ذلك على التزامات الطرفين بسبب مباشرة التحكيم أثناء تنفيذ الأعمال (مشاعل الهاجري 2007، ص105).

رغبة منها في عدم إطالة مدة النزاع، ألزمت هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة تجارة باريس هيئة التحكيم بإصدار قرارها خلال فترة (6) أشهر من تاريخ اعتماد عمل هيئة التحكيم، على أنه يجوز أن تزيد هذه المدة بطلب تقدمه جهة التحكيم إلى الهيئة المشرفة عليه، مع توضيح المدة المطلوبة للزيادة وأسباب الزيادة.

4-2-5 تسوية نزاعات عقود المقاولات أمام المحاكم النظامية

يحدد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية⁹⁵ قواعد المحاكمات الحقوقية وأصولها بشكل عام، بما في ذلك تحديد محكمة أول درجة، وكيفية استئناف القرارات الصادرة عن هذه المحاكم. عادة ما تنشأ نزاعات عقود المقاولات للأسباب التالية (المحامي محمد هلسة، والمحامي رمزي أبو العظام): مطالبات مالية، وطلب تعويض عن تأخير أو عيب تنفيذ استحقاق تعاقدية، والمطالبة بتنفيذ التزام يتعلق بعمل، والمطالبة بفسخ عقد مقولة، وبالتالي عودة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد...إلخ.

لا تثير نزاعات عقود المقاولات أية خصوصية في هذا المجال، حيث تخضع قواعد الاختصاص القضائي في هذه النزاعات إلى قواعد تنظيم الاختصاص القيمي، التي يتم تحديد المحكمة المختصة فيها وفقاً لقيمة النزاع موضوع الدعوى. تُحدد قيمة النزاع بقيمة المطالبة المالية لموضوع النزاع، فإن كان الغرض من الدعوى القضائية هو المطالبة بمبلغ نقدي معين، سيكون هذا المبلغ المطلوب هو قيمة الدعوى، وإن كان موضوع النزاع مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزام تعاقدي، سيحدد مبلغ الدعوى بالمقابل المادي الذي يعادل تنفيذ هذا الالتزام.

على هذا الأساس، تختص محكمة الصلح التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو محل عمله، أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام⁹⁶ بالنظر في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (10.000) دينار أردني.⁹⁷ للطرف المدعي حق الاختيار بين هذه المحال (محكمة موطن المدعي عليه، أو محكمة عمل المدعي عليه، أو

⁹⁵ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001)، المنشور في العدد رقم (38) من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2001/9/5، ص 5.

⁹⁶ نص المادة (42) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

⁹⁷ نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في مادته رقم (39) على مبلغ (20.000) ألف دينار، وتم تعديل هذه القيمة بالتعديل رقم (2004/5) ليكون اختصاص محكمة الصلح بالنظر في الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على (10.000) دينار.

محكمة المكان الذي نشأ فيه الالتزام). في المقابل، تختص محكمة البداية بالنظر في النزاعات التي تزيد قيمتها على هذا المبلغ.

تستأنف الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الصلح إلى محكمة البداية الواقعة في دائرتها بصفتها الاستئنافية، كما تستأنف الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة البداية بصفتها محكمة أول درجة أمام محكمة الاستئناف⁹⁸. في كلتا الحالتين، يتم استئناف الحكم خلال (30) يوماً من تاريخ صدور الحكم.⁹⁹

يشير الواقع العملي إلى ندرة لجوء أطراف عقود المقالات إلى المحاكم النظامية للقضاء في النزاعات التي قد تنبئها هذه العقود. ذكر البعض أنه يعمل في المكتب الفني لمجلس القضاء منذ عدة سنوات، ولم يصادف أي نزاع قضائي يتعلق بعقد مقالة (الأستاذ فاتح حمارشة)، على الرغم من أن أحد اختصاصات المكتب الفني هي استنباط المبادئ القضائية من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية. يذكر قاض آخر أنه يعمل في مجال القضاء منذ ما يقرب من (7) سنوات، ولم يعرض عليه سوى نزاع وحيد كان في شكل طلب وليس دعوى، يطالب فيه الشخص المتضرر (مالك برج فلسطين في رام الله) من أحد المقاولين المتعاقد معهم الالتزام بمواعيد تسليم العمل وفقاً لما تم التعاقد عليه، ولم تمض سوى أيام قليلة حتى عدل مالك العقار عن طلبه لوصوله إلى مصالحه ودية مع المقاول (القاضي حمادة براهيمة). أخيراً يفيد أحد قضاة محكمة البداية العاملين في المجال القضائي منذ فترة طويلة، أنه نظر في عدد قليل من نزاعات عقود المقاولات، وكانت طبيعة هذه النزاعات تتعلق بأمرين: مطالبات مالية لتأخر أحد طرفي العقد في تنفيذ التزامه والشكوى من عدم تسليم المقاول عمله بشكل مطابق للمواصفات المتفق عليها أو المتعارف عليها عرفاً (القاضي رائد عصفور). عادة ما يحتكم هذا القاضي إلى القواعد العامة

⁹⁸ المادة (201) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

⁹⁹ المادة (205) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية النازمة للعقود بشكل عام، ويطبقها على النزاع المعروض أمامه، كما يلجأ في كثير من الأحيان إلى قواعد القانون المدني الأردني النازمة لعقد المفاولة باعتبارها مماثلة للقواعد العامة لمجلة الأحكام العدلية (القاضي رائد عصفور، والمحامي سباح سباح). لا تنثير الطبيعة الأولى من النزاعات إشكالات قانونية أمام القاضي الوطني، فالتأخير في تنفيذ الالتزام يعتبر إخلالاً تعاقدياً، يقتضي معه تعويض الطرف المقابل بقيمة الضرر الذي أصابه نتيجة هذا التأخير متى أثبت المتضرر وجود هذا الضرر وقيّمته. على هذا الأساس، لا يعتبر التأخير في حد ذاته سبباً لطلب التعويض، حيث يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية بالضرر الذي أصاب الشخص المطالب بهذا التعويض، تأسيساً على القاعدة الفقهية (الضرر يزال، والتعويض لجبر الضرر). من هنا، يجب على الطرف المطالب بالتعويض إثبات قيمة الضرر الذي أصابه نتيجة هذا التأخير.

فيما يتعلق بالنوع الثاني من النزاعات التعاقدية، عادة ما يستعين القاضي الوطني بخبير لتقدير جودة العمل المقدم، والقيمة المالية للخلل الذي فيه. يتم اختيار هذا الخبير بأحد ثلاث طرق (القاضي حمادة براهيمة):

- ✧ قد يطلب أحد طرفي التعاقد الاستعانة بخبير معين، ولا يمانع القاضي في الاستعانة بهذا الخبير مادام وافق الطرف المقابل عليه، وفي هذه الحالة يتكفل الطرف الذي طلب هذا الخبير بمصاريف عمل الخبير وأتعابه.
- ✧ عادة ما يطلب القاضي من طرفي النزاع الاتفاق على خبير محايد لتقديم تقريره إلى القاضي، وفي حال اتفاقهم يطلب القاضي منه أداء يمين الخبرة والأمانة في العمل، وينقسم طرفا النزاع التكاليف المالية لعمل هذا الخبير.
- ✧ إذا لم يتفق الطرفان على خبير معين، يستعين القاضي بأحد الخبراء المعتمدين من وزارة العدل، حيث قامت وزارة العدل بتزويد مجلس القضاء الأعلى بقائمة من الخبراء في جميع المجالات، ويعين القاضي في هذه

الحالة الطرف المتكفل بأتعاب هذا الخبير وفقاً لطبيعة النزاع، أو يعهد إلى الطرفين المتنازعين اقتسام تكاليف عمل هذا الخبير.

عادة ما يعتمد القاضي الوطني على تقرير هذا الخبير بشكل كبير في تقدير حكمه. فيما يتعلق بسرعة البت في قضايا عقود المقاوله، لا تحمل هذه القضايا أية خصوصية تذكر كونها لا تحمل صفة الاستعجال، وتعتمد سرعة البت فيها على قدرة طرفي النزاع على تقديم دفعوهم وطلباتهم بشكل سريع ودون تأخير مثلها في ذلك مثل باقي النزاعات الأخرى (القاضي رائد عصفور، والقاضي حمادة براهيمه، والقاضي عبد الجواد مراعبة).

4- التوصيات

- ✧ الحاجة إلى تنظيم قانوني خاص- إلى حين إقرار مشروع القانون المدني الفلسطيني- ينظم عقود البناء والمقاولات ويراعي المتطلبات الآتية:
 - أن تكون جميع نصوصه أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.
 - النص على شكلية عقد البناء عن طريق وجوب كتابته.
 - النص على وجوب توافر الإشراف الهندسي في عقود البناء.
 - ضمان تحقيق التوازن العقدي بين طرفي العقد من خلال النص الصريح على التزام المقاول بواجبي الإعلام والتبصير.
 - إلزام المقاول صراحة بكفالات حسن التنفيذ.
- ✧ تحديد العلاقة بشكل واضح بين المهندس الاستشاري والمقاول من خلال النص الصريح على تضامن مسؤوليتهما مدة (10) سنوات.
- ✧ التشديد في مراقبة وجود الإشراف الهندسي، وفرض عقوبات مشددة على المهندسين المتعاقدين بشكل شكلي.
- ✧ تنظيم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن تجاه صاحب البناء.
- ✧ النص الصريح على سقوط دعوى الضمان بالتقادم بعد ثلاث سنوات من تاريخ التهدم، أو اكتشاف العيب.
- ✧ العمل على إعداد عقود نموذجية بالتعاون بين اتحاد المقاولين ونقابة المهندسين، تنظم كافة اتفاقيات البناء، وجميع الأعمال المرتبطة بها (التشطيب).
- ✧ نشر حملات توعية وتنقيف للمواطن بأهمية استعمال هذه النماذج العقدية.
- ✧ الإسراع في تشكيل غرفة التحكيم الفلسطينية لتقنين النظر في نزاعات عقود البناء والمقاولات.
- ✧ ضمان فاعلية عمل القضاء النظامي في التعامل مع النزاعات من خلال ضمان سرعة البت في المنازعات.

المراجع

- أبو البصل عبد الناصر. (1999). دراسات في الفقه القانوني المدني، النظرية العامة للعقد. دار النفائس: عمان.
- أبو البصل، علي. (1999). عقد المفاوضة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني. رسالة دكتوراه: الجامعة الأردنية.
- أبو قرين، أحمد. (2003). الأحكام العامة لعقود المفاوضات. دار النهضة العربية: القاهرة.
- التارزي، مصطفى. (1992). "الاستصناع والمفاوضات في العصر الحاضر". مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7.
- جعيط، كمال الدين. (1992). "عقد الاستصناع". مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2.
- المصري، رفيق. النظام المصرفي الاسلامي، دار المكتبي، دمشق، 2001.
- الزحيلي، محمد. (1994). العقود المسماة: البيع - الإيجار - المفاوضة. منشورات جامعة دمشق: دمشق.
- السرحدان، عدنان. (2009). شرح القانون المدني الأردني: العقود المسماة في الوكالة، المفاوضة والكفالة. دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان.
- السنهوري، عبد الرزاق. (1982). الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع. دار الحلبي: بيروت.
- سوار، محمد. (1987). النظرية العامة للالتزامات. المطبعة الجديدة: دمشق.
- الشهاوي، قذافي. (2002). عقد المفاوضة في التشريع المصري والمقارن. منشأة المعارف: الإسكندرية.
- عبيدات، يوسف. (1987). مسؤولية المفاوض والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني. رسالة ماجستير: الجامعة الأردنية.
- عنبر، محمد. (1987). الوجيز في عقد المفاوضات والتوكيلات التجارية. دار النهضة العربية: القاهرة.
- الفضلي، جعفر. (1997). الوجيز في العقود المدنية: البيع - الإيجار - المفاوضة. دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان.

الهاجري، مشاعل. (2007). "بداية النهاية. أثر ظهور جهاز تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية". مجلة الحقوق، العدد 31.

هلال، مصطفى. (2012). دراسة مقارنة لشروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك (الكتاب الأحمر". مجلة الهندسة، العدد 3.

وقرة، فتحية. (1992). أحكام عقد المقاولات. منشأة المعارف: الإسكندرية.

الزحيلي، وهبة. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1987

قائمة المقابلات (بدون ألقاب)

المهندسون الاستشاريون

- ✧ جمال إحميدان، ركن العمارة والتخطيط، عمارة سرداء، رام الله، 10-12-2012.
- ✧ محمود عبد الله، عمارة بيت آسيا، شارع الإرسال، رام الله، 17-12-2012.
- ✧ حاتم جمعة، مدار، البيرة، رام الله، 23-12-2012،
- ✧ موسى قديمات، اتحاد المستشارين للهندسة وإدارة المشاريع، عمارة الحرس، الحرس، الخليل، 1-1-2013.
- ✧ حبيب امسيح، جامعة بيرزيت، 15-12-2012.
- ✧ مروان شطارة، جامعة بيرزيت، 19-12-2012،
- ✧ سامر سالم، المكتب الهندسي الاستشاري، نابلس، 22-12-2012.
- ✧ جمال عبدالله، مكتب البيادر الهندسي، بيتونيا، 28-1-2013.

مهندسو بلديات

- ✧ وليد جعيدي، مهندس بلدية قلقيلية، 12-1-2013.
- ✧ سالم جمعة، المستشار الهندسي لبلدية بيتونيا، 15-11-2012.
- ✧ نهى غنيم، بلدية رام الله، رئيسة قسم الدراسات والمشاريع في بلدية رام الله، 18-12-2012.

القضاة

- ✧ رائد عصفور، رئيس هيئة البداية (حقوق)، رام الله، 30-1-2013.
- ✧ عبد الجواد مراعبة، محكمة بداية نابلس، 23-1-2013.
- ✧ حمادة براهيمة، محكمة بداية رام الله، مجمع المحاكم، رام الله، 26-8-2012.
- ✧ فاتح حمارشة، المكتب الفني لمجلس القضاء الأعلى، مقر مجلس القضاء الأعلى، رام الله، 26-8-2012

المحامون

- ✧ عماد عواد، عمارة المكاتب، رام الله، 17-12-2012.
- ✧ رمزي أبو العظام، عمارة برج الساعة، رام الله، 18-12-2012.

- ✧ محمد شاهين، عمارة البلدية القديمة، ساحة المهد، بيت لحم، 27-12-2012.
- ✧ يوسف حجازي، نزلة البريد، شارع ابن سينا، القدس، 30-1-2013.
- ✧ ابراهيم عبيدات، شارع ابن سينا، القدس، 30-1-2013.
- ✧ بشير المحتسب، شارع صلاح الدين، القدس، 30-1-2013.
- ✧ جمال ابتلي، قلقيلية، الشارع الرئيسي، 2-2-2013.
- ✧ سباح سباح، رام الله، الشارع الرئيسي، عمارة دير اللاتين، 28-1-2013.
- ✧ حسام الأتيرة، نابلس، 26-12-2012.
- ✧ محمد هلسة، مكتب محامون للاستشارات القانوني، عمارة الإسرائء، رام الله، 13-2012-8.

اتحاد المقاولين

- ✧ عادل عودة، نقيب اتحاد المقاولين، رام الله، شارع الإرسال، عمارة مكة، 17-2012-12.
- ✧ جريس عطا الله، عمارة مكة، شارع الإرسال، رام الله، 18-12-2012.

وزارة الأشغال العامة

- ✧ سعيد أبو زيد، مقر وزارة الأشغال العامة، رام الله، 28-8-2012؛
- ✧ بسام جابر، مقر وزارة الأشغال العامة، رام الله، 28-8-2012؛

مقاولون

- ✧ فايز العملة، شركة التجهيز والبناء للتعهدات، عين سارة، الخليل، 1-1-2013.
- ✧ ناصر العسيلي، العسيلي للتجارة والمقاولات، عمارة سيتي سنتر، دوار ابن رشد، الخليل، 1-1-201.
- ✧ موسى عبدره، عبدره للمقاولات العامة والتجارة، الدوحة، بيت لحم، 24-12-2012.
- ✧ أيمن عبد الحميد، عمارة النور، شارع رام الله-القدس، رام الله، 27-1-2013.
- ✧ ماهر شبارو، البيارق الحديثة للإنشاءات والتعمير، عمارة الإرسال، شارع الإرسال، رام الله، 28-1-2013 .
- ✧ فادي أبو لبدة، البلدة القديمة، القدس، 31-1-2013.

- ✧ شكري الحرامي، اتحاد المقاولين، رام الله، 29-12-2012.
- ✧ سميح طبييلة، شركة طبييلة للهندسة والمقاولات، نابلس، رفيديا، خلف بناية مكاتب شركة الاتصالات الفلسطينية 27-12-2012.
- ✧ بشير الحنيني، شركة brothers، نابلس، 22-12-2012 .

نقابة المهندسين

- ✧ محمد الزبيدي، نقابة المهندسين، شارع الإرسال، رام الله، 13-12-2012.
- ✧ محمد الحثيم، المجموعة التقنية، شارع انعاش الأسرة، البيرة، 27-1-2013.
- ✧ فيصل ذياب، نقابة رام الله، 17-12-2012.

رجال إصلاح

- ✧ سمير أبو دية، بيت لحم، 30-12-2012.
- ✧ مهيب أسعد، محافظة رام الله والبيرة، رام الله، 23-1-2013.
- ✧ زاهر حميدات، رام الله، شارع القدس، عمارة الزهراء، 23-12-2012.
- ✧ محمود جبيل، رام الله، مكتب جبيل للتعهدات العامة، الشرفة، مقابل جريدة الحياة، 17-12-2012.

مستشارون قانونيون في المحافظات

- ✧ أريج عودة، محافظة رام الله والبيرة، رام الله، 23-1-2013.

الملاحق

**ملحق (1): الحدود الدنيا للمساحة وطول الواجهة المطلوبة
في طلبات الترخيص**

الحد الأدنى لطول واجهة القطعه (م)	الحد الأدنى للمساحة (م ²)	فئة الاستعمال
المناطق السكنية وتقسم إلى ما يلي:		
40	2000	الأبنية السكنية العالية
20	700	فلل
30	1000	سكن أ مرتفع
25	1000	سكن أ
18	750	سكن ب
15	500	سكن ج
15	300	سكن د
البلدة القديمة		
غير محدد	غير محدد	
30	2500	السكن الريفي
25	1000	السكن الزراعي
المناطق التجارية وتقسم إلى ما يلي:		
تطبق أحكام تنظيم استعمال المنطقة التي تقع فيها		
15	400	التجاري الطولي
25	1000	المعارض التجارية
22	800	المركز التجاري الرئيسي
20	600	المركز التجاري الفرعي
.	.	المناطق الصناعية وتقسم إلى ما يلي:
25	1000	الصناعات
20	600	مجمعات الصناعات الخفيفة والحرفية
المكاتب		
تطبق أحكام تنظيم استعمال المنطقة التي تقع فيها		
40	2000	المباني العامة
25	1000	المرافق السياحية

المصدر: نظام الأبنية والتنظيم للهيئات المحلية رقم (6) لسنة (2011).

ملحق (2): نسب مساحات البناء قياساً لمساحة الأرض وحدود الارتدادات

الحد الأدنى			الحد الأعلى				فئة الاستعمال أو المشروع
للارتداد الجانبي (م)	للارتداد الخلفي (م)	للارتداد الأمامي (م)	لارتفاع البناء (م)	لعدد الطوابق	لنسبة الطابقية	لنسبة المئوية للبناء	
المناطق السكنية							
8	8	12	30	9	324%	36%	الأبنية السكنية العالية
5	5	5	12*	3	90%	30%	فلل
6	6	5	25	7	280%	40%	سكن أ مرتفع
4	5	5	18	5	180%	36%	سكن أ
3	4	5	18	5	210%	42%	سكن ب
3	4	4	18	5	240%	48%	سكن ج
3	3	3	15	5	260%	52%	سكن د
حسب ما تقرره اللجنة المختصة مع مراعاة أحكام الأبنية المجاورة							
حسب المنطقة التي تقع فيها			18	5	حسب المنطقة التي تقع فيها		ب- المكاتب
8	10	10	22	6	216%	36%	ج- المباني العامة
5	5	10	22	6	180%	30%	د- المرافق السياحية
7	7	12	8	2	20%	10% بحد أقصى 300 م2	هـ- السكن الريفي
السكن الزراعي							
10	10	12	8	2	30%	15% بحد أقصى 600م2	مساحة القطعة 3600م2 فأكثر
10	10	10	8	2	40%	20% بحد أقصى 540م2	مساحة القطعة من 2000م2 إلى 3599م2
5	7	10	8	2	50%	25% بحد أقصى 400م2	مساحة القطعة من 1000م2 إلى 1999م2
5	5	7	8	2	60%	30% بحد أقصى 250م2	مساحة القطعة من 600م2 إلى 999م2
4	4	7	8	2	60%	30% بحد أقصى 180م2	مساحة القطعة من 599م2 فأقل
للارتداد الجانبي (م)	للارتداد الخلفي (م)	للارتداد الأمامي (م)	لارتفاع البناء (م)	لعدد الطوابق	لنسبة الطابقية	لنسبة المئوية للبناء	فئة الاستعمال أو المشروع
المناطق التجارية							
تطبق أحكام التنظيم للاستعمال السكني الذي يقع فيه							التجاري المحلي
	4	---	23	6	420%	70%	التجاري الطولي

الحد الأدنى			الحد الأعلى				فئة الاستعمال أو المشروع
للارتداد الجانبي (م)	للارتداد الخلفي (م)	للارتداد الأمامي (م)	لارتفاع البناء (م)	لعدد الطوابق	لنسبة الطابقية	لنسبة المئوية للبناء	
4	6	10	23	6	%252	%42	المعارض التجارية
-	6	10	23	6	%330	%55	المركز التجاري الرئيسي
-	5	10	16	4	%200	%50	المركز التجاري الفرعي
المناطق الصناعية							
4	5	10	23	6	%300	%50	الصناعات
3	4	6	16	4	%200	%50	الصناعات الخفيفة والحرفية

المصدر: نظام الأبنية والتنظيم للهيئات المحلية رقم (6) لسنة (2011).

**ملحق (3): كوتة الحصص الهندسية في التصميم والإشراف
للمهندسين المسجلين في التصميم**

الشهادات والخبرات العملية	معماري (م 2)	مدني (م 2)	كهرباء (م 2)	ميكانيك (م 2)
لكل حاصل على الشهادة الجامعية الاولى	6000	8000	15000	15000
لكل سنة ابتداء من تخرجه وحد أقصى خمسة عشرة سنة	250	350	600	600
لكل سنة خبرة بالتصميم أو ممارسة المهنة في مكتب هندسي وبحد أقصى خمس عشرة سنة	450	650	1200	1200
لكل سنة خبرة موثقة بالتصميم اضافية بعد خمس عشرة سنة وبحد أقصى عشر سنوات اضافية	200	250	600	600
لكل سنة خبرة غير التصميم اضافية أو ممارسة الاختصاص في مكتب هندسي وبحد أقصى عشر سنوات اضافية	300	400	900	900
لكل سنة خبرة بالتصميم أو ممارسة الاختصاص في القطاع العام وبحد أقصى خمس عشرة سنة	200	250	600	600
لكل سنة خبرة في ممارسة العمل الهندسي اينما كان وبحد أقصى خمس عشرة سنة	100	150	200	200
شهادة الماجستير في الاختصاص	400	500	1200	1200
شهادة الدكتوراة في الاختصاص	12000	16000	26000	26000
الحد الاعلى المسموح به من حجوم العمل للمهندس بالتصميم والإشراف	18500	24000	48000	48000

المصدر: دليل العمل الاستشاري لنقابة المهندسين الفلسطينيين للعام (2006).

**ملحق (4): الحصص الهندسية للمكتب أو الشركة الهندسية
في التصميم والإشراف (بالمتر المربع)**

المكتب	معماري	انشائي	كهرباء	ميكانيك
استشاري	45.000	55.000	75.000	75.000
هندسي اول	25.000	33.000	54.000	54.000
هندسي ثانية	18.000	25.000	38.000	38.000
هندسي ثالثة	12.000	17.000	27.000	27.000

المصدر: : دليل العمل الاستشاري لنقابة المهندسين الفلسطينيين للعام (2006).

**ملحق (5): سقف المشروع الواحد المسموح به لفئات
المكاتب الهندسية للتصميم والإشراف**

فئة المكتب	المساحة الاجمالية الطابقية بالمتر المربع
استشاري	8000
هندسي اولي	6000
هندسي ثانية	4000
هندسي ثالثة	2000

المصدر: : دليل العمل الاستشاري لنقابة المهندسين الفلسطينيين للعام (2006).

ملحق (6): الحد الأدنى للأتعاب الهندسية لمخططات الترخيص

جهة الترخيص	نوع البناء	اتعاب التصميم بالدينار غير شامل ضريبة القيمة المضافة
بلديات (أ)	سكن	4
	مراكز تجارية	4.5
	مباني صناعية خرسانية	4.5
بلديات (ب)	كل انواع البناء الواردة اعلاه	4
بلديات (ج)	كل انواع البناء الواردة اعلاه	3.5
حكم محلي	كل انواع البناء الواردة اعلاه	3.5
مباني عامة بغض النظر عن جهة الترخيص: مدارس، كليات، جامعات، مجمعات صحية وعيادات طبية		
مستشفيات، فنادق، قاعات عامة، مراكز ثقافية، متاحف، مسارح		
بنوك		
المنشآت المهندنية الصناعية والزراعية		
يتترك القرار فيها لمجلس خيئة النقابة		

المصدر: دليل العمل الاستشاري لنقابة المهندسين الفلسطينيين للعام (2006).

ملاحظة: لا ينطبق الجدول السابق على اسعار الاتعاب الهندسية للفل، وتكون الاتعاب حسب ما يتم

الاتفاق عليه بين المالك والمتب الهندسي، بشرط ان لا تقل عن الحد الأدنى في البند رقم (1)

من الجدول.

ملحق (7): اتفاقية مقابلة بناء

الفريق الأول :

الفريق الثاني :

حيث أن الفريق الثاني يرغب ببناء بيت للاستعمال السكني (مشطب) على قطعه الأرض رقم حوض رقم أراضي بير زيت ارام الله وذلك طبقا للمواصفات الواردة في المخططات الهندسية المرفقة مع هذه الاتفاقية ورخص البناء الصادرة من بلدية بيرزيت، وحيث أن الفريق الأول وافق على بناء هذا البيت وفق المخططات الهندسية والمواصفات الموضحة أدناه وبما أن الفريق الأول يملك الخبرة والمعدات والإمكانات والعمال لإنجاز مثل هذه الأعمال فقد اتفق كل الفريقين على ما يلي من الشروط:

أولاً: إن مقدمه هذه الاتفاقية هي جزء لا يتجزأ منها وتقرأ معها.

ثانياً: يقر الفريق الأول بأنه قد اطلع على المخططات الهندسية ورخص البناء وقام بدراساتها وتحقق من تفصيلاتها العملية وقد قام بمعاينة الأرض موقع البناء وتعتبر هذه المخططات جزء لا يتجزأ من هذه الاتفاقية.

ثالثاً: يلتزم الفريق الأول بالتقيد والالتزام بهذه المخططات والرسومات كما هي ولا يحق له إجراء أي تغيير أو تعديل من تلقاء نفسه دون تصريح كتابي من الفريق الثاني أو المهندس المعين من قبله.

رابعاً: إن الرخص اللازمة لتنفيذ هذا المشروع تعود على الفريق الثاني لاستخراجها من مرجعها ويكون هو المسؤول الوحيد عن كل مخالفه للقوانين المعمول بها.

خامساً: المواصفات العامة:

يلتزم الفريق الأول بالمواصفات التالية :

✧ الأعمال الهيكلية التي تحت منسوب البلاط:

أ) أعمال الحفر والردم: يلتزم الفريق الأول بتسوية الموقع للأبعاد والأعماق والمناسيب التي يحددها المهندس المشرف المعين من قبل الفريق الثاني كما يلتزم الفريق الأول بحفر الأساسات للعمق اللازم ولا يقل عن 50 سم من منسوب الأرض الطبيعي ويكون الطمم من ناتج الحفر أو من مواد مورده للمناسيب المبينة بالمخطط.

ب) أعمال الخرسانة:

1. يلتزم الفريق الأول بان يستخدم الخرسانة العادية (B250) ويستخدم الخرسانة المسلحة (B300) حسب لوحه مخطط الأساسات على أن تؤخذ توجيهات المهندس المشرف قبل الصب.
 2. يلتزم الفريق الأول بعمل الحابسات والفتحات والمواسير والعلب اللازمة لأعمال الصحية والكهربائية وخلافه قبل الصب على انه لا يسمح للفريق الأول بالتكسير في الأساسات كما يلتزم الفريق الأول بنوعيه تكن للمواسير ويحق للفريق الثاني فحصها.
 3. يجب أن تكون جميع التمديدات الصحية والكهربائية تحت الأساسات معزولة ومغلفة بالخرسانة.
- ج) العزل: تعزل الأماكن المطلوب عزلها بالنايلون أو او بدهان ألزفته الباردة أو الساخنة.

✧ الأعمال الهيكلية التي فوق منسوب البلاط:

أ) الحجر: يلتزم الفريق الأول بان يكون الحجر من حجر (عالم الهدى) وتكون زوايا الحجر بالأبعاد التقليدية على أن يكون النقش ملطش ويجب أن يكون الحجر خالي من العيوب ومنتظم الأبعاد ويكون ارتفاع المداميك 25سم وعرض الجدار 30سم وتكون الحلول 1سم خاليه من الفجوات (ملانه) وتكون الخرسانة خلف الحجر (B250) كما تكون الخرسانة للاعمده (B300) ولجسر الربط عند منسوب القمط ولكامل الجدار.

ب) الجدران الخارجية: يستعمل الطوب والعزل للواجهات الخارجية من نوع راندوبان سماكه 2 سم وتكون ألكله عاديه مع تحشيه الحلول بعد تحريرها جيدا ومعالجه الزوايا الغاطسة وتكون ألكله كوي ولا يجوز استخدام الصبغة كما يتم فحص جميع التمديدات داخل الجدران والأسقف قبل الصب من قبل المالك أو من يعينه ولا يجوز تكسير الجدران بعد الصب على أن يلتزم

الفريق الأول بان تكون الحدران متواصلة فوق منسوب السطح النهائي بـ3 مداميك.

ج) الاعمده والجدران الحاملة والعقدات: تستخدم خرسانة (B300) لجميعها وحديد التسليح حسب المخططات وتتخذ توجيهات وموافقة المهندس المشرف قبل الصب مع استخدام الرجاج في كل أعمال الخرسانة.

د) القواطع الداخلية: يجب أن تكون طوب أسمنتي بقياس $40 \times 20 \times 20$ و $40 \times 20 \times 10$ حلول رأسية وافقيه متجانسة ملاته جيدا جسر الربط عند منسوب قمت الفتحات ولكامل الجدار .يتم تشريك الطوب والخرسانات المحاذية له.

✧ أعمال القصاره: تكون القصاره ثلاثة وجوه -مسمار-خشنه وناعمة ويجب تنظيف جميع الأسطح وملئ الفراغات جيدا قبل القصاره ويلتزم الفريق الأول بعمل الودع لجميع العناصر واستعمال الرمل (شليختا) والشيد في الوجه الناعم واستعمال الشبك وأو الخيش وأو الزوايا لجميع زوايا البناء.

✧ أعمال البلاط والرخام: بلاط الجدران للمطابخ والحمامات بكامل ارتفاع الجدار، ويجب أن يكون البانيل بارتفاع 7,5 سم من نفس نوع البلاط الأرضي مع تطابق الحلول كما يجب أن يكون بانيل الدرج رخام وتكون نوعيه البلاط كما يلي: موزا يكو $30 \times 30 \times 3$ سم بزره بلدي والبلاط الصيني (سيراميك) $40 \times 40 \times 6$ ملم إسباني -خشن للأرضيات كما يكون إسباني أملس للجدران $21 \times 30 \times 6$ ملم على أن يتجاوز سعر متر المربع الواحد للبلاط الصيني بنوعيه الثلاثون شيكل. كما يكون نوع الرخام للبراطيش والأدراج بلدي سمك 3ملم مجلي للأسطح الظاهرة من نوع أبو الخباز وخالي من الحفر.

✧ أعمال المنجور: جميع الفصالات من الصنف الجيد مقاوم للصدأ، والزرايفل يونيون ويكون الخشب سو يد خالي من العيوب.

أ) الأبواب: يجب أن تكون كبس 4,5سم حشوات خشب ابيض ويكون الحلق لكامل عرض الجدار والفضايات حسب الطلب والزجاج مغشي 4ملم على أن يكون الباب الرئيسي 220×120 خشب مهجوني على أن لا يتجاوز سعره 3000 شيكل

ب) صناديق الالباجور: خشب ساندويش 20 ملم بارتفاع 30 سم يضاف 10 سم من جوانب الفتحة ويكون الغطاء متحرك من نفس نوع الخشب ويكون مدهون باللون المطلوب والذي يحدده الفريق الثاني

ج) خزائن المطابخ السفلية والعلوية: يجب أن تكون خزائن المطابخ صناديق خشب ساندويش 20 ملم ويكون الوجه الداخلي فورمايكا ابيض وتكون الذرف الخارجية حشوات خشب والفصالات مقاوم للصدأ ويكون سطح الكاونتر جرانيت بلدي مجلي للحواف الظاهرة وتكون الخزائن السفلية للمطبخ بعمق 60 سم والعلوية بعمق 35 سم ويلتزم الفريق الأول بتأسيس فتحه للشفت فوق الفرن والتأسيس لوصلات الكهرباء وتمديدات المياه لجلايه وغسالة أوتوماتيك وتم الاتفاق بين الفريقين على أن يكون عدد المطابخ 2 بطول 8 متر (تحت وفوق) على أن لا يتجاوز سعر المتر المربع 600 شيكل.

✧ الأعمال المعدنية:

أ) ألمنيوم الشبائيك والأبواب السحاب: يجب أن يكون مجريين ونصف (من مقطع 7000) للظرف السحاب ويكون الزجاج مزدوج، أما بالنسبة للقلاب يكون مقطع 4000 كما ويكون الحلق الثانوي صاج سمك 3 ملم ويجب أن تكون المعجونة المستخدمة أسفل وعلى جوانب المقاطع من الماستك والسلكوم ويلزم الفريق الأول بوضع الشبك على جميع الشبائيك وباب تراس.

ب) الأبواب الخارجية: تكون من الحديد فاصون وصاج (الحلق صاج 4 ملم الفصالات مقاوم للصدأ وتكون الزرافيل يونيون ويكون زجاج الفضيات 6 ملم مسلح ويتم دهن الأبواب الخارجية بوجه تأسيس وثلاث وجوه بدهانات محليه باللون المطلوب.

ج) الالباجور: تكون الالباجورات ألمنيوم لون ابيض والمجرى حديد مدهون حراريا مع استخدام الزوايا والفراشين لمنع تسرب الهواء.

✧ أعمال الدهانات:

أ) دهان المنجور: وجه تأسيس وثلاث وجوه بدهانات محليه باللون المطلوب

ب) الجدران الداخلية: يتم دهن الجدران الداخلية باملشن دهان محلي ثلاثة وجوه بعد ألحف والتفقد ووضع المعجونة عند الحاجة. وتكون باللون المطلوب.

ج) الأسقف: يتم دهن الأسقف باملشن دهان محلي ثلاث وجوه بعد ألحف والتفقد ووضع المعجونة عند الحاجة ويلزم الفريق الأول باللون المطلوب، أما بالنسبة لأسقف الحمامات والمطابخ فيستخدم دهان زيتي محلي ثلاث وجوه بعد ألحف والتفقد واستخدام المعجونة عند الحاجة وتكون ضمن اللون المطلوب.

د) الممرات وجدران الدرج لارتفاع 160 سم: يستخدم دهان زيتي محلي ثلاث وجوه بعد ألحف والتفقد واستخدام المعجونة عند الحاجة وضمن وتكون ضمن اللون المطلوب.

✧ أعمال عزل الأسطح وتصريف المياه من الأسطح: عزل السطح وبلاط السطح وتمديدات التصريف (مصارف ومزاريب) حسب المخططات ويكون العزل بالزفته الباردة.

✧ الأعمال الكهربائية:

أ) يكون نظام التمديدات لوب وتستخدم أسلاك الاناره 1,5 ملم والاباريز 2,5 ملم كما يتم وضع أسلاك للمكيف قياس 4 ملم، وتكون الاباريز والمفاتيح (كهرباء+هاتف+تلفاز) ولوحه التوزيع من نوع جيفز ويجب أن تكون أعمال الكهرباء شاملة نظام التاريض ويلتزم الفريق الأول بما جاء بالمخططات وتعليمات المهندس .

ب) علب الوصلات وأنابيب التمديدات: تكون كلها من نوع تيكن.

ج) الكبلات الرئيسية والفرعية: يجب أن تكون مصنعه وفقا للمواصفات البريطانية.

د) يلتزم الفريق الأول بعمل تمديدات خاصة للكمبيوتر وشبكة الهاتف والتلفاز حسب ما هو موضح بالمخططات الهندسية.

✧ الأعمال الميكانيكية والصحية: يتم عملها حسب المخططات الهندسية المرفقة.

✧ خزان الماء الأرضي: عدد 2 بلاستيك حجم كبير مجهز للضخ إلى الخزانات العلوية.

✧ أعمال الحفرة الامتصاصية والتحليلية: يجب إتمامها حسب المخططات وتكون 5 طول × 5 عرض بعمق 4 متر وبدون سماكه الجدران.

- ✧ يلتزم الفريق الأول بتركيب خزانات مياه على السطح عدده 4 بسعة 1,5 متر مكعب للخزان الواحد.
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بتركيب حمام شمسي عدده 2 مع تنك ماء بارد للتغذية بسعة (0,5) متر مكعب.
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بتركيب حمامات عدد 2 على أن لا يتجاوز ثمن طقم الحمام الواحد 1500 دولار أمريكي.
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بتركيب حماية حديد لجميع الشبائيك.
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بتركيب انتركوم خارجي من نوع جيد.
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بتركيب حنفيات عدده 2 خارجية حسب طلب الفريق الثاني .
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بوضع اباريز كهرباء وتلفون خارجية حسب طلب الفريق الثاني.
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بوضع مظلات الكرميد حسب المخططات
 - ✧ يلتزم الفريق الأول بعمل التصويته بارتفاع ثلاثة مداميك فوق السطح كما يلتزم الفريق الأول بزاله الطمم ومخلفات البناء من الموقع كاملا.
- يتم اعتماد مواصفات وعينات جميع المواد المراد استخدامها المذكورة مسبقا من قبل الفريق الثاني أو من يعينه لذلك ولا يجوز التغير إلا بعد موافقة الفريق الثاني أو من يعينه على انه وفي حال عدم توفر أي نوع من الأنواع المذكورة سالفًا بسبب خارج عن إرادته الفريق الأول فيتم استبداله بنوع يوازيه بالجودة ويوافق عليه الفريق الثاني.
- سادسا: الثمن اتفق الفريقان على أن يتقاضى الفريق الأول من الفريق الثاني على المتر المربع الواحد مشطب وفق المواصفات السابقة 320 دولار أمريكي ويتم دفع المبالغ من قبل الفريق الثاني كما يلي:
- 15000 دولار أمريكي عند التوقيع على هذه الاتفاقية ويعتبر توقيع هذه الاتفاقية من قبل الفريق الأول إقرارا منه بقبض هذا المبلغ وإيصالا للفريق الثاني.
 - 11000 دولار أمريكي تدفع بتاريخ 10\6\2001 ويتم دفع الأقساط البقية بواقع 16800 دولار أمريكي كل سنتين بعد التاريخ المذكور بالبند السابق وهكذا حتى السداد التام.
 - في حال عدم التزام الفريق الثاني بتسديد الدفعات ضمن تاريخها المحدد فيكون ملزما بدفع مبلغ خمسون دولار عن كل يوم تأخير.

سابعاً: مدة المقابلة- يلتزم الفريق الأول بتسليم البناء كاملاً بكامل مواصفاته المتفق عليها أعلاه خلال مدة أقصاها ثمانية شهور من تاريخ توقيع هذه الاتفاقية وفي حال عدم التسليم في الموعد المحدد لأسباب ليست خارجة عن إرادته يكون ملزماً بدفع مبلغ خمسون دولار أمريكي عن كل يوم تأخير للفريق الثاني .

ثامناً: يحق للفريق الثاني تعيين مهندس أو مراقب ولا يحق للفريق الأول الاعتراض عليه وعلى الفريق الأول إتباع إرشاداته.

تاسعاً: متفق عليه سلفاً بأن ساعات الماء والكهرباء والمخططات الهندسية ومخططات المساحة تعود على الفريق الثاني.

عاشراً: متانة البناء: على الفريق الأول القيام بعملية البناء حسب الأصول الفنية المتبعة، ويكون مسؤولاً عن متانة الأعمال التي يقوم بها وفوره احتمالها وضمن الفريق الأول متانة البناء مدة ثلاثة سنوات من انتهاء العمل به.

الحادي عشر: مسؤولية الفريق الأول عن العمال: يكون الفريق الأول وحده هو المسؤول عن سلامة العمال والجمهور وعليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك.

الثاني عشر: الاختصاص: كل نزاع ينشأ عن هذه الاتفاقية، يكون الفصل فيه من اختصاص محكم منفرد يختاره الفريقين وفي حال الخلاف يختار كل واحد منهم حكماً ليقوموا باختيار محكم فيصلاً يكون حكمه ملزماً للفريقين وقابلاً للتنفيذ فوراً. الثالث عشر: نسخ الاتفاقية: حررت هذه الاتفاقية من ثلاثة نسخ يكون بيد كل فريق واحد منها وتحفظ النسخة الثالثة لدى المحامي

على جميع أحكام هذه الاتفاقية وقع الفريقين بعد أن تفهموا بنودها بتاريخ 2001\5\6.

الفريق الثاني
شاهد

الفريق الأول
شاهد