



بسم الله الرحمن الرحيم
جامعة إفريقيا العالمية
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي
كلية الشريعة والقانون
قسم القانون الخاص



بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

أحكام العقود الهندسية وأثرها دراسة تطبيقية في عقود الإنشاءات

إشراف الدكتور
أحمد إسماعيل عمر

إعداد الطالبة
صفاء عبد ربه الحاج

1440هـ - 2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الاستهلال

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۖ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا
مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّيِ الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (١)
صدق الله العظيم

(سورة المائدة الآية 1)

الإهداء

أهدي هذا الجهد إلى روح أمي وأبي
أسأل الله أن يجمعني بهم في الجنة

الشكر والعرفان

يقتضي الواجب رد الجميل لأهله فنذكر بالشكر والعرفان إدارة جامعة إفريقيا العالمية ممثلة في كلية الدراسات العليا التي أتاحت لي فرصة دراسة الدكتوراه ، والشكر موصول لكلية الشريعة والقانون لما قدموه لي من تعاون ، وأرى أن هناك ضرورة وأهمية تلزمني بتقديم شكر خاص الأستاذ الدكتور/ أحمد إسماعيل المشرف على البحث لمتابعته اللصيقة، والذي تكبد عناء الإشراف على هذا البحث ولم يبخل بأي معلومات كان من شأنها إخراج العمل بهذه الصورة، وأن ما أبثه من أفاض الثناء والتقدير لا تفي بما هو أهله فله من الله الجزاء الأوفى.

جزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى مكتبة جامعة إفريقيا ومكتبة جامعة السودان لدورهم المهم في مدي بالمعلومات التي كونت هذا البحث

والشكر إلى أسرتي التي وقفت بجانبني في مشواري التعليمي، وأشكر وأحمد وأثني على الله سبحانه وتعالى الذي أمدني بمدد من عنده فكان عونهُ أن أكملت هذه الرسالة والتي نسأل الله أن ينفع بها عباده.

الباحث

مستخلص البحث

تناولت هذه الدراسة أحكام العقود الهندسية وأثرها دراسة تطبيقية في عقود الإنشاءات حيث تكمن مشكلة الدراسة في عدم تناول المشرع السوداني لأحكام العقود الهندسية بصورة تفصيلية إذ لم يعرف المشرع العقد الهندسي وأنواعه وكذلك طرق التعاقد في المشاريع الهندسية وأنواع المواصفات الهندسية.

كما لم يتناول المشرع أيضاً سلطات وصلاحيات والتزامات المهندس في العقد الهندسي، أيضاً لم يحدد المشرع السوداني طريقة عقود الفيدك وأنواعها ومدى أهميتها في الإنشاءات مع التطور الاقتصادي في الوقت المعاصر وأيضاً مدى إلزاميتها باعتبارها عقود نموذجية دولية ويمكن أن تعدل وفق قانون البلاد إذا ما استخدمت محلياً.

تهدف الدراسة إلى تعريف العقد الهندسي ومحتوياته كما تهدف أيضاً إلى معرفة طرق التعاقد في المشاريع الهندسية وأهمية الضمان في مرحلة إبرام العقود الهندسية إضافة إلى أهمية الفيدك وذكرنا في هذه الدراسة أنواع الفيدك وتحدثنا عن الكتاب الأبيض والكتاب الأحمر والفضي والذهبي.

كما تهدف الدراسة إلى تعريف التزامات وحقوق أطراف العقد الهندسي وتوضيح دور كل من المهندس الاستشاري ورب العمل والمقاول، توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها أن العقد الهندسي ذو طبيعة خاصة وهو عبارة عن وثيقة اتفاق مكتوب بين طرفي التعاقد لتنفيذ مشروع هندسي معين وهما صاحب العمل ويرمز له في العقود الهندسية بالطرف الثاني والمقاول ويرمز له بالطرف الأول وعلى ذلك فإن العقد يوضح فيه حقوق والتزامات كل طرف اتجاه الآخر.

وأهم ما وصت به الدراسة المشرع السوداني بوضع تعريف للعقد الهندسي على النحو العالي (العقد الهندسي هو عقد يحمل في طياته عدة عقود وذلك لتعدد الأطراف فيه وهو يعتبر من العقود الرضائية وهو عقد ذو طبيعة خاصة جداً حيث يبرز الجانب الفني فيه أكثر من الجانب القانوني).

وأيضاً من أهم ما أوصت به الدراسة المشرع السوداني وضع نصوص تتحدث عن عقود الفيدك وأهميتها وأنواعها ومن أهم ما أوصت به الدراسة بأن تدرس مادة العقود الهندسية في الجامعات والدبلوم العالي والماجستير وذلك لأهميتها في الحياة المعاصرة.

Abstract

The study dealt with the provisions of engineering contracts and their impact. An applied studies in construction contracts where the problem of study represented in the fact that the Sudanese legislator did not deal with the provisions of engineering contracts in details since the legislator did not know the engineering contract and its types as well as contracting methods in engineering projects and types of engineering specifications, the legislator also did not specify the powers and obligations of the engineer in the engineering contract. The Sudanese legislator also did not specify the type of contracts, types and importance of the contracts in the construction with the economic development in modern times and also the extent of their obligation as international model contracts and may be amended according to the law of the country if used locally. The study aimed to define the engineering contract and its contents. It also aimed to know the methods of contracting in engineering projects and the importance of security in the stage of concluding engineering contracts in addition to the importance of FIDIC. In this study we mentioned the FIDIC types and talked about the white book and the red, silver and gold books. Also the study aimed at defining the obligations and rights of the parties to the engineering contract and clarifying the role of the consultant engineer, the employer and the contractor. The study reached several results, the most important of which is that the engineering contract is of a special nature. It is a document of written agreement between the parties to the contract to implement a certain

engineering project in the engineering contracts of the second party and the contractor and symbolizes it with the first party. Accordingly, the contract clarifies the rights and obligations of each party towards the other. The most important thing that was recommended by the Sudanese legislator is to define the engineering contract as a high contract (the contract is a contract that carries several contracts for multi-parties and is considered a consensual contract, a contract of a very special nature where the technical aspect is more than the legal aspect). The most important thing recommended by the study of the Sudanese legislator to develop texts addressed FIDIC contracts and their importance and types, and the most important recommended by the study to study the engineering contracts in universities and the higher diploma and the Master, because of its importance in contemporary life.

الفصل الأول: الإطار المنهجي

المبحث الأول: خطة البحث.

المبحث الثاني: الدراسات السابقة.

الفصل الثاني

مفهوم العقد واركانه وانواعه في اللغة وفي الفقه الاسلامي والقانون

- المبحث الاول: تعريف العقد في اللغة والفقه الاسلامي والقانون.
- المبحث الثاني: اركان العقد في الفقه الاسلامي والقانون.
- المبحث الثالث: انواع العقود في الفقه الاسلامي والقانون.

الفصل الثالث

مفهوم وخصائص وشروط عقد المقاولة

المبحث الاول: مفهوم وخصائص عقد المقاولة

المبحث الثاني: شروط عقد المقاولة

الفصل الرابع
مفهوم العقد الهندسي وانواعه وطرق
التعاقد في المشاريع الهندسية

المبحث الاول: مفهوم العقد الهندسي

المبحث الثاني: انواع العقود الهندسية

المبحث الثالث: طرق التعاقد في المشاريع الهندسية

الفصل الخامس حقوق والتزامات اطراف العقد الهندسي

- المبحث الاول: حقوق والتزامات صاحب العمل في العقد الهندسي.
- المبحث الثاني: حقوق والتزامات المقاول في العقد الهندسي.
- المبحث الثالث: حقوق والتزامات المهندس في العقد الهندسي.

الخاتمة

أولاً: النتائج

ثانياً: التوصيات.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
أ	الآية
ب	الإهداء
ج	الشكر والعرفان
د	ملخص البحث
هـ	Abstract
الفصل الأول: أساسيات البحث	
1	المبحث الأول: خطة البحث
2	مشكلة البحث وأهمية البحث
3	اهداف البحث – فروض البحث – وسائل وأدوات البحث
4	حدود البحث – منهج البحث – هيكل البحث
5	المبحث الثاني: الدراسات السابقة
الفصل الثاني: مفهوم العقد واركاته وانواعه في اللغة وفي الفقه الاسلامي والقانون	
10	المبحث الاول: تعريف العقد في اللغة وفي الفقه الاسلامي والقانون
10	المطلب الاول: تعريف العقد لغة
13	المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه الاسلامي
15	المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون
19	المبحث الثاني: اركان العقد في الفقه الاسلامي والقانون
19	المطلب الاول: أركان العقد في الفقه الاسلامي
25	المطلب الثاني: اركان العقد في القانون
31	المبحث الثالث: انواع العقود في الفقه الاسلامي والقانون

31	المطلب الاول: انواع العقود في الفقه الاسلامي
35	المطلب الثاني: انواع العقود في القانون
الفصل الثالث: مفهوم وخصائص وشروط عقد المقاولة	
42	المبحث الاول: مفهوم وخصائص عقد المقاولة
42	المطلب الاول : مفهوم عقد المقاولة
47	المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة
51	المبحث الثاني: شروط عقد المقاولة
51	المطلب الاول: شروط الرضا او التراضي في عقد المقاولة
55	المطلب الثاني: شرطي المحل والسبب في عقد المقاولة
الفصل الرابع: مفهوم العقد الهندسي وانواعه وطرق التعاقد في المشاريع الهندسية	
60	المبحث الاول: مفهوم العقد الهندسي
60	المطلب الاول : تعريف العقد الهندسي
64	المطلب الثاني: محتويات العقد الهندسي
74	المبحث الثاني: انواع العقود الهندسية
75	المطلب الاول: مفهوم عقود المقاولات الهندسية
75	المطلب الثاني: انواع العقود الهندسية الدولية (الفيديك)
90	المبحث الثالث: طرق التعاقد في المشاريع الهندسية
90	المطلب الأول: طريقة التعاقد العام
92	المطلب الثاني: طرق التعاقد المنفصل
93	المطلب الثالث: طريقة الحساب الاجباري
93	المطلب الرابع: طريقة التعاقد باسناد التصاميم الهندسية للمقاول
94	المطلب الخامس: طريقة التعاقد المتخصص

الفصل الخامس: حقوق والتزامات اطراف العقد الهندسي	
96	المبحث الاول: حقوق والتزامات صاحب العمل في العقد الهندسي
96	المطلب الاول: حقوق صاحب العمل في العقد الهندسي
99	المطلب الثاني: التزامات صاحب العمل في العقد الهندسي
104	المبحث الثاني: حقوق والتزامات المقاول في العقد الهندسي
112	المطلب الاول: التزامات المقاول في العقد الهندسي
113	المبحث الثالث: حقوق والتزامات المهندس في العقد الهندسي
143	المطلب الأول: التزامات المهندس في العقد الهندسي
120	الخاتمة
121	النتائج
125	التوصيات
127	المصادر والمراجع

الفصل الاول

الإطار المنهجي

المبحث الأول خطة البحث:

المقدمة:

ظل الإنسان منذ زمن يسعى للاستقرار والسكينة وكان المسكن أول خطوة يخطيها الإنسان نحو تحقيق هذه الغاية ولعمارة الكون تنزيلاً لإرادة الخالق حينما جعل الإنسان خليفة في الأرض. وكان الإنسان في سعيه لتوفير السكن منذ الأزل يسعى لأمرين هما الطمأنينة والأمان في المسكن من حيث متانته وصلابته يصدقنا ذلك قول الله عز وجل (وَكَانُوا يَنْحِتُونَ مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا آمِنِينَ)¹، إلا أن المباني كانت فيما مضى بسيطة التكوين تختلف في مكونات تشييدها باختلاف البيئة ومواد البناء المتوفرة فيها، أصبح مجال الإنشاءات مجالاً خصباً لتنافس المستثمرين لمقابلة الزيادة المضطرة في كثافة السكان وتحقيق أرباح طائلة عن هذه الاستثمارات وترتب على ذلك أن توسع نطاق الإنشاءات وتوسعت أساليب البناء ونتج عن ذلك زيادة في حجم المشاريع صاحبها ازدياد في درجة تنفيذها الفني فتطورت أعمال المقاولات تبعاً لذلك وأصبح هنالك مقاولون متخصصون في مجال الإنشاءات وآخرون في الأعمال الكهربائية والميكانيكية ويوجد أيضاً مقاولون متخصصون بالتوريد والتركيب أو الصيانة والتشغيل وغيرها من أعمال تكامل بعضها بعضاً نتيجة لهذا التطور أصبح العمل الإنشائي يتضمن العديد من العناصر المادية فتنوعت المواد المستخدمة في البناء وتعددت كما تعددت عناصره البشرية إذ يشارك في الأعمال عدد من المصممين والإنشائيين والموردين وغيرها من الأنشطة لتصب في المشروع المراد إنشاؤه.

¹. سورة الحجر الآية (82)

وتبعاً لذلك صدرت العديد من العقود النموذجية في مجالات الهندسة المختلفة خاصة مجال الإنشاءات وأخذت هذه العقود والأحكام التي تضمنها طابعاً عالمياً تتوحد فيه المصطلحات الفنية وقد أسهم في ذبوعها وانتشارها الاتجاه العام في العالم نحو توحيد الأنظمة القانونية بسبب تأثير الشركات التي تعمل في مجال التشييد وقدرتها على التحرك في أنحاء العالم بسبب ما وفرته المعلومة من تداخل بين الدول والمصالح المختلفة للأفراد ولأهمية العقود الهندسية التي تنظم هذه العلاقات في نطاق البناء والتشييد رأيت أن أقوم بهذا البحث سائلة الله التوفيق.

مشكلة البحث:

1. تكمن مشكلة البحث في عدم تناول المشرع السوداني لأحكام العقود الهندسية والآثار المترتبة عليها بصورة تفصيلية حيث لم يعرف المشرع العقد الهندسي وأنواعه ولم يعرف كذلك المهندس الاستشاري وأيضاً لم يبين طرق التعاقد في المشاريع الهندسية إضافة إلى أنواع المواصفات الهندسية.
2. كما لم يتناول المشرع السوداني سلطات وصلاحيات والتزامات المهندس في العقود الهندسية.
3. لم يحدد المشرع السوداني طبيعة عقود الفيديك ومدى إلزاميتها.

أهمية البحث:

من الأسباب التي أدت إلى اختيار الموضوع الآتي:

1. يرجع سبب اختياري لهذا الموضوع لأهميته في التطور الاقتصادي في العالم وأهمية الاستثمار الإنشائي في الدول النامية ومن ضمنها السودان.
 2. كما يرجع أيضاً سبب اختياري لرغبتني وحيي لهذا العلم.
- ومنها تنبع أهمية هذا البحث من الآتي:

1. أهمية البحث العلمية تكمن في معرفة تعريف العقد الهندسي وأطرافه والتزاماتهم وحقوقهم اتجاه بعضهم البعض كما تكمن الأهمية أيضاً في معرفة عقود الفيديك

ومدى إلزاميتها وما تضمن كتب الفيديك المتعددة من شروط لازمة لطرفيه باعتبارها عقود نموذجية دولية.

2. أما أهمية البحث العلمية هي إفادة المجتمع وطلاب الجامعات المهندسين منهم والقانونيين وطلاب الدراسات العليا الدبلوم العالي والماجستير وكل العاملين في الهندسة المدنية والمشاريع الإنشائية

أهداف البحث:

1. بيان تعدد عقود الفيديك ومدى إلزاميتها.
2. معرفة طرق التعاقد في المشاريع الهندسية.
3. دور المهندس الاستشاري في العقود الهندسية.
4. معرفة حقوق والتزامات أطراف العقد الهندسي.

فروض البحث:

1. على المشرع السوداني أن يضع باب كامل في قانون المعاملات المدنية ينص فيه على أحكام العقود الهندسية والآثار المترتبة عليها.
2. يضع المشرع تعريف شامل للعقد الهندسي والمهندس الاستشاري مع بيان دوره وسلطاته والتزاماته في العقد الهندسي.
3. يضع نصوص تبين كيفية طرق التعاقد في المشاريع الهندسية مع توضيح سلبيات وإيجابيات كل طريقة على حده.
4. على المشرع السوداني أن يضع باب كامل في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ينص فيه على عقود الفيديك وأنواعها ومدى إلزاميتها.

وسائل وأدوات البحث:

سوف اعتمد في كتابة هذا البحث بعون الله عز وجل على المصادر والمراجع القانونية والهندسية، وكذلك كتب الفقه الإسلامي عامة وكتب التفسير والحديث واللغة، وكذلك سوف أقوم بالرجوع بصفة أساسية إلى كتب الفيديك وكتب الهندسة المدنية إضافة

إلى مواقع الإنترنت والبحوث العلمية وأي مراجع أو وسائل يمكنني الاستفادة منها في هذا البحث بعون الله.

حدود البحث:

حدود البحث العلمية تتمثل في تعريف العقد بصورة عامة فقهاً واصطلاحاً وقانوناً وأيضاً تعريف عقد المقاولة وأركانه إضافة إلى تعريف العقد الهندسي وأطرافه وأنواعه وأنواع عقود الفيديك وطرق التعاقد في المشاريع الهندسية إضافة إلى حقوق والتزامات أطراف العقد الهندسي.

منهج البحث:

سوف أتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي والتحليلي والمنهج الوصفي على أساس أنها أنس با لمناهج العلمية في مجال البحث العلمي القانوني وسوف أقوم في ذلك بالآتي:

1. ضبط الآيات القرآنية بالشكل حسب الرسم العثماني بالمصحف بذكر اسم السورة ورقم الآية.
2. تعريف الأحاديث النبوية من مظانها المتعددة.
3. التوثيق للمعلومات التي ترد في الصفحات بذكر أسماء المراجع والمؤلفين وتاريخ ومكان الطبعة ورقم الصفحة.
4. ترجمة الأعلام الذين يرد ذكرهم في صفحات البحث.
5. عمل الفهارس المطلوبة.
6. سأختم بإذن الله بخاتمة تشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

هيكل البحث:

يأتي البحث في خمس فصول وخاتمة من أهم النتائج والتوصيات، ويشتمل الفصل الأول على الإطار المنهجي والدراسات السابقة، ثم يأتي الفصل الثاني بعنوان مفهوم العقد وأركانه وأنواعه في اللغة وفي الفقه الإسلامي والقانون، ويتكون من أما الفصل الثالث

مفهوم وخصائص وشروط واران عقد المقالة، زبه ثلاث مباحث تتناول المفهوم والخصائص والشروط، ويشتمل الفصل الرابع وهو بعنوان مفهوم العقد الهندسي وانواعه وطرق التعاقد في المشاريع الهندسية، ويشتمل على ثلاث مباحث تتناول العقود وطرق التعاقد في المشاريع، اما الفصل الخامس يأتي بعنوان حقوق والتزامات اطراف العقد الهندسي، ويتكون من ثلاث مباحث تتناول الحقوق والالتزامات في العقد الهندسي، ثم يختتم البحث بخاتمة تحتوي على اهم النتائج والتوصيات.

المبحث الثاني الدراسات السابقة:

قام الباحث بمراجعة ودراسة الدراسات السابقة التي تتعلق بموضوع البحث، ثم قام الباحث بالمقارنة بين دراسته والدراسات السابقة، ثم فصل في ما سوف تقوم به دراسته لتكملة ما لم تتطرق له الدراسات السابقة.

قام الباحث بمراجعة ودراسة الدراسات السابقة التي تتعلق بموضوع البحث، ثم قام الباحث بالمقارنة بين دراسته والدراسات السابقة، ثم فصل في ما سوف تقوم به دراسته لتكملة ما لم تتطرق له الدراسات السابقة.

الدراسة الاولى : احمد حسان حافظ مطاوع 1999م¹:

تضمنت الدراسة تمهيداً وقسمين فاما التمهيد فاشتمل علي فصلين احدهما بعنوان مفهوم التحكيم التجاري الدولي والآخر بعنوان مفهوم العقود الدولية للانشاءات واما القسم الاول فاشتمل علي ثلاثة ابواب اما الباب الاول فكان عن تكوين العقد الدولي للانشاءات واما الثاني فكان عن خصوصية اتفاق التحكيم في العقود الدولية للانشاءات وكان الباب الثالث بعنوان صياغة وتفسير اتفاق التحكيم في العقود الدولية للانشاءات والقانون الواجب التطبيق عليه واما القسم الثاني فاشتمل علي بابين الاول

¹ - احمد حسان حافظ مطاوع، دراسة بعنوان، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1999م.

منهما كان عن المرحلة العلمية في الانشاءات واما الباب الثاني فكان عن آليات التحكم في فض
منازعات العقود الدولية للانشاءات. اهم النتائج التي توصل اليها الباحث، ان التحكم قضاء ذو طبيعة
قضائية، ان ما يميز العقود الدولية في مرحلتها التحضيرية هو وجود الدولية كطرف فيها، ان ما يميز
العقود الدولية في مرحلتها التنفيذية هو تعدد وتنوع المنازعات وتعدد المتنازعين.

اتفقت الدراسات الحالية مع السابقة في بعض المسائل ومن ذلك الالتزامات الرئيسة لاطراف العقد
الهندسي واختلفنا في ان الدراسة السابقة كانت تركز علي الجوانب القانونية للعقود الدولية للانشاءات
وخصوصية التحكم فيها. اما دراستي فتناولت محتويات العقد الهندسي وانواع المواصفات الهندسية
والجوانب الفنية فيها .

الدراسة الثانية : سعاد محمد فضل طاهر¹ 2003

تهدف الدراسة الي دراسة العقود وانواعها وبنودها والعلاقة بين اطراف العقد ومسئولية كل منهم
واثر ذلك علي سير العمل كما تهدف ايضا الي الدراسة التحليلية لمرحلة العطاءات وطرق طرحها
ومراحل فرزها وذلك للاهمية الكبيرة التي تلعبها هذه المرحلة وتأثيرها المباشر علي تادية العمل في
باقي المراحل المختلفة نظرا لان اختيار العطاء الافضل يعد امر حيوي وهام جدا . كما تتطرق الدراسة
الي ظاهرة التفاوت في اسعار العطاءات التي يعد من اهم اسبابها وضع المواصفات بصورة دقيقة
بالمستوي المطلوب فتكون المعلومات ناقصة وغير مكتملة لدي المقاول عند حسابه لتكلفة العطاء .

تتفق الدراسة السابقة مع دراستي في انني تناولت كيفية تقديم العطاءات في المشاريع الهندسية وكيفية
فرزها وطريقة التعاقد . كما تختلف عن دراستي في ان الدراسة الحالية تناولت خطاب الضمان في
العقود الهندسية .

¹ - سعاد محمد فضل طاهر، دراسة بعنوان، التفاوت في قيم العطاءات والاعمال الاضافية في اعمال التشييد،
بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية الهندسة ، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا ، 2003م

الدراسة الثالثة : زيد بن عبدالعزيز السهلي 2009م¹:

تناولت هذه الدراسة آلية واحدة من آليات تسوية المنازعات الناشئة عن العقود التي تنظمها عقود الفيديو والمتمثلة في التحكيم الدولي اضافة الي تناولها لاهمية صناعة التشيد الهندسي .

حيث تتفق هذه الدراسة مع دراستي في تناولها لاهمية صناعة التشيد الهندسي في الدول النامية اما نقاط الاختلاف تكمن في ان دراستي تناولت مفهوم العقد واركانه وانواعه في اللغة وفي الفقه الاسلامي والقانون السوداني .

الدراسة الرابعة: : مها اشقر عبدالله العطار 2011م²

تناولت هذه الدراسة آلية من آليات الفيديو المستعملة في حل المنازعات الناشئة بين اطراف عقد الانشاءات والمتمثلة في مجلس فض المنازعات ومدي كفاية تنظيمه القانوني ، وذلك من اجل تقييم الدور الذي يقوم به في حل المنازعات . تتفق الدراستين في تعريفهما لاطراف العقد الهندسي اما وجه الاختلاف فان موضوع هذه الدراسة يختلف اختلافاً كبيراً عما سابحت فيه حيث ان موضوعها ينحصر في دراسة آلية واحدة من الآليات التي يستعملها الفيديو لحل المنازعات ، بينما موضوع دراستي الحالية مخصص في جزئيات اوسع وهي دراسة النظام القانوني لعقود الانشاءات الهندسية المبرمة وفقاً لشروط عقد الفيديو.

¹- زيد بن عبد العزيز السهلي، دراسة بعنوان، التحكيم في المنازعات الهندسية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية الأمنية، الرياض، 2009م.

²- مها أشقر عبد الله العطار، دراسة بعنوان، مدي كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديو الاحمر، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط الاردن 2011م.

الدراسة الخامسة: عصام عبدالعزيز النصري 2011م¹:

مضمون الدراسة اشتمل علي مفهوم صناعة التشييد باعتبارها من اقدم الصناعات ونشأة منذ الازل منذ بداية حوجة الانسان الي المسكن . كما تهدف الدراسة الي معرفة اسباب الاصابات ومعدلاتها في صناعة التشييد في ولاية الخرطوم كذلك تهدف الي مقارنة هذه المسببات والمعدلات ببعض الدول المماثلة والمجاورة للسودان . وايضا تهدف الدراسة الي التطرُق الي التشريعات واللوائح التي تحدد ضوابط السلامة المطلوبة في صناعة التشييد في القوانين السودانية .

تلتقي هذه الدراسة السابقة مع دراستي في تناولها لاهمية صناعة التشييد في السودان والقوانين واللوائح المنظمة لها .

كما تختلفان في ان دراستي قد تناولت بصورة عامة طرق التعاقد في المشاريع الهندسية المتعلقة بعقود الانشاءات.

الدراسة السادسة : سمير حامد عبدالعزيز الجمال 2011م²:

تناولت الدراسة مفهوم عقود الفيديك والتي تعد من العقود الحديثة نسبيا والتي تم اعتمادها من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين . كما تناولت تنظيم عقود الفيديك لحقوق والتزامات اطرافها والتوزيع العادل للمخاطر واوامر التغيير لاعمال البناء . حيث جاءت اهمية الدراسة في تناولها لتطور عقود الفيديك النموذجية بشكل مستمر وتعتبر من الموضوعات القانونية المهمة وهي الاكثر استعمالا عند صياغة عقود مقاولات البناء والتشييد التي تم تنفيذها في الدول العربية . اتفقت الدراسة السابقة مع دراستي في انها جاءت شاملة لمفهوم عقود الفيديك ونشأتها وانواعها وتطورها وختلفت الدراسات في ان دراستي قد احتوت علي تعريف العقد الهندسي ومحتوياته واطرافه .

¹ - عصام عبدالعزيز النصري، بحث بعنوان، اصابات العمل في صناعة التشييد في ولاية الخرطوم، رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير، كلية الهندسة بجامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا ، 2011م.

² - سمير حامد عبد العزيز الجمال، بحث بعنوان، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، رسالة دكتوراه، جامعة الشارقة 2011م

الدراسة السابعة: طارق عبدالجليل محمد عمر 2012م¹

هذا الدراسة تهدف الي دراسة ومعرفة اهمية القوانين واللوائح والاعراف ذات العلاقة بمشاريع التشييد في السودان كما تناولت الدراسة مقارنة بين هذه القوانين للاستفادة منها في تطويرها ومعرفة ايجابيات وسلبيات تلك القوانين ومدى مواكبتها للتطوير الحالي .

تناولت ايضا الدراسة انواع عقود الفيديو حيث اتفقت مع دراستي في تناول انواع عقود الفيديو المتمثلة في (الكتاب الاصفر - الكتاب الاحمر - الكتاب الابيض - الكتاب البرتقالي - الكتاب الفضي) اما اختلاف الدراستين متمثل في ان دراستي تناولت ايضا انواع العقود بصورة عامه في الفقه الاسلامي والقانون حيث اختصرت الدراسة السابقة تناولها لانواع عقود الفيديو فقط.

الدراسة الثامنة نادر خير حسن بني فضل 2015م م²:

سلط الباحث في هذه الدراسة الضوء علي عدد من الموضوعات وعلي وجه التفصيل المفهوم العام لعقود الفيديو ونشأتها وأنواعها ، كما عرج علي الهيكل التنظيمي لعقود الفيديو وانعكاساتها علي قوانين المناقصات والمزايدات في فلسطين . كما تناول في هذه الدراسة الوسائل البديلة في تسوية المنازعات الخاصة بعقود الفيديو واليات التحكيم في منازعات الانشاءات .

تتفق هذه الدراسة مع دراستي بتناولها للمفهوم العام لعقود الفيديو.

اما نقاط الاختلاف في الدراستين هو ان دراستي تناولت عقد المقاوله وانواعه وشروطه واركانه اضافة الي الشروط التي يجب توافرها في اطراف العقد . حيث لم تشر الدراسة السابقة الي عقد المقاوله بعبارة صورة من صور عقود الانشاءات.

¹- طارق عبدالجليل محمد عمر، بحث بعنوان، التشريعات والقوانين ذات العلاقة بمشاريع التشييد في السودان، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، 2012م.

²- نادر خير حسن بني فضل، دراسة بعنوان، اثار اعتماد عقد مقاولات اعمال التشييد (فيديو) كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الاطراف في فلسطين، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ، فلسطين، 2015م.

الفصل الثاني

مفهوم العقد واركانه وانواعه في اللغة وفي الفقه الاسلامي والقانون

تمهيد:

يعتبر العقد اتفاق بين طرفين او اكثر وهو ملزما قانونيا , وقد يكون العقد شفهيًا او مكتوباً ويعتبر ايضا مجموعة من الوعود وعادة ما يعد كل طرف بفعل شي مقابل ان يحصل علي الطرف الاخر علي منفعة.
وإذا اخفق احد الطرفين في اداء واجباته بموجب اتفاق فان ذلك الطرف خالف العقد، ويجب عليه الالتزام بالتعويض المتفق عليه بالعقد سواء تعويض مادي او معنوي حتي يتم تعويض الطرف الاخر عن الاضرار التي يمكن ان يتسببها الاخلا بالعقد.

المبحث الاول: تعريف العقد في اللغة وفي الفقه الاسلامي والقانون المطلب الاول: تعريف العقد لغة:

عرفه الامام محمد ابوزهر بانه يطلق العقد في اللغة علي الجمع بين اطراف الشي وربطهما وضده الحل ويطلق بمعني احكام الشي وتقويته. وايضا من معني الربط الحسي بين طرفي الحبل اخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام او بين الكلامين ومن معني الاحكام والتقوية الحسية للشي اخذت الكلمة واريدها العهد، ولذا صار العقد بمعني العهد المؤثق والضمان وكل ما ينشئ التزاما.⁽¹⁾
تطلق كلمة العقد علي معان كثيرة منها الشد والاحكام والتوفيق والجمع بين اطراف الشي وربطهما تقول عقدت الحبل بالحبل اذا ربطته كما اطلقت كلمة العقد علي الربط في المحسوسات فقد اطلقت كذلك للدلالة علي الربط المعنوي فيقال عقد بيع وعقد ايجار ومن هنا يسمي اليمين والشرط عقدا لان الحالف او الشارط يلزم به نفسه، ويربطها بأن يفي بما حلف عليه أو بما شرطه على نفسه.⁽²⁾
كما عرفه ايضا دكتور مجتبي محمد عمر احمد موسي بان العقد نقيض الحل، ويقال عقد العهد يعقده عقدا بمعني اكد الالتزام وايضا العقد اوكد من العهد يقال عهدت علي فلان بكذا أي الزمته

⁽¹⁾ الامام محمد ابوزهره ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (دار الفكر العربي: القاهرة، 1996)، ص(199).
⁽²⁾ عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، (دار البحوث العلمية: الكويت، 1975)، ص(25).

بذلك ويأتي العقد بمعنى الشد ومنه عقد الحبل فانعقد فهو معقود أي مشدود وبمعني البناء وبمعني الحساب ومنه عقد الحاسب يعقد عقداً أي حسب وبمعني الناقة المؤثوقة الظهر.

العقد في اللغة ايضاً هو ما يربط بين اطراف الشي من الجهتين او من جهة واحدة يقال يعقد الحبلين أي ربط الواحد بالآخر كما يطلق عليه الجمع بين الشيين وفي القران ورد لفظ العقد مقترناً بالعهد والموثق بما يفيد اللزوم وجاء في المصباح المنير (عقدت الحبل عقداً فانعقدت والعقدة ما يمسكه ويوثقه).

ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد وتأتي بمعنى العهد قال ابن عباس ان المراد بالعقود العهود التي اخذها الله تعالى علي عباده بالايمان له وطاعته فيما احل او حرم. (1)

وايضا عرف العقد بانه هو توافق ارادتين او اكثر علي احداث اثر قانوني قد يكون انشاء التزام او نقله او تعديله او انهائه. (2)

وقد قال ابن فارس في شرح له عن تعريف العقد في اللغة بان (العين والقاف والداد اصل واحد يدل علي الشد والعقد مصدر عقده يعقده عقداً ويستعمل اسم فيجمع علي عقود). (3) كما يطلق علي العقد معاني كثيرة في اللغة منها: الربط، والشد، والتوثيق، والاحكام، والقوة، والجمع بين الشيين، والعهد. (4)

ويقال عقدت الحبل اذا شدته، وعقد التاج فوق راسه واعتقده عصبه به، واعتقد بينهم الاخاء اذا صدق وثبت، وعقد اليمين توثيقها باللفظ مع العز عليها، وعقد كل شي ابرامه. (5) وهذه المعاني متقاربة يجمعها معني واحد الربط وهو نقيض الحل. (6)

وايضا عرف العقد في اللغة بانه مصدر فعل: عقد الشي يعقده عقداً وتعاقد وعقده فانعقد وتعقد، اذا شده فانشد فهو نقيض الحل، وهو في الاصل للحبل ونحوه من المحسوسات، ثم اطلق في انواع العقود من البيوع والمواثيق وغيرها وفي التصميم الجازم علي الشي ومنه العقيدة. اي ما يعقد عليه الانسان قلبه من الاراء بجزم وتصميم، قال الله تعالى (اوفوا بالعقود) والعقد عقد اليمين وعقدة النكاح

(1) مجتبى محمد عمر احمد موسي، النظرية العامة في الالتزامات، (ب ن: ب م، ب ت)، ص (41).

(2) عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (دار احياء التراث العربي: بيروت، 1952) ج 1، ص (149).

(3) أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، (دار الفكر: دمشق، 1979)، ج 4، ص (286).

(4) انظر لسان العرب 3/296 مادة العقد

(5) انظر لسان العرب مرجع سابق والصحاح للجوهري 2/510.

(6) الغليقة صالح بن عبدالعزيز بن صالح، صيغ العقود في الفقه الإسلامي، (جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية) ص (26).

وكل شي وقال الزبيدي (عقد الحبل, والبيع, والعهد, يعقده عقدا فانعقد, شده وعقد العهد, واليمين يعقدها عقدا وعقدهما اكدهما), وقد صرح ائمة الاشتقاق ان اصل العقد نقيض الحل ثم استعمل في انواع العقود من البيوع وغيرها ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم.⁽¹⁾

كما جاء تعريف اخر للعقد للدكتور ابو ذر الغفاري بشير بان العقد يطلق في اللغة علي الجمع بين شيئين, فيقال عقد الحبل اذا جمع بين طرفيه. كما يطلق عليه ايضا الربط من جانب واحد فيقال عقدت اليمين, ومعدت الشئ مجلسه اي محل عقده, والجمع عقود ومنه قوله تعالى (ياايها الذين امنوا افوا بالعقود) ويطلق ايضا علي التوثيق والاحكام. ومن معني الربط بين شيئين اخذت كلمة عقد لتعني الربط المعنوي لكلام شخصين كما استعملت كلمة عقد بمعني التوثيق لتعني العهد او الضمان.
(2)

والعقد في اللغة هو مايربط بين اطراف الشئ وضده الحل وهو عند العرب يطلق عليه هذا المعني كما يطلق علي كل مايفيد التزاما سواء كان من جانب او من جانبين, ولقد اشار القران الكريم الي العقد في مواضع مختلفة. منها قوله تعالى (ياايها الذين امنوا افوا بالعقود) وقوله تعالى: (واذا قلتم فأعدلوا, ولو كان ذا قربي وبعهد الله افوا) و قوله تعالى: (وافوا بالعهد ان العهد كان مسئولا) وقوله تعالى: (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الادبار, وكان عهد الله مسئولا) وقال تعالى: (واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنتقضوا الايمان بعد توكيدها) والاحاديث النبويه في هذا كثيره مثل ما في الصحيحين عن عبدالله ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصله منهن كانت فيه خصله من النفاق حتى يدعها, اذا حدث كذب, واذا وعد اخلف, واذا عاهد غدر, واذا خاصم فجر) وعن عبدالله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة) وفي صحيح مسلم عن ابي سعيد الخدري عن النبي صل الله عليه وسلم قال (لكل غادر لواء عند استه يوم القيامة) وروي البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صل الله عليه وسلم قال (قال تعالى ثلاثه انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطي بي ثم غدر ورجل باع حرا ثم اكل ثمنه ورجل استاجر اجير فاستوفي منه ولم يعطه اجره).⁽³⁾

⁽¹⁾ المجلة الاسلامية - الجزء رقم 91 الصفحة رقم 210.

⁽²⁾ أبو ذر الغفاري بشير عبد المجيد، العقد والإرادة المنفردة، (مطبعة العملة: الخرطوم، ط4، 2001) ص(7)

⁽³⁾ محمد صالح علي محمد، شرح قانون المعاملات المدنية السوداني، (دار جامعة ام درمان الاسلامية للطباعة والنشر: الخرطوم،

2010)، ج1 - ص(46).

ويرى الباحث ان جميع التعاريف التي تناولتها للعقد في الغه تنصب في ان العقد هو الجمع بين شيئين وربطهما وهو ايضا نقيض الحل وايضا يعني الاحكام والتوثيق، وجاء ايضا هذا في الكتاب والسنة حيث يامر ان بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود والنهي عن الغدر ونقض العهود.

المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه الاسلامي:

المعني الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لايبعد عن المعني اللغوي له بل هو في الواقع تقيد للمعني اللغوي وحصر له وتخصص لما فيه من العموم، والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيه يري ان للعقد معنيين عندهم ويطلق باطلاقين، فنري من عباراتهم مايفيد ان العقد هو الربط بين كلامين ينشا عنه حكم شرعي بالالتزام لاحد الطرفين او كليهما.

وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بانه توافق ارادتين علي انشاء التزام او نقله او انهائه⁽¹⁾ ولذا لانجد اكثر الفقهاء يطلقون علي الطلاق والابراء والاعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني اسم العقد، ويطلقون علي البيع والهبة والزواج والاجارة وغيرها مما لا يتم الا بربط كلامين من طرفين اسم العقد.

وبجوار هذا نجد من الكتاب في الفقه من يعمون فيطلقون كلمة العقد علي كل تصرف شرعي سوا كان ينعقد بكلام طرف واحد ام لا ينعقد الا بكلام الطرفين، ويقولون ان كل ماعقد الشخص العزم عليه فهو عقد، وقد بين ذلك ابوبكر الرازي في احكام القران وهو يري ان العقد اصل اللغة الشد ثم نقل الي الايمان والتصرفات الشرعية، والعقد في نظره كل مالتزم فيه الشخص الوفاء بامر في المستقبل سوا كان ذلك الالتزام بالزام نفسه ام كان بتفاق مع شخص اخر وعلي هذا الاطلاق كثيرون من الفقهاء.

وفي الجملة فان كتب الفقه تذكر كلمة العقد وقد يريد بها احيانا المعني العام وهو المراد للتصرف وتزكرها احيانا وتريد بها المعني الخاص وهو ما لا يتم الا من ربط كلامين يترتب عليه اثر شرعي يقرره الشارع، وهذا المعني هو الشائع الكثير المشهور حتي يكاد يتفرد هو بالاصطلاح، ولذا اذا اطلقت كلمة العقد تبادر الي الذهن اما المعني الثاني فلا تدل عليه كلمة العقد الا بنسبة تدل علي التعميم.⁽²⁾

(1) عبدالرازق السنهوري، نظرية العقد، (دار الفكر الإسلامي الحديث: القاهرة، 2001) ص ص 79-80.

(2) الامام محمد ابوزهرة، مرجع سابق، ص ص (199، 200، 201).

اما معنى العقد في الفقه هو الربط الحاصل بين كلامين او مايقوم مقامهم كالاشارة والكتابة علي وجه يترتب حكم شرعي وقد يراد به ماتم الارتباط به بين الطرفين.(1)

وقد عرف صاحب مرشد الحيران العقد بانه عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد العقادين بقبول الاخر علي وجه يظهر اثره في المعقود عليه ويترتب علي العقد الزام كل واحد من العقادين بما يوجب به العقد للاخر.(2)

كما ان فقهاء الاصول عند تناولهم للعقد انقسموا لعدة اتجاهات فكان الاتجاه الاول وهو ذو نزعة ذاتية ينظر للعقد كالاتزام من ناحية اطرافه وهو قول بعض المالكية فلريهم العقود هي ماتوقف علي الايجاب والقبول فيعرف العقد عندهم بانه ما يتم به الارتباط بين الارادتين من كلام وغيره وتتاول الاتجاه الثاني وهو ذو نزعة موضوعية ينظر للعقد كالاتزام من ناحية محله فيلزم ثبوت الاثر في المعقود عليه لترتب الحقوق والتحمل بالاتزامات.

وهو اتجاه يضع شروط المحل في مقام شروط ترتيب الاتزام ونشاته. اما الاتجاه الثالث فكان يجمع بين النزعة الذاتية والنزعة الموضوعية فيعتبر العقد علاقة بين طرفين تفتقر ارادتين كما ياخذ بالنزعة الموضوعية بوجوب لزوم الاثر علي محل التعاقد، وايضا عرف العقد الامام النجعي بانه [العقد شرعا قول من المتعاقدين او قول من احدهما وفعل من الاخر رتب الشارع الاثر]، كما عرفه الامام الزحلي بانه (العقد هو كل ما عزم المرء علي فعله سواء صدر باراده منفردة ام احتاج الي ارادتين في انشائه)(3)

وايضا عرفه الامام ابن نجيم بانه (العقد هو ربط القبول بالايجاب) وقد جاء للعقد تعريف اخر في كتاب مرشد الحيران بانه (عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد العقادين بقبول الاخر علي وجه يثبت اثره في المعقود عليه)(4) وجاء في القران الكريم في قوله تعالي وقوله تعالي (واوفوا بالعهد ان العهد كان مسولا)(5) وقوله تعالي (واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها)(6)

(1) زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1968)، ص(10)

(2) أنظر المادة 168.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، (دار الفكر: بيروت، 1997)، ط 4، ص(297).

(4) أنظر المادة 262 من كتاب مرشد الحيران.

(5) الآية 34 سورة الاسراء

(6) الآية 91 سورة النحل

وعلي الرغم من ان العقد لم يرد في كتاب الفقهاء كموضوع مستقل وانما تواردت احكامه في ابواب مختلفه منها الا انه يمكن استخلاص هذه الاحكام واستخلاص اراء هؤلاء الفقهاء حولها .

وبنتبع هذه الاراء نجد ان جمهور الفقهاء والاحناف منهم علي وجه الخصوص يطلقون لفظ عقد علي معنيين اولهما هو تعلق كلام احد المتعاقدين بالآخر شرعا علي وجه يظهر اثره في العمل. وثانيهما ان العقد هو ماتم به الارتباط بين ارادتين من كلام وغيره فهو لا يكون الا فيما يقع بين اثنين او اكثر من كلام ويطلق بعض الفقهاء من بينهم الفقيه الحنفي الجصاص لفظ العقد علي ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والاجارة والزواج وما كان للابد لانعقاده من تلاقي ارادتين مظهرهما الايجاب والقبول كالوكالة والوصية علي افراد كما يشمل ما يتم الالتزام فيه بارادة واحده من غير توقف علي الشئ كالطلاق المجرد والعزل من التوكيل.(1)

كما ان اكثر الفقهاء لا يطلقون لفظ العقد علي الطلاق والابراء والاعتاق وغيرهما مما يتم بكلام طرف واحد دون كلام طرف ثاني في حين انهم يطلقون لفظ العقد علي الزواج والبيع والهبة والاجارة وغيرهم مما يتم الا بكلام واحد من طرفين.

وقد اشار الامام ابوزهرة الي ان هنالك من الفقهاء من يعممون فيطلقون لفظ العقد علي كل تصرف شرعي سواء كان ينعقد بكلام طرف واحد ام لا ينعقد الا بكلام طرفين ويقولون ان كل ماعقد الشخص العزم عليه فهو عقد.(2)

وترى الباحثة ان تعريف العقد في الفقه لا يخرج عن كونه تخصيص لتعريفه في اللغة وتقيد العموم الذي ذكر في تعريف العقد في اللغة بالرغم من اختلاف الفقهاء وانقسامهم واراءهم المختلفه. كما ترى الباحثة أيضاً ان المشهور الغالب من اراء الفقهاء يميل الي اطلاق لفظ عقد علي ما يترتب علي الربط بين كلامين او ما يقوم مقامهم من اشارة او كتابه وتكون النتيجة هي احداث اثر شرعي.

المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون:

اما التشريعات المدنية وفقه القانون فلا تختلف في تعريف العقد عن فقه الشريعة من حيث المعني وان اختلفت عنه في صيغة وقد عرف المشرع الفرنسي العقد بانه (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او عدة اشخاص نحو شخص او عدة اشخاص بإعطاء شيء او بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل)(3)

(1) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، (الدار العلمية: القاهرة، 1960) ص(356).

(2) الامام ابوزهرة، مرجع سابق، ص(202).

(3) راجع المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي.

اما القانون المصري المدني لم يورد تعريف للعقد وانما ورد في مشروع تنقيح القانون المدني المصري تعريف للعقد موداه، (العقد اتفاق ما بين شخصين او اكثر على انشاء رابطة قانونيه او تعديلها او انهاءها).⁽¹⁾ ولم يرد هذا التعريف في القانون، ويمكن تعريف العقد بأنه الإيجاب بالقبول على احداث اثر يرتبه القانون وهو تعريف مستمد من الفقه الاسلامي.⁽²⁾

وفي النظام القانوني السوداني و إن كان قانون العقود لسنة 1974 لم يورد تعريف للعقد و اتجهه مباشرة لبيان اركانه وعناصره معتديا بمسلك القانون المدني المصري لسنة 1984م⁽³⁾. على تبرير تجنب الاكثار من التعريفات الفقيهيه في النصوص القانونية نجد ان قانون المعاملات المدنييه لسنة 1984 اخذ بتعريف العقد الوارد بمرشد الحيران فنص في المادة 33(1)- العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه ثبت اثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منه بما وجب عليه الاخر، يجوز ان يتطابق اكثر من ارادتين لاحداث الاثر القانوني.⁽⁴⁾

استخدم قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م كلمة عقد للدلالة علي توافق ارادتين او اكثر علي انشاء التزام يخلق اثر في المعقود عليه ويغير وصفه القانوني سواء كان هذا الالتزام اعطاء لشئ ام اداء لعمل ام امتناعا عن تنفيذ عمل كما يوجب القانون توفر ثلاثة اركان في العقد حتي ينشا عقد صحيحا ومن الاركان هذه الرضا والذي يستنتج من تبادل الطرفين لارادتين هما الايجاب الذي يصدره الموجب والقبول الذي يصدره الموجب له.

وايضا المحل وهو المعقود عليه الذي يظهر فيه التزام كل من الطرفين تجاه الاخر والسبب وهو الغاية المباشرة التي يرمي طرفا العقد الي تحقيقها من ورائه، وتختلف اي ركن من هذه الاركان يجعل العقد باطلا ولا يترتب عليه اثر قانوني.⁽⁵⁾

ويجدر الاشارة الي ان قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 م قد ميز بين العقد والارادة المنفردة كمصدرين مختلفين للالتزام وجعل الارادة المنفردة قادرة علي خلق التزامات ارادية في بعض الاحوال وفق شروط يحددها القانون واوردها في المواد 136- 137 فقد اخذ القانون بمبدا

⁽¹⁾ أنظر المادة 122 من تنقيح القانون المدني المصري.

⁽²⁾ فايز السيد المساوي وأشرف فايز المساوي، عقود البيع، (المركز القومي للإصدارات القانونية: القاهرة، 2009)، ص(25).

⁽³⁾ مجتبي محمد عمر، مرجع سابق، ص45.

⁽⁴⁾ راجع المادة 133 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽⁵⁾ ابوذر الغفاري بشير- مرجع سابق ص(8).

سلطان الإرادة كقاعدة عامة فنص علي (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا بتفاه الطرفين او لاسباب التي يقرها القانون)⁽¹⁾.

بناء علي هذا النص فان العقد مصدر التزام ارادي لا يستمد قوته من القانون ولكن من تراضي اطرافه عليه ويقتصر دور القانون علي ضمان تنفيذ العقد وترتيب الجزاء الملائم عند الاخلال به غير ان حرية الاطراف في انشاء العقد وتحديد الشروط التي تحكمه ليست حرية مطلقة فقد نص القانون علي عدد من القيود التي تحد من قدرة الإرادة علي انشاء التزامات وتقلل من قيمة الطابع الفردي لسلطان الإرادة.

فمثلا اذا كان الاثر الذي تحدثه الإرادة مناقضا لاحكام النظام العام والاداب فانه يكون باطلا ولايرتب عليه اي التزام ويمكن للمحكمة ان تتدخل من تلقاء نفسها لتقرير ذلك الاثر.⁽²⁾

وبالبحث في نص المادة 33 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983 م نجد انها تشتمل علي اركان العقد التي يرتبها المشرع السوداني وهي طبقا لهذا النص تنحصر في عبارتين الايجاب والقبول وفي العاقدين ومن ثم المعقود عليه، وهذه كلها لابد من توافرها في المامله حتي تعتبر عقدا اذ يجب ان يتوفر في كل عقد ايجاب وقبول صادرين من عاقدين بصيغة تفيد ارتباط الايجاب بالقبول علي محل يقع عليه التعاقد ويكون ذلك الايجاب والقبول بخصوصه.

ففي عقد البيع مثلا لابد من وجود بائع ومشتري او من يمثلهما ولا بد ان يصدر منهما مايدل علي رغبتهما في البيع والشراء وكذلك لابد من الشيء المبيع وهو مايلزم الوفاء به مقابل عقد محدد⁽³⁾. ويلاحظ ان المشرع السوداني قد استعار تعريف العقد من صاحب مرشد الحيران الذي عرف العقد بانه (عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر علي وجه يثبت اثره في المعقود عليه) والعقد حسب التعريف السابق هو ارتباط الايجاب بقبول اي هو ارتباط ارادتين متطبقتين وليس اراده واحده. فهذا التعريف يبعد الإرادة المنفردة والمشرع السوداني عندما جري علي هذا المجري انما اتبع في ذلك العديد من الفقهاء الذين لا يرون في الإرادة المنفردة عقد امثال الدسوقي وهو احد فقهاء المالكية اذ هو يعرف العقود بقوله (العقود هي ماتتوقف علي الايجاب والقبول) والنجعي وهو احد فقهاء الشيعة يقول (العقد شرعا قول المتعاقدين او قول من احدهما وفعل من الاخر رتب الشارع الاثر المقصود عليه.

(1) راجع المادة 113 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

(2) المادة 83 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983

(3) راجع نص المادة 33 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

يقول الدكتور السنهوري عن تعريف العقد كما ورد بمرشد الحيران انه (ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي دون النزعة الزاتية فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لامن حيث انه ينشي التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعني البارز في النزعة الزاتية بل من حيث انه يثبت اثره في المعقود عليه اي يغير المحل من حاله الي حاله وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي اشرنا اليها).⁽¹⁾

ولقد انحصر ماينشئه العقد بحسب الاصل في الحقوق والالتزامات هذا بالاضافة الي ان العقد هو الذي يعدل الالتزام او ينقله او يزيله، ففكر التعاقد او العقد هي اوسع من ان تقف مهمتها عند نشأة الالتزام بل ان مهمتها تمتد ايضا حتي انتهاء الالتزام وانقضائه، فصلة الالتزام بالعقد ليست كصلة اي شي بمصدره حيث تنحصر اهمية هذا المصدر وقت انفصال الشئ عنه ثم تنقطع كل صلة بينهما ولا يبقى بعد ذلك سوي دلالة الشئ علي مصدره كدلالة المولود علي جنس والده ولا شي اكثر من ذلك. يختلف عن هذا كله الالتزام بمصدره العقد فاهمية فكرة العقد لا تتوقف في انها اساس قيام الالتزام التعاقدية فحسب بل ان العقد يكون فضلا عن هذا اساس تعديل الالتزام او نقله كما يكون اساس انقضائه فصلة الالتزام بمصدره ليست صلة نشأة فقط بل انها صلة دائمة مادام الاثر الالتزام قائما هي صلة ابتداء وانتهاء، ابتداء بنشأة الالتزام وحتى انقضائية ولهذا اثره الواضح حيث تتعكس طبيعة العقد علي الالتزام.

ان الالتزام يمر كاي كائن بثلاثة مراحل مرحلة القيام او النشأة ومرحلة الحياة او التنفيذ ومرحلة الانقضاء او الانتهاء وفكرة العقد فيها من قوة الصلة والامتزاج بنشأة الالتزام مالا يحتاج الي بيان فهذه وليدة تلك ولولا العقد ما قام التزام تعاقدية وليس الامر هكذا من الوضوح بالنسبة لمدي قوة الصلة بين العقد كمصدر من جهة وحياة الالتزام كمرحلة من مراحلها من جهة اخري، ان فكرة العقد متداخله في حياة الالتزام بصورة يصعب الفصل بينهما وان جاز التخفيف من هذا التداخل بوضع فواصل التفرقة بين العقد كمصدر والالتزام كأثر فانه يستحيل في مرحلة تنفيذ الالتزام استقلال احدهما عن الاخر استقلالاً مطلقاً لا من الناحية النظرية ولا من الناحية العملية.⁽²⁾

(1) جميل الشرفاوي ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مارس 1974م، ص 51-52.

(2) الامام ابو زهرة، مرجع سابق، ص(209)

رأي الباحث: ان تعريف العقد في القانون جاء موضح لاركان العقد الذي لا يكون صحيحا الا بتوفرها وهي اركان ثلاثة جاءت موضحة في كل القوانين المدنية اذ لا يكون العقد صحيحا الا باكتمالها وتوفرها، كما ترى الباحثة أيضاً أن العقود في القانون هي ما تتوقف على الإيجاب والقبول.

المبحث الثاني اركان العقد في الفقه الاسلامي والقانون

المطلب الاول: أركان العقد في الفقه الاسلامي:

ولقد عرف الفقهاء الركن بانه (هو ما تتكون منه حقيقة العقد ولا تثبت ماهيته ثبوتاً حسياً الا به)⁽¹⁾ وايضا عرفه بانه ما يتوقف عليه وجود الشيء وان كان غير داخل في حقيقته اختلف الفقهاء في ماهية هذه الاركان فالحنفية قالو بمناسبة عقد البيع بان للمبيع ركن واحد وهو الايجاب والقبول الدالان علي تبادل الملكية بين البائع والمشتري من قول او فعل وبعضهم يقول ان له ركنين الايجاب والقبول والاخذ والاعطاء.

فهم بذلك ينظرون الي الركن الحقيقي وهو ما كان اصلا للشي داخل فيه والحنفية اذ يقولون ذلك انما ينفردون بهذا الري اذ ان ماعداهم يقولون بان ركن العقد هو مالابد منه لتصور العقد ووجوده سواء كان جزاء منه ام مختصا به ولذلك فان اركان العقد عندهم هي العاقد ومحل العقد والصيغة التي يتكون منها العقد.

ولقد اعتبرو ان لعقد البيع ستة اركان اذ قسموا كل ركن من الاركان الثلاثة المذكورة الي قسمين فالعاقد اما ان يكون بائعا او مشتريا والمعقود عليه اما ان يكون ثمنا او مئثنا والصيغة اما ان تكون ايجابا او قبولا ولكل ركن من هذه الاركان الست احكام وشروط⁽²⁾.

وايضا عرف الركن بانه جزء الشيء الجوهرى الذي يتركب منه بحيث يتحقق به وجوده وينتفي بانتفائه اي انه قوام الشيء ووجوده بما يعد جزا في ماهيته فمثلا ركن القياس العلة فاذا سقطت العلة يسقط القياس برمته.

(¹) الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص(356)

(²) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (دار الكتب العلمية: القاهرة، 2003)، مجلد2، ص(155).

واختلف العلماء في اركان العقد علي اقوال ذهب بعضهم الي ان اتفاق الارادتين والتعبير عن ذلك الاتفاق بالايجاب والقبول هما ركنا العقد لذلك يري اصحاب هذا الاتجاه ان العاقد ليس ركنا كما ان الفاعل ليس من ماهية الفعل⁽¹⁾.

ويري الامام الغزالي ان العاقدين والايجاب والقبول بوصفهما الجانبين الاساسيين، اما الامام القرافي فيري ان اركان العقد (العاقدان والعوضان) اما الحنفية والحنابلة فقد ذهبا الي ان ركن العقد هو الصيغة ارتباطا بالايجاب بالقبول كما يري الامام الزرقا ان العاقدين ومحل العقد من مقومات العقد وليس من اركانه والمقوم اعم من الركن. ويعتبر فقهاء المسلمون ان الصيغة هي ركن من اركان العقد وهي الشكل القانوني المعبر عن الارادة الباطنة ويتفق الدارسون ان الفقه الاسلامي يتسم بنزعة موضوعية اي انه يلتزم فيما يقتضيه حال العقد فان كان يحتاج الي ارادة ظاهرة دون الباطنة لانها هي المظهر الخارجي للارادة والمعبر المعتمد به فيها هو اللفظ وتنزلا تعتبر الكتابه ثم الاشارة مما يقوم مقام اللفظ ويؤخذ اللفظ بمعناه الظاهر فمتي كان اللفظ واضحا جاريا علي التخاطب في عرف المتعاقدين اغني عن التفحص عن النية ولكن في الوقت ذاته لا يهدر الارادة الباطنة اذ يرجع اغلب الاثار المترتبة علي المقصود دون التعويل علي النطق ومن تلك اجازة الفقهاء لبيع المعطاه.

قال الفقهاء لا ينحصر البيع بتحقق اللفظ وتكفي المعطاه وتجزي كما يجزي العقد اللفظي في جميع المعاملات الا ماخرج بالدليل كالنكاح والطلاق والنذر واليمين.

كما ان الصيغة عبارة عن ايجاب يعقبه قبول وقد اثر الفقهاء المسلمون اشتراط ان يكون لفظ الايجاب والقبول بالماضي لانه المظهر الواضح للتعبير الجازم وفيه الدلالة علي الجزم اما صيغة المضارع والامر والاستقبال والاستفهام والجملة الاسمية فلانها تحتمل عدم الجزم فلم يوترها الفقهاء في تنجيز العقد.⁽²⁾

ويقول المحقق الحلبي بان العقد (لا ينعقد الا بلفظ الماضي ولو استعمل غيره وان حصل القبول لم يصح)⁽³⁾

وهناك اراء مختلفة ولكن الراجح انه ينعقد فقط بالماضي فاذا وقع بالامر او الاستفهام لا يقع كما لو قال بعني واجابه بعنك فقد قالو ينعقد وكذا بالمضارع تبييني فاذا اجابه بعنك ينعقد ولا ينعقد

(1) عبد الأمير كاظم زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلام، (مجلة حولية المنتدى الإصدار 7: الكوفة، 2011)، ص(19).

(2) عبد الأمير كاظم زاهد، مرجع سابق، ص(20).

(3) الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في الفقه الشافعي، (دار الكتب العلمية: مصر، 1948) ص(66).

بصيغة الاستفهام اتفاقاً. (1) وقال الحنفية اذا كان الايجاب بصيغة الامر مثل بعني سيارتك لا ينعقد الا اذا قال المشتري اشتريت، اما عند الامام الشافعي فينعقد قائسا علي الفاظ الزواج واعترض علي استعمال الماضي فقالوا انها لزمان مضي وضعا الا ان العرف جعلها للحال والعرف حاكم علي الوضع. (2)

اذا كل لفظ دلت صيغته علي الحال والجزم يؤخذ بوصفه معبرا عن الارادة وينعقد العقد به ولا يعدل به الي فحص مراد الارادة الباطنة وكل لفظ احتملت دلالة علي الحال والاستقبال تقع الحاجة فيه الي تعيين النية وكل لفظ احتمل دلالة الاستقبال لا ينعقد به العقد.

وجاء في الشرائع في عقد البيع انه (لفظ دال علي نقل الملك من المالك الي اخر بعوض معلوم ولا يكفي التقابض من غير لفظ وان حصل بالامارات مايدل علي ارادة البيع ويقوم مقام اللفظ الاشارة مع العذر وفي تقديم الايجاب شرطا علي القبول تردد والاشبهه عدم الاشتراط). (3)

بينما قال الامام فتح القدير العبرة بالنية لا بالصيغة يقول فكما لا ينعقد اذا قال بعت بالماضي هزلا ينعقد لو قال ابيحك بالمضارع صادقا لكن هذه محاوله منه للعدول عن المعايير المتعارفه باعمال علي ظاهرة وهي دعوي لا اثر لها ان الفقهاء غير غافلين عن ان العبرة في التصرفات بالارادة لا بصيغة الا انهم يستخلصون الارادة الباطنة من الصيغة فالصيغة اذا تمخضت عن معني وجب الوقوف عندها وليست الصيغة الا قرينة علي هذه الارادة. (4)

كما اعتبر فقهاء المسلمين ان العاقدان ركن من اركان العقد وهما الشخصان المعبران عن طرفي العقد والطرفين اللذان تقع عليهما التزامات العقد وقد يكونان شخصين منفردين او متعددين كما في صورة تخارج الورثة وقد يكونان اصليين او نائبين عن غيرهما ويجب ان يتمتع كل منهما بالاهلية والاهلية لغة هي الجدارة والكفاية لامر من الامور وشرعا هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله اهلا للخطاب الشرعي اي صلاحية الشخص بان تكون له حقوق وعليه واجبات وهي نوعان اهلية الوجوب واهلية الاداء (5)

(1) زين الدين الجبعي، مسالك الأفهام (دار النشر العربي: بيروت، ب ت) ص(4)

(2) محمد جواد، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة، (مؤسسة النشر الإسلامي: مصر، ب ت)، ص(35).

(3) بن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد، روضة الناظر وجنة المناظر، (مؤسسة الريان، بيروت، 1972م) ص(79).

(4) عبد الأمير كاظم زاهد، مرجع سابق، ص21.

(5) عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، (مؤسسة الرسالة ناشرون: بيروت، 2005) ص(3).

عرفوا اهلية الوجوب بانها صلاحية الشخص لتحقيق الحقوق المشروعة له او عليه،⁽¹⁾ وتعرف عند اهل القانون بالشخصية القانونية اما ان تكون طبيعية او معنوية فالطبيعي هو الانسان والمعنوي هو الحكمي او الاعتباري وهو كيان مولف من مجموعة من الاشخاص يهدفون الي غاية لهم ذمة مالية مستقلة عن ذمم الاشخاص المكونين لها كالشركات والجمعيات والمنظمات وتثبت اهلية الانسان الطبيعي والمعنوي بمجرد وجوده فالجنين في بطن امه له اهلية وجوب الي ما بعد موته وتصفية تركته وما يترتب علي اهلية الوجوب لا ينشا من تصرف قولي او فعلي انما مجرد وجوده كائنا له ذمة اي ان اهلية الوجوب توجب عليه مسؤولية تقصيرية اما المسؤولية التعاقدية فلا تتحقق عليه الا بعد اكتسابه اهلية الاداء وهذه لا تنعدم لانها تدور مع الوجود الفعلي وجودا وعدما.

كما تعتبر اهلية الوجوب نوعان اهلية وجوب ناقصة وهي مالا مجال فيها لترتيب الالتزامات علي صاحبها كالحمل في بطن امه ودور الانفصال الي سن التمييز ودور التمييز الي سن البلوغ مع الرشد اما النوع الثاني فهو اهلية الوجوب الكاملة والتي يعتبر فيها الشخص اهلا لترتيب الالتزامات عليه وهو الشخص البالغ العاقل الراشد.⁽²⁾

اما اهلية الاداء فقد عرفها دكتور الخفيف بانها (صلاحية الانسان ان يطالب لنفسه بحق وان يطالب بما عليه من حق للغير وتعتبر عبارته في انشاء العقود وتترتب عليها الاثار الشرعية) اي انها صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها وبعبارة اخري صلاحية الشخص لا نشاء التصرفات القولية علي وجه يعتد به شرعا.⁽³⁾

وايضا المقصود بها صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه علي وجه يعتد به شرعا وكل من ثبتت له اهلية الاداء فقد ثبتت له اهلية الوجوب وليس العكس وتقترن اهلية الاداء بالسن والرشد والاختيار فاذا انعدم التمييز انعدمت اهلية الاداء لذلك يشترط في العاقد حتي تترتب الاثار علي عبارته ان تكون له اهلية اداء وعليه يشترط ان يكون عاقلا راشدا مميزا غير مكره، وعليه تقسم العقود من جهة تحقق الاهلية الي عقود نافعة نفعاً محضاً وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع له مثل الهبة للموهوب له وهذه العقود تصح لمن له اهلية الوجوب، وايضا تقسم الي عقود ضارة ضرراً محضاً مثل عقود التبرع بالنسبة للمتبرع وهبة الواهب ووقف الواقف وابرا الغير عن الدين وهذه لا تصح الا من اكتملت اهليته، ثم الي عقود دائرة بين النفع والضرر وهي عقود المعاوضة وهي علي

(1) عبد الأمير كاظم زاهد، مرجع سابق، ص 27.

(2) عبد الأمير كاظم زاهد، مرجع سابق، ص 28.

(3) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، (شركة الطبع والنشر الاهلية: العراق، 1977) ص (116).

نوعين عقود الادارة مثل عقد الايجار للموَجِر وعقود علي ملكية العين عقد التصرف كالبيع والشركة فمن كانت له اهلية كاملة كان له مباشرة هذه العقود جميعا ومن كانت له اهلية ناقصة كالصبي المميز فله ممارسة التصرفات النافعة نفعا محضا اما الدائرة بين النفع والضرر فهي عقود موقوفه علي اجازة الولي بالنسبة للصبي المميز الذي له ان يقبل الهبة او الابرء من دين عليه.

كما اشترط الفقهاء تعدد العاقد اي ان يكون العاقد متعددا الموجب والقابل فلا يكون وكيل البائع وكيفا للمشتري بذاته الا الاب ووصية القاضي. اما النيابة في العقد وهي ان يقوم شخص مقام اخر بالتعاقد نيابة عنه علي ان تضاف اثار العقد للاصيل ويسمي العاقد النائب عن الاصيل.⁽¹⁾ اما الركن الثالث فهو المحل الذي يختلف بحسب طبيعة العقد ذاته فالعقد المالي محل العقد هو المبيع والتمن وعقد الزواج محل العقد هو حلية المعاشرة بمعناها العام والالتزامات المتبادلة بين الزوجين وعقد العمل محله الافادة من قوة العمل ويصح ان يرد علي غير ذلك مما لا يكون ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام العام والاداب وللتفريق بين محل العقد ونوع الالتزام نجد ان محل العقد ماورد عليه العقد ومحل الالتزام ماينفذ من الاتفاق ففي عقد البيع محل العقد هو المبيع والتمن ومحل الالتزام هو تسليم المبيع والتمن اذا محل العقد هو مايقع عليه الالتزام وهناك ربط وثيق بين محل العقد واثاره لذلك قيل ان محل العقد ماتتعلق به احكام العقد واثاره او ماكان التعاقد بخصوصه.

ولقد اختلف الفقهاء في ما اذا كان المحل ركن من اركان العقد ام ركن في الالتزام فذهب بعضهم الي الاول وذهب غيرهم الي الثاني، هنالك شروط يجب توافرها في المحل وهي اولاً ان يكون محل العقد موجودا او ممكن الوجود ويقصد به ان يكون محل العقد موجودا فعلا اذا كان الحق عينيا وقت ابرام العقد لذلك يسمي الحق العيني اما اذا كان محل العقد من المنافع فشرطه الامكان اي ان يكون ممكن الوجود فاذا تبين ان المحل غير موجود فلا ينعقد العقد ولا ينشأ الالتزام.

اما امكانية وجوده في المستقبل فيجب ان يعين تعيينا غير قابل للجهالة والغرر وعند الفقهاء فان بيع المعدوم من الاعيان باطل حتي لو كان ممكن الوجود او ممكن ان يتحقق في المستقبل لقوله (ص) لا تبع ما ليس عندك.⁽²⁾

(1) عبد الأمير كاظم زاهد، مرجع سابق، ص37.

(2) عبد الأمير كاظم زاهد، أحكام النهر الدولي في الفقه الاسلامي، مؤسسة العارف للطبوعات: العراق، 2008) ص(72).

اما الشرط الثاني الذي اشترطه الفقهاء في المحل ان يكون محل العقد مملوكا ملكا شخصيا فلا يجوز التعاقد علي ما يشترك المسلمون فيه قبل الحيازة كالكلا والماء. (1)

وايضا اشترط فقهاء المسلمون ان يكون محل العقد معلوما من المتعاقدين معا وقت العقد او قابلا للتعين بما ينفي الجهالة المؤدية الي النزاع فاذا كان عينا فيجب تعينه وتحديد اوصافه فاذا كان المبيع معين بنوعه فيلزم تعين المقدار والوصف اما اذا كان عملا او الامتناع عن عمل فعليه توصيفه بشكل دقيق. (2)

اما مشروعية محل العقد والمراد به قابلية المحل للتعاقد ان يكون المحل موجودا مقدورا علي تسليمه ومعينا ولكن يلزم ان يكون صالحا للتعامل فهناك اشياء لا تصلح للتعامل اما لطبيعتها او الغرض الاساسي الذي فيها او الي القانون والنظام العام والاداب فمثلا الشمس والهواء والانهار والبحار فهذه كلها ليس بمقدور الانسان بيعها والتداول فيها للاستحالة اي لعدم القدرة علي تملكها وعدم مقدورية التسليم. (3)

اما الغرض الذي خصص له الشيء مثل الاملاك العامة فهي موارد عقارية مخصصة للمنافع العامة ومثل الوقف الخيري فهو مخصص لتقديم نفع اجتماعي لفئة. (4)

اما اذا كان المانع يرجع الي القانون فلا يجوز بيع المحرمات ومالا يصح الانتفاع بها شرعا علي وجه مثل بيع الاثار القديمة وبيع المخدرات وكلها تخرج من مشروعية التعامل بحكم القانون فلا تكون محلا للحقوق المالية وكذلك حينما تصدر الدولة امرا بمقاطعة بضاعة معينة، اما النظام العام والاداب فتلك التي تمس المصالح العليا للمجتمع سوا كانت اجتماعية او اقتصادية او سياسية والتي تعلق علي مصالح الافراد ويختلف مفهوم النظام العام باختلاف الازمان والامكنة فمعيار النظام العام النص والمصالح العامة ومعيار الادب القيم المجتمعية غير المتعارضة مع النص والناموس الادبي والاعراف المتوارثة.

(1) عبد الأمير كاظم زاهد، فقه الوقف دراسة استدلالية، (مجلة الاجتهاد والتجديد 6: الكوفة، 2007) ص(110).

(2) عبد الأمير كاظم، نظرية العقد في الفقه الإسلام، مرجع سابق، ص41.

(3) سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني أبو القاسم، معجم الطبراني الكبير، (مكتبة بن تيمية: القاهرة، 2008) ص(200).

(4) عبد الأمير كاظم زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلام، مرجع سابق، ص42.

ومن الامثلة علي محل العقد الممنوع لمخالفة النظام العام ان لا يجوز النزول عن حق الترشيح للنيابة البرلمانية بمقابل او بدون مقابل ولا يجوز التنازل عن الحرية الشخصية مقابل عوض او بلا مقابل. (1)

رأي الباحث: ان اركان العقد في الفقه الاسلامي متمثلة في الصيغة والعاقدان والمحل برغم من اختلاف الفقهاء علي هذه الاركان سواء من ناحية الصيغة او العاقدان او اختلافهم في المحل ففي رأي ان هذه الاركان هي اساس العقد وجوهره. ومن خلال بحثنا وجدنا برغم من الاختلاف بين الفقهاء ولكن اغلبهم قد اجتمع علي هذه الاركان الثلاثة.

المطلب الثاني: اركان العقد في القانون:

قيام العقد في القانون يتطلب وجود ثلاثه اركان له وهي الرضا والمحل والسبب كما يتطلب القانون وجود شروط معينة في كل ركن من هذه الاركان ورتب جزاء البطلان علي مخالفة تلك الشروط (2).

والمقصود بالرضا في القانون توافق الارادتين وهو الاساس الحقيقي الذي يقوم به العقد ويدور معه وجودا وعدما ولذلك فانه يشترط لوجود العقد توافر الرضا اي ان توجد الارادة في كل من طرفيه ويقصد بذلك الوعي لما التزم به المرء مع انصراف قصده الي ذلك كما يتعين ان يكون بصدد ارادة جادة حقيقية وبالتالي فان الارادة الهازلة او الصورية التي لا وجود لها لا تؤدي الي انشاء العقد. والارادة الجادة الحقيقية لا بد ان تخرج الي العالم الملموس اذ لا اثر لتلك التي تظل حبيسة النفس والضمير وخروجها يتم بالتعبير عنها اما صراحة او ضمنا دون التقيد بشكل خاص فهو يتم باللفظ او الكتابة او الاشارة او اتخاذ موقف يكشف عن حقيقة الامر المراد هذا ويلزم فوق ذلك ان تتوافق ارادة الطرفين علي انشاء ذلك العقد ويقع ذلك التوافق عن طريق الايجاب والقبول واقترانهما سواء تم ذلك التوافق من اصحاب الشأن بالاصالة عن انفسهم او بواسطة اخرون يقومون مقامهم في عقده اي التعاقد بطريقة النيابة الا ان توافر الرضا لا يكفي بذاته وانما يتعين خلوه من شوائب الفساد بان يكون صحيحا وصحة الرضا تتطلب صدورهم من ذوي اهلية مع خلوه من عيوب الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال والتي من شأنها ان تلحق الفساد به. وعلى ذلك فقد عالجت مواد قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 عنصر الرضا و اختصت به المادة 33 فجاءت بأحكام خاصة للارادة والتعبير

(1) عبد الأمير كاظم زاهد، مرجع سابق، ص43.

(2) محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، مصادر وأحكام الالتزام، (المطبعة الوطنية: الخرطوم، 2006) ص(34-35)

عنها و توافق الارادتين واخيرا التعاقد بطريق النيابة و منثم جاءت المواد 33-52 مقررته الاحكام المتعلقة بالرضا من حيث وجود الاراده و التعبير عنها وتوافقها مع اراده اخرى بجانب امكان حلول تلك الاراده محل اراده اخرى في ابرام التصرفات القانونيه اي النيابة(1).

اذا الاراده لا يتصور صدورها من شخص معدوم الاراده ولذا يشترط القانون في صاحب الاراده ان يكون متمتعا بقواه الذهنيه ومن ثم فلا اراده للطفل الغير مميز والمجنون كما لا اراده لمن فقد الوعي.(2)

اما الالية التي يعرف بها وجود الرضا هي ان يعبر شخص عن ارادته في احداث اثر قانوني بينه وبين شخص اخر وان تنطبق هذه الارادة مع ارادة يعبر عنها ذلك الشخص الاخر وتتجه الي احداث نفس الاثر اي ان يصدر ايجاب من الشخص الاول ويقترن به قبول صادر من الشخص الاخر. وقد نص قاون المعاملات المدنية لسنة 1984 علي هذا المعني (يتم ارتباط الايجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة اي قيود يقررها القانون لانعقاد العقد)(3). فالايجاب والقبول هما وسائل التعبير عن الارادة التعاقدية ولا يكتمل ركن الرضا الا بتطابقهما.

والايجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه علي وجه جازم عن نيته في ابرام عقد معين. وهو بهذا التعريف الارادة الاولى التي تظهر في التعاقد فاذا اقترن بها قبول الطرف الاخر فينشا العقد وتترتب عليه اثاره.

وليس من الضروري صدور الايجاب من الشخص الطبيعي فقط فيمكن ان يصدر من الشخص الاعتباري ايضا كالدولة والموسسة والمنظمة والشركة وغيرها من الاشخاص الاعتباريين.(4) يشترط في الايجاب وجود عنصرين حتي ينشا ايجابا تاما وهما التعبير عن الايجاب والنية الجادة للدخول في التعاقد، ويقصد بالتعبير عن الايجاب ان يكون الايجاب تعبيراً صريحاً او ضمناً يستشف من ظروف التعاقد وعلاقة اطرافه وهو الذي يقصد به اظهار الارادة بصورة مباشرة وذلك باتخاذ وسائل تودي بذاتها الي الافصاح عن الايجاب حسب العرف الجاري بين الناس.(5)

(1) راجع المواد 33-52 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

(2) المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م.

(3) المادة 34 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

(4) المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م، ص94.

(5) المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م، ص91.

وقد عدد قانون المعاملات المدنية وسائل التعبير الصريح عن الإرادة حيث نص على (يكون التعبير عن الإرادة بالفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادأة الدالة على التراضي كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتة) (1)، وبناء على ذلك فإن وسائل التعبير التصريح عن الإيجاب متمثلة في الألفاظ وهي الكلمات المنطوقة سواء كانت مباشرة أو عن طريق أحد وسائل الاتصال الحديثة كالتلفون والتلفزيون والراديو.

ولا يشترط أنت تكون هذه الألفاظ بلغة معينة فكل لغة تؤدي إلى فهم المعنى لدى الطرف الأخر تعتبر لغة فعالة للتعبير عن الإيجاب، وإيضاً متمثلة في الكتابة التي يمكن التعبير بها كما في حالة الإيجاب بواسطة الخطاب أو الصحيفة أو الفاكس والكتابة وسئلة مقبولة في التعبير سواء كان المستند المطلوب رسمياً أو عرفياً موقفاً أو غير موقع وفي بعض الأحيان يشترط القانون أن يكون العقد مكتوباً وإلا كان باطلاً مثل الكتابة في عقد العمل والمقاول (2).

أما الوسئلة الثالثة للتعبير الصريح في الإشارة التي اعتدت بها القانون للتعبير عن الإيجاب سواء صدرت من شخص أخرس أو شخص سليم فهناك بعض الإشارات التي اعتاد الناس عليها فأخذت دلالات محددة في التعامل مثل هز الرأس أفقياً دلالة على الرفض أو هزه رأسياً دلالة على الرضا فمثل هذه الإشارات وكل إشارة شائعة الاستعمال لها معنى واضح عرفياً يمكن التعبير بها عن الإيجاب.

أما الوسيلة الرابعة فهي المبادأة الفعلية الدالة على التراضي وهي المعاطاه أي الأخذ والتسليم دون أبداً وسيلة أخرى للتعبير كالكلام أو الإشارة.

نجد أن القانون لم يشأ أن يحدد وسائل التعبير عن الإرادة في أطر معينة وإنما فتح الباب واسعاً أما أي وسيلة تؤدي إلى فهم التعبير عن الإرادة وترك لأطراف التعاقد حرية اختيار الوسيلة المناسبة للتعبير وفقاً للنص الوارد (كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتة على حقيقة المقصود). (3)

أما التعبير الضمني وهو الذي يؤدي إلى الإفصاح عن الإرادة بصورة غير مباشرة حيث لا يمكن معرفة الإرادة إلا عن طريق الاستنتاج. وفي هذه الحالة فإن التعبير لا يأخذ شكلاً محدد للكشف عنه وإنما يمكن تأويل وجوده من الظروف المحيطة بالتعاقد وهو وسيلة فعالة للتعبير عن

(1) المادة 35-1.

(2) المادة 3/402 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

(3) أبو ذر الغفاري، مرجع سابق، ص 16.

الايجاب الا اذا اشترط القانون ان يكون التعبير صريحا او اتفق الطرفان علي ذلك⁽¹⁾، نص قانون المعاملات المدنية لسنة 84 علي (يجوز ان يكون التعبير الارادة ضمنيا مالم ينص القانون او يتفق الطرفان علي ان يكون صريحا).⁽²⁾

والعنصر الثاني الذي يشترط وجوده في الايجاب هو النية الجادة للدخول في التعاقد ولا بد ان يكون الايجاب جازما وباتا وان يتجاوز مرحلة المفاوضات والمناقشات التي تقود الي ابرام العقد او عدمه فيجب علي الموجب ان يكون جاد النية اذا عبر عن نيته في التعاقد وكان مستعدا لتنفيذ التزامه اذا تم القبول اما اذا كان التعبير قابل للنقاش فانه يعتبر مجرد دعوة للطرف الاخر للتعاقد ولا يترتب عليه التزام قانوني وليس هناك مقياس حاسم وقاطع يمكن استخدامه لمعرفة ما اذا كان التعبير ايجابا ام مجرد دعوة للتعاقد فالمقياس الوحيد هو تقدير كل ظروف التعاقد وعلاقة المتعاقدين والالفاظ المستخدمة في التعبير من اجل الوصول الي قرار حول ما اذا كان التعبير جادا وبالتالي يكون مشتملا علي ايجاب او غير جاد ومن ثم يكون مجرد دعوة للتعاقد.⁽³⁾

اما القبول فهو تعبير الموجب له عن رضائه بالايجاب كما صدر من الموجب وبهذا فهو الارادة الثانية التي تظهر في التعاقد وبانطباقها مع الايجاب يتم ابرام العقد، والتعبير عن القبول يتم بكل الوسائل التي يعبر بها عن الايجاب فوفقا لنص المادة 35 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 يمكن ان يكون التعبير صريحا بالفظ والكتابة والاشارة المتداوله عرفا ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الداله علي التراضي واي موقف لا يدع ظروف الحال شك في دلالة علي حقيقة المقصود كما يمكن ان يكون التعبير ضمنيا يستشف من ظروف الحال ومن الوقائع التي تحيط بالتعاقد اذا لم يشترط القانون او يتفق الاطراف علي غير ذلك.⁽⁴⁾

وتعيين اللحظة التي ينتج عنها القبول اثره له اهمية خاصة لانه يحدد وقت انطباق القبول مع الايجاب حيث يبدأ العقد في ترتيب اثره القانونية ومن ثم لايجوز للموجب ان يتراجع عن ايجابه، القاعدة التي يتبناها القانون السوداني في انتاج القبول لاثره هي نفس القاعدة التي تبناها في حالة الايجاب حيث يعتبر القبول فعلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الموجب.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م، ج1، ص(91).

⁽²⁾ المادة 2/35.

⁽³⁾ أبو ذر الغفاري، المرجع السابق، ص17.

⁽⁴⁾ المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م، ج1، ص95.

⁽⁵⁾ أبو ذر الغفاري، مرجع سابق، ص25.

حتى يكون الرضا الصادر من المتعاقد صحيحا فلا بد ان يكون المتعاقد ذا اهلية لابرار العقد اي له القدرة القانونية لاجراء ذلك العقد وتنقسم الاهلية الي قسمين اهلية وجوب واهلية اداء والاهلية عموما هي صلاحية الشخص للالتزام والالتزام اي القدرة علي تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات وممارسة التصرفات القانونية فيكون الشخص ذا اهلية اذا صار قابلا لان تثبت له حقوق مشروعة او تثبت عليه واجبات مشروعة وقادرا علي ابرار التصرفات القانونية المختلفة من عقود واردة منفردة.(1)

وتنقسم الاهلية الي قسمين اهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لان تثبت له حقوق وتقرر عليه واجبات بغض النظر عن مقدرته علي اجرا اي تصرف قانوني،(2) واهلية الاداء هي صلاحية الشخص لمباشرة الصلاحيات القانونية باعتبارها اسبابا منشئة للحقوق والالتزامات او هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق.(3)

الاصل في الشخص كمال الاهلية اذ يفترض القانون ان كل شخص ذو اهلية كاملة الا اذا ورد حكم قانوني بتقييد هذه الاهلية او انعدامها وقد نص قانون المعاملات المدنية لسنة 84 علي ان كل شخص اهل للتعاقد مالم تسلب اهليته او يحد منها بحكم القانون(4)، ويترتب علي هذا النص ان كل شخص يفترض فيه القدرة علي اجراء مختلف التصرفات القانونية ولا يكون فاقد الاهلية او ناقصها الا بنص قانوني كما يلقي عبء اثبات نقص اوفقدان الاهلية علي الطرف الذي يدعيه فاذا ادعي احد الاطراف ان العقد الذي اجرا عقد قابل للابطال لانه ناقص الاهلية عند ابرار العقد فعليه عبء اثباته واذا نجح في اثباته فيمكن له ان يبطل العقد وفي هذه الحالة لا يجوز للطرف الاخر الدفع بانه كان يعتقد انه يتعاقد مع شخص كامل الاهلية . بيد ان هذا النص لا يحجب المحكمة عن تقرير الوضعية القانونية لاحد الطرفين من حيث انعدام الاهلية فاذا تبين لها ان احد طرفي العقد معدوم الاهلية فيمكن لها ان تقرر بطلان العقد من تلقاء ذاتها وان لم يثر هذا الدفع امامها.(5)

اما الركن الثاني فهو محل العقد الذي يشترط القانون توفره حتي ينشا عقدا صحيحا فاذا لم يكن للعقد محل ينعقد فيه الالتزام الناشئ عنه فان العقد يكون باطلا ولا يترتب عليه اي اثر، والمحل هو ما يلزم المدين بادائه في العقد فهو اذن الموضوع الذي تظر فيه اثار العقد ويترتب عليه التزام كل

(1) عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق ص314.

(2) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص315.

(3) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص317.

(4) المادة 53 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

(5) المادة 92 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

من الطرفين اتجاه الآخر والمحل قد يكون اعطاء لشي محدد مثل تحويل ملكية شيء كما في عقد البيع او تسليمًا لشيء كما في عقد الايجار وقد يكون المحل عملاً اي جهداً يبذله احد طرفي التعاقد كما في عقد المقاولة حيث تظهر اثار العقد في الجهد الذي التزم المقاول ببذله ويجوز ان يكون المحل امتناعاً عن عمل اي كف عن بذل جهد كما في التعاقد بين طرفين يلتزم احدهما بعدم المنافسة في عمل تجاري نظير مقابل مادي ويمكن ان يكون المحل حقاً من الحقوق مثل حق النشر وحقوق الارتفاق مادام لها قيمة مالية في التعامل.⁽¹⁾

يشترط القانون في المحل بعض الشروط حددها قانون المعاملات المدنية لسنة 84 (1) - ان يكون المحل موجوداً اذا كان شيئاً بعينه او حقاً من الحقوق او ممكناً اذا كان عمل او امتناع عن عمل. 2- ان يكون معيناً تعيناً نافياً للجاهلة الفاحشة او قابلاً للتعين. 3- ان يكون صالحاً للتعامل فيه⁽²⁾. والمقصود بالشرط الاول هو وجود المحل اي ان محل الالتزام متعلق بشي معين او حق فيجب ان يكون ذلك الشيء او الحق موجوداً وقت نشوء الالتزام اما الشرط الثاني فهو امكانية المحل اي اذا كان المحل عملاً او امتناعاً عن عمل فيشترط ان يكون ممكناً ذلك ان العمل او الامتناع عن العمل اذا كان مستحيلاً فان العقد يكون باطلاً. وايضاً اشترط القانون في المحل ان يكون معيناً او قابلاً للتعين بمعنى اذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن عمل فيجب ان يكون ذلك المحل معيناً او علي الاقل توجد معايير تجعل تعيينه ممكناً في المستقبل فمثلاً في حالة يكون المحل تنفيذ اعمال انشائية فيجب تعيين هذه الاعمال. واخيراً اشترط القانون ان يكون المحل صالحاً للتعامل فيه والاشياء التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها مثل البحر الشمس الهواء لان التعامل فيها بحكم طبيعتها مستحيل.⁽³⁾

اما الركن الثالث الذي اشترطه القانون فهو السبب ويعرف بانه الغرض المباشر الذي ارتضى المدين من اجله تحمل الالتزام اي الغرض الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء التزامه وقد نص هذا التعريف في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 (السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد)⁽⁴⁾. والسبب بهذا التعريف لا يكون الا في الالتزامات التي يكون للارادة دور في تكوينها اما مصادر الالتزام الاخرى غير الارادية مثل التي ينشأ فيها التزام عن الفعل الضار او الاثراء بلا سبب او القانون فلا مجال للسبب فيها.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م، ج1، ص139.

⁽²⁾ المادة 78 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

⁽³⁾ أبو ذر الغفاري بشير، مرجع سابق، ص74-82.

⁽⁴⁾ المادة 1/84 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽⁵⁾ أبو ذر الغفاري بشير، مرجع سابق، ص85.

في بعض الاحيان قد تتداخل فكرة السبب مع فكرة المحل ولكن التمييز بينهما دائما كما ورد في عبارة د. السنهوري (المحل هو جواب لمن يسأل بماذا التزم المدين ؟ اما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين؟) فمحل العقد هو الذي يظهر فيه اثر التعاقد بتغيير وضعية المتعاقدين القانونية اما السبب فهو الغاية المباشرة التي دعت الطرفين الي تحقيقها وعلي ذلك فيمكن ان يكون محل العقد مخالفا للقانون ولكن السبب صحيح فاذا تعاقد شخص مع اخر لسرقة بنك نظير نقود فان التزام المتعاقد الاول بدفع النقود محله النقود وهو محل مشروع ولكن سبب الالتزام هو قيام الطرف الاخرى بالسرقة وهو سبب غير مشروع.(1)

حدد المشرع السوداني الشروط التي يجب توافرها في السبب (يجب ان يكون السبب موجودا وصحيا ومباحا وغير مخالف للنظام العام او الاداب) (2). اذا لابد للسبب ان يكون موجودا فاذا انعدم سبب العقد قبل ابرامه او بعده فان العقد يكون باطلا وايضا يكون السبب صحيحا فالسبب الغير صحيح لا ينشأ التزام عليه وقد يكون غير صحيح لانه موهوم او مغلوظ وقد يكون غير صحيح اذا قايم علي اساس صوري واخيرا لابد ان يكون السبب غير مخالفا للنظام العام والاداب فاذا خالف السبب النظام العام والاداب يكون العقد باطلا.(3)

رأي الباحث: أنها تتفق مع قيام العقد في القانون الذي يتطلب وجود ثلاثة اركان له وهي الرضا والمحل والسبب كما يتطلب القانون وجود شروط معينة في كل ركن من هذه الاركان ورتب جزاء البطلان على مخالفة تلك الشروط.

المبحث الثالث: انواع العقود في الفقه الاسلامي والقانون:

المطلب الاول: انواع العقود في الفقه الاسلامي:

قسم الفقهاء العقود الي عدة اقسام ومنها العقود الفورية وهي التي يتم تنفيذها فورا دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان ولا يحتاج تنفيذها الي زمن ممتد يشغله باستمرار كالبيع ولو بثمن مؤجل والصلح والقرض والهبة، فالعبرة في العقد الفوري بتنفيذ الالتزام لا بالمدة التي يبقي فيها لان

(1) عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 536.

(2) المادة 2/84 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

(3) أبو ذر الغفاري بشير، مرجع سابق، ص 87-89.

تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد مايسوغه العقد استيفاء يتم وتنقضي به الالتزامات في ان واحد كالبيع ينفذ البائع فيه التزامه بالتسليم فورا وينفذ المشتري التزامه بدفع المن. (1)

وايضا قسموها الي العقود الاستمرارية وهي التي بحسب موضوعها يستغرق تنفيذها مدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصرا اساسيا في تنفيذها وذلك كالايجارة والاعارة وعقد العمل وشركة العقد والوكالة فان تنفيذ هذه العقود وامثلتها يحتاج الي مدة من الزمن يسري حكم العقد فيه باستمرار ويعتبر من هذا القبيل في العصر الراهن الاشتراك في الصحف الدورية من جرائد ومجلات وكذلك التعهد بتقديم بعض الارزاق والاطعمة يوميا الي صاحب مطعم او فندق او مستشفى مثلا فانه يعتبر عقدا مستمرا ولو كان في الحقيقة من قبيل البيع فيسمى عقد توريد وقد ينقلب العقد الفوري الي عقد مستمر كالبيع بثمن مقسط. (2)

ما تظهر اهمية التميز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية في ان العقد المستمر تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاما فما تم منها في جانب يتم مايقابله في الجانب الاخر ففي عقد الاجارة الاجرة تقابل الانتفاع فاذا انتفع المستاجر مدة معينة التزم بدفع الاجرة بقدر المدة التي انتفع فيها اما العقد الفوري كالبيع مثلا اذا فسخ كان للفسخ اثر رجعي فيجب التراد فيما نفذ من التزامات العاقدين.

وبالنسبة للعقد المستمر اذا فسخ لم يكن للفسخ اثر رجعي فما تم يبقي اثره ولا يكون الفسخ الا عن المستقبل كما في الاجارة والشركة، بالاضافة الي ان عقد المعاوضة المستمر يعتبر في النظر الفقهي بمثابة عقود متجددة في المدة التي يستغرق تنفيذها ولهذا فانه في عقد الاجارة يحق للمستاجر فسخه بطروء العيب الحادث علي الماجور وهو في يده كما يحق له فسخه بظهور العيب القديم فيه لان العيب الحادث في الماجور يصبح مع التجدد في عقد الاجارة عيبا قديما بالنسبة الي المستقبل.

بخلاف عقد البيع الفوري فانه لا يحق للمشتري فسخه بالعيب الحادث في المبيع بعد قبضه اياه بل العيب القديم الموجود فيه قبل التسليم، اما مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة فقد يكون دائما في العقود المستمرة وقلمما يكون في العقود الفورية.

بيان ذلك فان العقد الزمني لا يتصور وجوده الا مقترنا بالزمن وبالتالي فانه بقدر مايمتد يكون عرضه للتغير الظروف ولذلك فان هذه العقود كانت المجال المختار لتطبيق نظرية الظروف الطارئة اما العقد الفوري فلا يتصور انطباق هذه النظرية عليه الا اذا كان متراخيا في التنفيذ. (3)

(1) الشيخ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (دار القلم: دمشق، 1998) ص(583).

(2) الشيخ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص(584).

(3) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتاب العربي: بيروت، 1974م) ص(194)

كما قسم الفقهاء العقود بالنظر الي الاصلية منها والتبعية والمقصود بالعقود الاصلية هو كل عقد يكون مستقلا في وجوده غير مرتبط بامر اخر علي سبيل التبعية له في الوجود والزوال كالبيع والايدياع والعارية، اما العقد التبعي هو كل عقد يكون تابعا لحق اخر او مرتبطا به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بالاصالة. (1)

مثال الي ذلك الكفالة والرهن كلاهما توثيق لغيره فلا ينعقدان ابتداء اذا لم يكن في مقابلهما حق ثابت او متوقع كما لا ينعقدان ابتدا الا مقابل حق اخر يزولان بزوال ذلك الحق المقابل كما يسقط كل فرع بسقوط اصله فلو ابرا الدائن المدين الاصيل سقطت الكفالة ايضا عن الكفيل تبعا لسقوط الدين ومثل ذلك يقال في الرهن فانه يبطل بابراء الدائن المدين.

وايضا تم تقسيم العقود من حيث الموضوع الي تقسيمات مختلفة ومن ذلك تقسيمها الي عقود بسيطة وعقود مختلطة، فالعقد البسيط هو مالم يكن مزيجا من عقود متنوعة كمعظم العقود من بيع واجارة وهبة ورهن وغيرها.

اما العقد المختلط فهو ما شتمل علي اكثر من عقد واحد امتزجت جميعها فاصبحت عقدا واحد مثاله عقد المضايقة فهو مزيج من عقد ايجار بالنسبة للمسكن وبيع بالنسبة للطعام وعمل بالنسبة للخدمة ووديعة بالنسبة للامتعة، وليس هنالك من اهمية كبيرة في مزج عدة عقود وتسميتها جميعا بالعقد المختلط فان هذا العقد انما تطبق عليه احكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها.

علي انه قد يكون من المفيد في بعض الاحيان ان يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وذلك اذا تنافرت الاحكام التي تطبق علي كل عقد من العقود والتي يتكون منها ففي هذه الحالة يجب تغليب احد هذه العقود باعتباره العنصر الاساسي وتطبيق احكام ذلك العقد دون غيره كما في عقد الهاتف ويعد هذا العقد من عقود التراضي اللازمة للطرفين وهو ايضا من العقود الاستمرارية لان الزمن عنصر اساسي فيه فتتغيره يحتاج مده من الزمن يسري حكم العقد فيه باستمرار ويعد ايضا من عقود الاذعان لان المواطن يخضع لقيود وشروط محده من قبل الشركة. (2)

اما من حيث الطبيعة فقد قسمها الفقهاء الي ثلاثة اقسام القسم الاول العقد المحدد ويكون العقد محدد اذا كان كل المتعاقدين يستطيع ان يحدد وقت تمام العقد القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطي حتي

(1) الشيخ مصطفى الزرقاء، مرجع سابق، ص586.

(2) عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص125-126.

لو كان القدران غير متعادلين وعلي ذلك يكون بيع شي معين بثمان معين عقدا محددًا سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع ام لا يعادله مادامت قيمة الشيء المبيع يمكن تحديدها وقت البيع.

اما القسم الثاني فهو العقد الاحتمالي ويكون العقد احتماليا اذا كان كل من المتعاقدين لا يستطيع ان يحدد وقت اتمام العقد القدر الذي اخذ او القدر الذي اعطي ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعا لحدوث امر غير محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله وقيدت الحادثة التي يتوقف علي وقوعها التحديد بانها غير محققة الحصول او غير معروف وقت حصولها لان الحادثة قد تكون محققة الحصول كالموت ولكن وقت حصولها غير معروف.⁽¹⁾

ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقد التامين وهو من عقود المعاوضات المالية ويقوم بين عاقدين المؤمن وهو شركة التامين والمستامن وهو المتعامل مع الشركة مقابل قسط ثابت هو قسط التامين واخذ عوض هو عوض التامين عند حصول الخطر او الحادث المؤمن عليه فهذه وان تحدد فيها وقت العقد القدر الذي يعطيه المؤمن الا ان القدر الذي ياخذه لا يتحدد الا تبعا لمر غير محقق الحصول وهو وقوع الحادثة المؤمن عليها.

ويتبين ان التامين من عقود الغرر اذ لا يعرف وقت العقد مقدار مايعطي كل واحد من العاقدين او ياخذ فقد يدفع المستامن قسطا واحدا من الاقساط ثم يقع الحادث وقد يدفع جميع الاقساط ولا يقع الحادث وعقد التامين من عقود التراضي وهو ملزم للطرفين وهو ايضا من العقود الاستمرارية لانه لا بد من زمن لتنفيذ التزامات الطرفين ويعد ايضا من عقود الازعان لان المستامن يخضع لشروط وقيود محددة من قبل شركة التامين وقد اختلف موقف الفقه الاسلامي من التامين تبعا لاختلاف نوعه فيجوز التامين التعاوني لانه يدخل في عقود التبرعات ومن قبل التعاون والاشترك في تخفيف الضرر عند وقوع الحوادث كذلك يجوز التامين الاجباري او الالزامي الذي تفرضه الدولة لانه بمثابة دفع ضريبة الدولة كالتامين المفروض علي السيارات ضد الغير وكذلك التامين الاجتماعي ضد الطواري العجز والشيخوخة والمرض والبطالة والتعاقد عن العمل الوظيفي اما التامين التجاري او التامين ذو القسط الثابت فهو غير جائز شرعا وهو راي اكثر الفقهاء في العصر الحاضر وهو ماقرره المؤتمر العالمي للاقتصاد الاسلامي في مكة المكرمة عام 1396هـ / 1976 م والسبب في عدم الجواز يكاد ينحصر في امرين هما الغرر والربا.⁽²⁾

⁽¹⁾ عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص139-140.

⁽²⁾ مجلد مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، 1407هـ - 1986م، قرار رقم 3.

اما القسم الثالث فهي العقود المختلطة التي يكون فيها عنصر محدد وعنصر احتمالي وذلك كما اذا دفع المشتري الثمن بعضه مبلغا معيناً والبعض الاخر ايرادا مرتبا وبنظر الي هذه الحالة الي العنصر الغالب فيكون العقد محدد او احتماليا تبعا لذلك. (1)

ترى الباحثة أن تقسيم الفقهاء للعقود جاء مفصل وذلك من حيث الفورية في تنفيذها في الوقت الذي يختاره العاقدان ومن حيث الاستمرارية والتي يستغرق لتنفيذها مدة من الزمن حيث يكون الزمن عنصر أساسياً في التنفيذ وأيضاً من حيث الأصلية منها والتبعية فهذا التفصيل في تقسيم العقود أدى إلى وضوح التزامات كل من العاقدين مما سهل في عملية تنفيذ العقد على أكمل وجه.

المطلب الثاني: انواع العقود في القانون:

قسم القانون العقود الى عدة انواع من التقسيمات حسب المعايير المستخدمة في كل نوع و لكل قسم دواعي عمليه ينتج عنها اثار مختلفة عند تطبيق قانون العقود و اهم التقسيمات هي من حيث التكوين ويكون العقد فيها رضائيا او شكليا او عينيا و من ثم نتحدث عن العقد الرضائي و هو الذي يكفي لانعقاده توفر رضاء الطرفين دون الحاجة الى اتباع شروط شكلية و الاصل ان يصدر العقد رضائيا مالم يوجد ما يوجب غير ذلك من نص قانوني او اتفاق بين الطرفين ومن امثله العقود الرضائية عقد البيع بوجه عام وعقد الايجار و عقد المزارعة حيث لا يشترط القانون لانعقادهم شكلا محدد.

العقد الشكل هو الذي لا يكفي لانعقاده مجرد تراضي الاطراف بل يجب يوفر شكل معين يحدده القانون او يتفق عليه الاطراف كاشتراط ان يكون العقد مكتوبا او ان يفرق في سند رسمي بواسطة شخص مختص و الهدف من الشكلية التي يشترطها القانون هو تنبيه المتعاقدين الى اهمية و خطورة العقد الذي يسعون الى ابرامهم(2). ومن امثله العقود الشكلية التي اوردها قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 عقد المقاولة وعقد العمل حيث اشترط القانون ان تكون هذه العقود كتابه و رتب جزاء البطلان على مخالفه هذا الشرط.

و قد يتفق الاطراف انفسهم على ان يكون العقد شكليا دون ان يشترط القانون ذلك مثل اتفاقهم على عدم انعقاد عقد البيع الا اذا تم افراغه في مستند كتابي ففي هذه الحالة اذا اتضح ان نيه المتعاقدين

(1) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص142.

(2) أبو ذر الغفاري بشير عبد المجيد، العقد والإرادة المنفردة، (مطبعة العملة: الخرطوم، ط6، 2006) ص(9).

قد انصرفت الى تعليق العقد على وجود ذلك المستند الكتابي فان العقد لا ينعقد الا افرغه في ذلك المستند الكتابي، العقد العيني وهو الذي لا يتم الا بتسليم العين محل العقد الى المتعاقد الاخر. فتسليم العين عنصر جوهري في العقد لا مجرد التزام عادي ومن امثله العقود العينية عقد الوديعة حيث يشترط قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 لإتمامه قبض المال المودع حقيقة او حكماً.⁽¹⁾

من حيث التشريع فقد قسم القانون العقد بان يكون عقد مسمى او غير مسمى العقد المسمى هو الذي حدد له القانون اسما معيناً و اورد له احكاما خاصة مثل عقد البيع و الايجار و عقد التامين و عقد الهبة و من العقد المسماة مايرد على الملكيه مثل عقد البيع و عقد الهبة و عقد الشركة و عقد الصلح و قد فصل قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 احكامها في المواد 178-294 و بعضها قد يقع على الانتفاع بمحل العقد مثل عقد الايجار و عقد الاعاره و افرد لها القانون المواد 295-377 كما ان منها ما يتعلق بالعمل مثل عقد العمل و عقد المقاولة و عقد الوديعة و تناول القانون احكامها في المواد 378-470 و من العقود المسماة مايندرج تحت عقود الغرر مثل عقد المقامرة و عقد الرهان و عقد المرتب مدى الحياه و عقد التامين و بين القانون احكامها في المواد 471-483 و من اقسام العقود المسماة عقود التامينات الشخصية و تشمل عقد الكفاله و عقد الحواله و خصها القانون بالمواد 484-515 .

العقد غير مسمى و هو الذي لم يخصصه القانون باسم معين ولم يورد له احكام خاصة و هو لذلك يخضع للقواعد العامة للعقود و العقود غير المسماة لا يمكن حصرها لانه ليس لها معيار محدد و انما تتفنن فيها ايراده الاطراف و تتعدد باختلاف الموضوعات التي يدور حولها العقد.

و من حيث الموضوع فان العقد يكون ملزماً للجانبين او ملزماً لجانب واحد فالعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفي التعاقد فعقد الايجار مثلاً ملزم لجانبين لان المؤجر ملزم بتمكين المستاجر من المنفعة محل العقد كما يلتزم المستاجر بدفع الاجرة للمؤجر و عقد البيع ملزم للجانبين لان البائع ملزم بنقل ملكية المبيع للمشتري في حين ان المشتري ملزم بدفع الثمن للبائع.

و العقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي يترتب التزامات في ذمة احد طرفي العقد دون الاخر بحيث يكون احد طرفي العقد دائناً غير مدين و الطرف الاخر مديناً غير دائن.

(1) مجلة الأحكام العدلية، م50..

ومثال ذلك عقد الوديعة والرهن الحيازي حيث يرتب التزاما في ذمة المودع اليه والمرهون اليه دون ترتيب التزام في ذمة المودع او الراهن، ويجوز لطرفي العقد الملزم لجانب واحد منهما ان يحولاه الي عقد ملزم للطرفين مثل عقد الهبة اذا اشترط فيه عوض واريده باعوض ان يكون ملزما الطرف الاخر. (1)

وتبدو اهمية التمييز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد من حيث التطبيق فان العقد الملزم للجانبين اذا فشل احد طرفي العقد في تنفيذ ما في ذمته من التزام جاز للطرف الاخر ان يطلب فسخ العقد اما في العقد الملزم لجانب واحد فليس هنالك امكانية لهذا الفسخ وعليه فليس للطرف الاخر غير المطالبة بتنفيذ العقد.

وايضا في العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم احد طرفي العقد بالوفاء بالتزامه جاز للطرف الاخر ان يمتنع عن تنفيذ التزامه وهذا ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ ولكن في العقد الملزم لجانب واحد لا يتصور وجود هذا الدفع لعدم وجود التزام في ذمة المتعاقد الاخر حتي يمكن ايقاف التنفيذ.

كما قسم القانون العقود من حيث الزمان الي عقود فورية وعقود مستمرة اما العقود الفورية فيقصد بها هي التي يتم تنفيذها دفعة واحدة في الزمن الذي يختار المتعاقدان فعقد البيع عقد فوري لان البائع والمشتري ينفذان التزامهما دفعة واحدة حتي وان كان الالتزام مؤجلا فاعبرة في العقد الفوري بتنفيذ الالتزام لا بالوقت الذي نفذ فيه.

اما العقود المستمرة فهي التي تستغرق وقت في تنفيذها مثل عقد العمل وعقد الشركة وعقد الاجار ويكون للزمن اعتبار خاص في العقد، اما من حيث المضمون فتقسم العقود الي عقود معاوضة وعقود تبرع وعقد المعاوضة يقصد به العقد الذي ياخذ فيه كل من طرفي العقد مقابلا لما اعطي مثل عقد البيع، اما عقد التبرع فهو العقد الذي لا تعود فيه فائدة علي احد طرفيه مقابل ما يعطي مثل عقد الهبة. (2)

وكان القانون الروماني يعرف نوعا من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام وهو عقد ملزم في الاصل لجانب واحد ولكن الجانب الاخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد وذلك كالوديعة اذا التزم المودع بتعويض ما اصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشئ المودع او برد المصروفات الضرورية التي

(1) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 2018م) ص(17).

(2) أبو ذر الغفاري بشير عبد المجيد، مرجع سابق ص12.

انفقت في حفظ الشيء من الهلاك والصحيح ان العقد الملزم للجانبين غير تام انما هو عقد ملزم لجانب واحد وماعسي ان ينشا من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشا من العقد بل هو التزام مصدره سبب اخر العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر والاثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية ولقد كان هذا التقسيم مفهوما في القانون الروماني لان العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقودا يجب توافر حسن النية في تنفيذها اما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقودا حرفية التنفيذ فكان من المفيد ان توصف العقود الملزمة لجانب بانها عقود ملزمة للجانبين ولو علي نحو غير تام حتي يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث واصبحت كل العقود سواء كانت ملزمة للجانبين او ملزمة لجانب واحد يجب ان يتوافر في تنفيذها حسن النية فلم تعد هناك فائدة في ان تتسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين.⁽¹⁾

اما الفقه التقليدي فقد قسم العقود الي اربعة اقسام عقود عينية وعقود تنعقد بكلام وصيغ مقدسة وعقود تنعقد بالكتابة وهي المسماة وعقود تتم بتبادل التراضي، وقد ارجع الفقه هذه الاقسام الاربعة الي مجموعتين المجموعة الأولى وتتضمن العقود الشكلية والمجموعة الثانية وتشمل علي العقود التي تحلت من الشكلية.

اما فيما يتعلق بعقود المجموعة الاولى ذات العقود الشكلية فان الامر فيها لا يخرج عن ان القانون يتطلب ان يعلن الرضا المتبادل في اشكال رسمية خصصت لظهاره بطريقة محسوسة وان هذه الاشكال تتكون في الألفاظ وفي الكتابة او في تسليم شي ومتي تمت الاشكال المطلوبة فان الاتفاق يصبح تصرفا معتبرا في نظر القانون.

ومن ثم فان فاختلاط جبيري بين الاتفاق والاعمال الخارجية التي تعبر عن الاتفاق والاتجاه الطبيعي هو ان هذه الاعمال لم تكن مجرد اثبات للاتفاق ولكنها شرط جوهري لتكوينه فطريقة التعبير قد حددها القانون في الفاظ معينة منطوقة كانت ام مكتوبة او في تسليم شيء بصورة لا يمكن لم يريد انشاء تصرف قانوني ان يحيد عنها قيد انملة فيلتزم بها التزام الجلد بالجسد والا استحال عليه انشاء التصرف القانوني المراد انشاؤه ولا نظن انه يوجد ثمة مكان بين مجموعة العقود الشكلية للكلام عن التعبير عن الارادة.⁽²⁾

(1) السنهوري، مرجع سابق، ص200.

(2) مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصاد، مارس، 1974م، ص(3).

اما مجموعة العقود التي تحللت من الشكلية ان هذه المجموعة تتكون من صنفين من العقود عقود عينية وعقود رضا، العقود العينية عددها اربعة وهي عارية الاستهلاك او القرض وعارية الاستعمال والوديعة ورهن الحيازة ولا ينشا اي من هذه العقود الاربع الا بتسليم مسبق للشئ محل التعاقد قرضا كان او عارية وديعة كان او رهن حيازة فكانت عملية التسليم في ذاتها هي اساس قيام الالتزام فاللتزام بلا تسليم مسبق وهذا يعني ان الشخص المتعاقد قد سلب تماما حرية اختياره طريقة التعبير عن ارادته وكنتيجة حتمية لهذا فانه مجال للكلام عن التعبير عن الارادة بالنسبة لهذه العقود لان التعبير لم ينحصر في عمل مادي فحسب بل ن هذا العمل المادي اصبح مفروضا بقوة القانون علي كل من يريد ان ينشئ اي عقد من هذه العقود العينية وهل خرجت الشكلية عن انها الزام القانون بطريقة معينة بها يعبر عن ارادته بحيث يرتبط نشأة الالتزام باستعمال هذه الطريقة المفروضة بعينها دون غيرها من بقية الطرق الاخرى للتعبير عن الارادة الم يكن التسليم كعمل مادي بحت يمثل الشرط الاوحد لقيام اي عقد من هذه العقود العينية ان ماهو ضروري في هذا النوع من العمليات هو بكل وضوح الواقعة المادية وليس علي وجه الاحتمال الطريقة الصحيحة لتوافق الارادات والعنصر الاقتصادي وعامل الارادة ليس ضروريا مع انه طبيعي ولكن من الممكن ان يغيب ويوجد الالتزام وينشا. (1)

اما عن عقود الرضا فقد انحصرت في اربع عقود هي عقد البيع وعقد الايجار وعقد الشركة وعقد الوكالة وقد انفردت هذه العقود الاربع بما جعلها استثناء من بقية العقود الاخرى وتميزت عنها بخصائص تمثل اخر مرحلة في القانون الروماني ان عقود الرضا كانت تتم دون اي من الشكلية التي رايناها من تسليم شي او النطق بكلام رسمي او تحرير كتابة مقدسة فلا دخل لشي من هذا بالنسبة لنشأة عقود الرضا وبذلك تحررت الارادة من عامل الشكلية وكان مجرد الاتفاق التعهد العادي كافي لانشاء الالتزام كما ان الرضا يمكن ان يظهر باي طريقة بشرط ان يكون حقيقيا.

ويلاحظ ان عقود الرضا هذه كانت تنشأ بين غائبين كذلك وذلك عن طريق الرسائل او عن طريق رسول وجدير بالذكر ان القاضي حينما يتعرض لتقييم وتحديد التزامات المدين فان القاضي لا يعتقد فقط بما تعهد به المدين صراحة ولكنه يعتد ايضا بنية الاطراف وظروف التعاقد كما ان القاضي كان يستلهم من حسن النية ما يهيئه علي معرفة التزامات المدين.

(1)المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م.

وقد قسمت عقود الرضا الي قسمين متميزين القسم الاول ويشمل علي عقد البيع والايجار والقسم الثاني ويشمل علي عقد الشركة وعقد الوكالة، ان ظروف عقد البيع وعقد الايجار تمثل مرحلة من مراحل النمو الاقتصادي التي كان لها اكبر الاثر في التخلص من طريقة المقايضة البدائية واندثار استعمالها واختيار شي كمعيار مشترك ووسيلة بها يتم التبادل هذا الشي هو النقود فاخفاء المقايضة بصورتها البدائية من جهة وظهور استعمال النقود كوسيلة لتقييم الاشياء والخدمات من جهة اخري كان لهما فضل اعتبار الرضا اساس لقيام كل عقد البيع وعقد الايجار فالبيع هو تبادل ملكية شي مقابل قدر من النقود والايجار هو تبادل قدر من النقود نظير ما يحصل عليه الشخص من خدمة استعمال شي لمدة معينة.(1)

ويلاحظ ان الوظيفة الاقتصادية التي يؤديها هذان العقدان هي واحدة ولهذا مالم يغيب عن الرومان فكثيرا ماابان الفقه اوجه التشابه والتقارب بين عقد البيع وعقد الايجار فطبيعة العقدتين تكاد تكون ان لم تكن بافعل واحدة وفي ذلك يقول احد فقهاء الرومان تعبيرا عن الاصل المشترك بينهما بانهما يمثلان سمة العائلة(2).

اما عن القسم الثاني من العقود الرضا فهو يتضمن عقدين عقد الشركة وعقد الوكالة وقد انفرد هذان العقدان بخاصية ميزتهما عن كل من عقد البيع والايجار، هذه الخاصية هي الثقة المتبادلة بين الاطراف المتعاقدين ولهذه الميزة نتيجتان الاولى ان المتعاقد الذي يفقد هذه الثقة يكون في نفس الوقت اخطا واثم اخطا من الناحية القانونية واثم من الناحية الاخلاقية وخطاه يتمثل في مخالفته قانون العقد حال افتقاده الثقة وانعدامها فيه واثمه ينحصر فيما يثقل كاهله من واجب اخلاقي قائم علي الثقة الثانية هي ان الثقة لاتفرض وانه من الممكن ان افقد من احد اطراف العقد وهذا يعطي الحق للطرف الاخر ان ينهي العقد بارادته(3).

فكرة التعبير عن الارادة في القانون الروماني ان ارادة التعبير عن نية الشخص في اقامة علاقة قانونية مع غيره لم تتحرر تماما من الشكلية وبعبارة اخري لم يكن لشخص حرية اختيار مايرضيه هو لا مايلزمه به القانون من طريقة التعبير عن ارادته اللهم الا في اضيق الحدود، ان فكرة التعبير عن الارادة بمعناه الفني لم تكن لها من مكان في القانون الروماني الا حينما ظهرت فكرة

(1) مجلة البحوث، مرجع سابق، ص4.

(2) مجلة البحوث، مرجع سابق، ص5.

(3) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص5.

الرضائية ماثلة علي وجه التحديد في عقد البيع وعقد الايجار وعقد الشركة وعقد الايجار علي ماسبق
بيانه. (1)

رأي الباحث: أن تقسيم العقود وفقاً للقانون جاء حسب المعايير المستخدمة في كل نوع وكل
قسم دواعي علمية ينتج عنها آثار مختلفة عند تطبيق قانون العقود.

(1) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص6.

الفصل الثالث

مفهوم وخصائص وشروط عقد المقاولة

تمهيد:

تشير كثير من المصادر ان عقد المقاولة لم يكن فيما مضى عقدا مستقلا بل كان متداخلا مع عقود اخري كعقد البيع وعقد العمل وعقد الوكالة، الا ان احكامه كان لابد ان تتطور مواكبة للتطور الاقتصادي والعمرائي الذي يشهده العالم المعاصر، فتعددت انواع الاعمال والمهام التي يمكن ان يرد عليها عقد المقاولة حيث تنوعت هذه الاعمال سواء بالنسبة الي طبيعتها ام بالنسبة الي حجمها فانتشرت مقاولات البناء والمنشات الثابته بحيث اذا اطلقت كلمة (المقاولة) انصرف اليها. وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاولة منظورا اليها بوجه خاص الي مقاولات البناء وان كانت تنطبق علي سائر المقاولات. وسوف تتناول الباحثة في هذا الفصل بيان مفهوم عقد المقاولة وخصائصه وشروطه واركانه.

المبحث الاول: مفهوم وخصائص عقد المقاولة

المطلب الاول : مفهوم عقد المقاولة:

اختلط عقد المقاولة في مختلف الشرائع القديمة بعقد الايجار فعند البابليين كان مختلطا بعقد الايجار الذي خصه البابليون بعناية كبيرة فتعددت صورته وانماطه فشملت اجارة الاراضي الزراعية واجارة المنقولات والمواشي ووضعوا اجارة الخدمة تحت نفس فكرة الاجارة فعلي سبيل المثال تناول قانون حمورابي مسؤولية المقاول في العديد من الموارد تنص علي انه (اذا كان بناء قد بني بيتا ولم يحسن عمله وانقض البنيان وسبب تلفا لمال فسوف يعوض اي شئ يكون قد اتلفه لانه لم يجعل البناء الذي اقامة متينا وسوف يبني البيت الذي اقامه من ماله الخاص)⁽¹⁾. وتقتضي بتقرير مسؤولية المقاول وتنص علي انه (اذا بني شخص بيتا لرجل ولم يكن عمله مامونا بحيث اصبح الحائط خطرا غعليه ان يدعم الحائط علي نفقته)⁽²⁾.

(¹) المادة 233 من قانون حمورابي.

(²) المادة 233 من حمورابي.

وتشير بعض المصادر الي ان القانون الروماني لم يكن يعرف عقد المقاوله كعقد مستقل وانما كان مختلطا بعقد الايجار من ناحية وبعقد الوكالة من ناحية اخري(1).

وقد عرف عقد الايجار عندهم علي وجهين الاول اذا كان موضوعه الانتفاع بالشئ سمي عقد ايجار الاشياء والثاني اذا كان موضوعه الانتفاع بعمل الانسان وسموه عقد ايجار العمل وقد فرق القانون الروماني بين الاعمال اليدوية اذ يعتبرها اعمالا حقيرة لا يزاولها الا الارقاء والاجراء الذين يرتبطون مع من يستاجرهم بعقد اجارة الاشخاص اما الاعمال العقلية فلا تكن محلا لايجار الاشخاص بل محلا بالوكالة رفعا لثانها وشان من يقوم بها عن ان يكون اجيرا.

وفي ظل هذا القانون الروماني كان المهندس المعماري يضمن البناء وتبقي مسؤوليته عن الخطا الذي يعيب البناء لمدة خمسة عشر عاما وقد ورد في مدونة جستنيان انه (اذا اخطا المهندس المعماري فعليه الضمان)(2).

عرف الفقه الاسلامي عقد المقاوله في صورتين احدهما ان يقدم الصانع العمل والماده معا وعندها يسمي العقد استصناعا او ان يقدم الصانع العمل فقط ويسمي الصانع في هذه الحالة اجيرا مشتركا، وقد عرف الفقهاء المسلمون عقد الاستصناع بانه (عقد علي بيع عين موصوفه في الذمة ومطلوب صنعها)، وعرف ايضا بانه (طلب العمل من الصانع في شئ خاص علي وجه مخصوص) اما مجلة الاحكام العدلية فقد عرفته بالاتي (الاستصناع عقد مقاوله مع اهل الصنعه علي ان يعمل شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشئ مصنوع)(3)، وقد استمر هذا العقد في الفقه الاسلامي ردحا من الزمن عقد غير مستقل يدور بين البيع والاجارة لان فيه بيعا لاصل الشئ وفيه اجارة علي صنعه حتي اصطلح علي تسميته عقد الاستصناع وقد قيل بعدم جوازه قياسيا علي القاعدة التي لاتجيز البيع ماليس عند انسان الا انه يجوز استحصانا لاجماع الناس علي ذلك لانهم يعملون ذلك في سائر الامصار من غير تكبير والقياس يترك بالاجماع ولان الحاجه تدعو اليه(4).

ويشترط في عقد الاستصناع بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يكون معلوما بدون هذا الشرط فلو اراد شخص ان يبني منزلا وجب عليه تحديد نوع المباني ان كانت بالخرسانه او الطوب وعدد الغرف المطلوبه ومساحتها وكل وصف يرغب فيه صاحب العمل واشترط ايضا ان

(1) محمد سلام زنتاتي، ترجمة قانون حمراي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1971م، ص47.

(2) عبد العزيز فهمي، مدونة جستنيان في الفقه الروماني، (دار الكتاب المصري: القاهرة، 1946م) ص(389).

(3) مجلة الاحكام العدلية، مرجع سابق، المادة 124.

(4) منى حسب الرسول، المسؤولية المدنية لمهندسي ومقاولي البناء، (جامعة النيلين، الخرطوم، 2007م) ص(5).

يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس واما صفة الاستصناع فهو عقد غير ملزم قبل العمل للجانبين جميعا بلا خلاف حتي كل منهما خيار الامتناع قبل العمل.(1)

وذهب بعض فقهاء الشريعة الي ان الصانع لا خيار له ويجبر علي المضي في العمل وان خيار للمستصنع وحده لا الصانع بائع ولا خيار للبائع اذا باع مالم يره ويذهب اخرون الي انه لازم في حق كل واد منهما حتي لا خيار لاحدهما لا للصانع ولا للمستصنع.(2)

وقد عرف عقد المقاولة في الانظمة القانونية الحديثه فقد عرفه القانون الفرنسي القديم سنة 1804 بانه نوعا من الايجار فقد نص علي ان (الايجار يتضمن ايجار الاشخاص وايجار الناقلين وايجار مقاولي الاعمال) (3).

اما القانون الحديث فلم يستخدم اسم عقد المقاولة بل استخدم عبارة المقاولين علي الاعمال وجمع النصوص الخاصة بالعقد تحت عنوان المقيسات والمقاولات، وتوالت القوانين المنظمة لعقد المقاولة من بعد ذلك لمواكبة التطور الذي حدث في فرنسا بل وفي غيرها من الدول الاروبية حيث تناولت هذه القوانين مجمل المسؤوليات الملقاة علي عاتق المقاولين والنظم الجديدة التي ادخلت وتنظيم المقاولة من الباطن، اما القانون الانجليزي فلا يعرف عقد المقاولة كعقد مسمي بخلاف القانون الفرنسي ذو الاصل اللاتيني ولعل هذا الاختلاف يجد اساسه في اختلاف الانظمة القانونية لكل منهما اذ يختلف النظام القانوني الانجليزي الذي يستند علي نظام السوابق القضائية عن القانون الفرنسي الذي يعتمد علي مجموعات قانونية كاملة في القانون المدني والجنائي وغيرها من الفروع(4).

ولا يختلف الامر كثيرا بالنسبة للقوانين العربية فقد اصابها التطور هي كذلك فيما يتعلق بعقد المقاولة فاذا اخذنا القانون المصري نموذجا لوجدنا ان القانون المصري القديم كان يدمج عقد المقاولة وعقد العمل بعقد الايجار اما عقد المقاولة فكان يعرف باجارة اهل الصنائع او عقد الاستصناع(5). فنص عليه في القانون المصري (عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا او ان يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقدون الاخرون).(6)

(1) المرجع السابق، ص(6).

(2) علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص(210).

(3) المادة 1779 من القانون الفرنسي القديم سنة 1804.

(4) منى حسب الرسول ، مرجع سابق، ص(15).

(5) المرجع السابق، ص(18).

(6) المادة 646 القانون المصري.

وقد عرفه القانون الكويتي (عقد يلتزم بمقتضاه احد المتعاقدين ويتعهد بان يؤدي عملا للطرف الاخر مقابل اجر دون ان يكون تابعا له او نائبا عنه) (1). اما القانون الاردني فقد نظم عقد المقاولة في الباب الثالث من الكتاب الثاني وعالجه بنصوص المواد (780-804) فقد عرف عقد المقاولة بانه (عقد يتعهد احد طرفيه بمقتضاه بان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الاخر). (2) لم يكن عقد المقاولة معروفا كعقد مستقل في السودان قبل عام 1971 حيث كانت تنظم العقود في السودان وفقا لاحكام القانون العام الانجليزي الذي يستند الي احكام المحاكم لا التشريع الذي لا يغطي في انجلترا الا القدر اليسير من المسائل والروابط بالمعاملات بين الافراد فقبل عام 1971 لم يكن هناك قانون مدني مستقل وكان يتم الرجوع للقانون الانجليزي.

تغيرت القواعد القانونية التي تحكم العقود بصدور القانون المدني لعام 1971 الملغي المواد من 63-146 والذي يعتبر بلا شك نقلة نوعية كبيرة من القانون العام الانجليزي الي القانون المقارن وبعض احكام الشريعة الاسلامية والتي تعتبر المصادر الاساسية للمشرع. (3)

وتغير الوضع مرة اخري بصدور قانون العقود لسنة 1974 الذي هدف الي تقنين التجربة السودانية في تطبيق القانون العام الانجليزي واستمر العمل بهذا القانون حتي الغي بموجب قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 والذي تمت صياغته وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية. (4)

وقد تناول القانون العقود المسماة وافرد لكل عقد بابا فتناول احكام عقد المقاولة في الباب الثاني عشر وعرف عقد المقاولة ونطاقه وشروطه في الفصل الاول ثم تناول التزامات المقاول والتزامات صاحب العمل في الفصلين الثاني والثالث وخصص الفصل الرابع لاحكام المقاول الثاني ثم في الفصل الخامس والاخير تحدث عن انقضاء المقاولة.

وقد اهتم المشرع السوداني بمقاولات البنا علي نحو خاص فاحضع المقاول والمهندس لقواعد خاصة في مقاولات البناء والمنشات الثابته بعد انجاز العمل وتسليمه فجعلها متضامنين في المسؤولية عما يحدث خلال عشرة سنوات فيما شيداه من مباني او اقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته وهي ماتعرف بقواعد الضمان الخاص .

(1) المادة 661 القانون الكويتي.

(2) المادة 780 القانون الأردني.

(3) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني الملغي لسنة 1971م، ص8.

(4) محمد شتا أبو سعد، أصول المسئولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامية السوداني، (مكتبة المجلس الوطني الاتحادي:

الخرطوم، 1985م) ص(10).

وخلاصة القول فان التطور التاريخي للقوانين المتعلقة بعقد المقاولة يفصح لنا طبيعياً هذا العقد المتطورة ولا يمكن ان نقول بان نظاماً معيناً شكل الخلفية للنظام القانوني الذي يحكم عقد المقاولة انما ساهمت كل تلك النظم في اخراج عقد المقاولة بالصورة التي نراها اليوم.⁽¹⁾

وتأثر القانون السوداني بهذه النظم المتعددة دون شك وهذا ما اعترف به سابقاً قانون 1971 في مذكرته التفسيرية بانه جاء (قضاء لحق الشريعة الاسلامية وادراكا لمكانتها الرفيعة في مجال صياغة القانون ونقل المشرع عنها الكثير من نظريتها العامة واحكامها التفصيلية فكانت الشريعة الاسلامية مصدراً هاماً استند اليه المشرع فاخذ منها العديد من احكامه).⁽²⁾

وكل القوانين المدنية التي توالى علي السودان بعد ذلك قد اكدت علي هذا الاتجاه ولا ينكر احد اثر النظام القانوني الانجليزي علي النظام القانوني السوداني في المجال المدني فمنذ صدور قانون القضاء المدني عام 1901 الذي ضمنه الانجليز نصاً رددته فيما بعد المادة التاسعة من قانون القضاء المدني لسنة 1929 والذي كان يقضي بان (تطبق المحاكم السودانية في حالة عدم وجود نص تشريعي قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم) وكان يتم البحث عن قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم في القانون الانجليزي الذي تمثل في تشريعات قليلة متفرعة تكاد تكون منقولة من التشريعات التي اصدرها البرلمان الانجليزي عبر القرون.

ولا يمكننا تجاهل اثر القوانين العربية علي قانوننا المدني بصورة عامة وبصفة خاصة القانون المصري علي الرغم من اختلاف الثقافة القانونية التي كانت سائده في بداية تكوين النظام القانوني السوداني فجااء القانون المدني السوداني الاول لسنة 1971 مستلهما تشابه البيئة فيها مع بيئة السودان متخيراً من القوانين المدنية العربية احداثها واكثرها تقدماً.

عرف قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 عقد المقاولة بانه (عقد يتعهد احد الطرفين بمقتضاه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الاخر)⁽³⁾. واستكمل المشرع السوداني فكرة عقد المقاولة وذكر (انه باستثناء عقود المقاولة السارية عند صدور هذا القانون تكون عقود المقاولة كتابية وتجدد كتابية).⁽⁴⁾

⁽¹⁾ منى حسب الرسول، مرجع سابق، ص 19-20.

⁽²⁾ المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدنية الملغى لسنة 1971م.

⁽³⁾ المادة 378 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽⁴⁾ المادة 380 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

رأي الباحث: أن التعريف الشامل هو ما ذكره قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 الذي عرف فيه عقد المقاولة بصورة شاملة موضحا فيه ما اذا كان الالتزام بالعقد هو صنع شيء او القيام بي شيء وهذا ان دل انما يدل علي شمولية النص.

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة:

ومن نص المادة 378 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م يتضح ان خصائص عقد المقاولة تتمثل في ان عقد المقاولة عقد رضائي يكفي لانعقاده توافق ارادتي المتعاقدين ولا يشترط في انعقاده شكل معين وان هنالك تراضي بين طرفيه سواء كان شفويا او كتابيا علي ان يكون هذا التراضي وارد علي العمل الذي يطلبه صاحبه من المقاول وكذلك البديل الذي يلتزم به صاحب العمل في المقابل ولم يشترط به الكتابة الا لغايات الاثبات ويجوز اثباته بالبينة الشفوية والبينة الكتابية كل في حدوده ومقداره والقاعدة العامة هي رضى العقود ومن ناحية اخري وبحسب مبدأ سلطان الارادة ان كل التزام قام علي الرضا فانه يتعبر محققا للعدالة اما دون ذلك اي حيث ينعدم ذلك الرضا فان الامر لايزيد عن كونه قيذا علي الحرية لا يتعين التوسع فيه.⁽¹⁾

اما الخاصية الثانية في تتمثل في ان عقد المقاولة عقد معاوضة ثنائي ملزم لطرفيه اي ان في هذا العقد يتعهد احد طرفيه اما بالقيام بعمل او بصنع شيء لحساب الطرف الاخر مقابل بدل. فالمقاول يقوم بالعمل او يصنع الشيء المعقود عليه من مواد يقدمها صاحب العمل او يقدمها المقاول وفقا للاتفاق في مقابل ان يدفع صاحب العمل البديل سواء عبر عن ذلك البديل بالثمن او الاجرة وفقا للصيغة التشريعية والصفة التبادلية ملزمة للطرفين بالتساوي فيتوجب ان يقوم المقاول باداء عمل او صنع شيء وان يقوم صاحب العمل بدفع البديل بحيث ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية⁽²⁾. وهذا مانص عليه قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ماتوجبه حسن النية).⁽³⁾

ومن خصائص عقد المقاولة انه عقد يرد علي عمل مادي فقد نصت المادة 3/415 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 علي (تفسر عقود المقاولة والعمل وفق القاعدة الاصولية من اخذ الاجر حاسبه الله بالعمل)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 2018م) ص(17).
⁽²⁾ محجوب إبراهيم محمد الأمين، المسئولية القانونية للمقاول، (دار النهضة العربية: القاهرة، 2010م) ص(52).
⁽³⁾ المادة 1/114 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
⁽⁴⁾ المادة 3/415 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

وعقد المقاوله يتعهد احد طرفيه وهو المقاول بان يصنع شيئاً او يودي عملاً واداء العمل ينبغي منه صاحب العمل النتيجة بحيث يتحقق المعقود عليه من عمل المقاول والذي يقوم بذلك باسمه الخاص وبصورة مستقلة عن اشراف صاحب العمل او اية تبعية له سواء كانت فنية او تنظيمية وقد يعد المواد او الادوات صاحب العمل للمواد او الادوات لاينفي الاستقلالية عن عمل المقاول.(1)

اما الخاصية الرابعة لعقد المقاوله فهي الخاصية التي ابرزها التعريف الفقهي لهذا العقد وهي خاصية استقلال المقاول في تنفيذه لعقد المقاوله عن اي سيطرة او اشراف او ادارة من جانب رب العمل فهو يودي عمله دون اي تدخل من جانب هذا الاخير في تحديد كيفية التنفيذ فليس له ان يتوجه هذا الاختيار او يراقبه وهذه الخاصية هي التميز بحق بين عقد المقاوله وكل عقدي العمل والوكالة.

الخاصية الخامسة ان عقد المقاوله ليس عقداً زمنياً ويقصد بالعقد الزمني او عقد المدة هو الذي يقاس الاداء الرئيسي فيه بالزمن بحيث يكون الزمن فيه عنصراً اساسياً وجوهرياً ومثاله عقد الاجار فالعنصر الجوهرى فيه تمكين المستاجر من الانتفاع بالشئ المؤجر لمدة معينة وهذا الانتفاع لا يمكن تحققه الا اذا ترك الشئ المؤجر في يد المستاجر مدة من الزمن بحيث يضحى الزمن وحده هو مقياس المنفعة المقصود توافرها للمستاجر.(2)

اما العقد الفورى ومثاله عقد البيع فهو العقد الذي لا يحتاج تنفيذ الاداء الرئيسي فيه على زمن بحسب الاصل، فنقل ملكية المبيع وتسليمه الى المشتري يتم فوراً وكذلك الشأن في دفع الثمن الى البائع ولا يغير من طبيعة البيع ان ينفق على تاخير تسليم المبيع الى وقت لاحق، كذلك اذا التزم مقاول بتشيد عقار فان ذلك يستغرق زمناً ولكن من شأنه ان لا يجعل عقد المقاوله عقد زمنياً لا اقامة البناء وهو الاداء الرئيسي المترتب على عقد المقاوله لا تقدر قيمته بالزمن الذي يستغرقه اي لا يقاس بالزمن وبالتالي فلا يكون وجود الزمن عنصراً جوهرياً بل عنصراً عرضياً لا يكفي لاعتبار العقد زمنياً.(3)

وعقد المقاوله من عقود المده وقد يمتد تنفيذه في المشروعات المتوسطة او الكبيرة لسنوات ويتم تنفيذه على مراحل مع ظروف العالم الحديثة الاقتصادية دائمة التغيير والتطور، ومن ثم كان لا بد من ان تتميز احكام العقد بالمرونة الكافية التي تسمح له بالتلاؤم مع الظروف المتغيرة دائماً، الخاصية السادسة في عقد المقاوله هي ان عقد المقاوله عقد متحرك على خلاف اكثر العقود المعروفة والمتداوله فان عقد المقاوله ليس موضوعاً ثابتاً منذ التعاقد بل هو موضوع متحرك ان صح التعبير وهو لذلك

(1) جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإجارة، المقاوله، (مكتبة دار الثقافة للنشر: عمان، 2016م) ص(376).

(2) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص50.

(3) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاوله، (دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م) ص(18).

يحتوي علي احكام تسمح له اي عقد المقاولة بالتعديل والاضافة والحذف في الاعمال المتعاقد عليها طوال فترة التنفيذ.(1)

اما الخاصية السابعة فان عقد المقاولة عقود متعددة بحث ان اعمال المقاولات تحتاج الي اكثر من عقد لان الاعمال المطلوب انشاؤها تحتاج الي اكثر من تخصص فالمباني والانشاءات تخصص والمصانع وتركيب الآلات تخصص بل هو اكثر من تخصص، والميكانيكا والكهرباء تخصص اخر وانشاء الطرق تخصص وانشاء الموانئ تخصص ولكل نوع من هذه الانواع احتياجات واحكام مختلفة هي الاخرى لتستجيب لهذه الاحتياجات ومن هنا انقسم عقد المقاولة الي عقود متعددة. اما الخاصية الثامنة فهي ان عقد المقاولة عقد دولي وذلك ان بعض المشاريع ذات طبيعة خاصة وهي المشاريع المعقدة او المحتوية علي عدة عناصر لا يستطيع اي مقاول منفرد ان يقوم بالعمل ضمن سقف امكانياته واختصاصه وعندها تتفق شركتان او اكثر لتوفير جميع الاختصاصات والامكانيات المطلوبة وفي الغالب ان تكون احدي تلك الشركات اجنبية لتنفيذ المشروع بان يتم عمل اتفاقية لائتلاف بين فرقاء الائتلاف يحدد دور كل منهم في عملية التنفيذ وتكون مسؤولياتهم مجتمعين ومنفردين بالتكافل والتضامن اي انه اذا قصر احدهم في اداء عمله قام الاخرون باداء ما عليه من التزام ولذا فانه يتعين علي كل شريك في الائتلاف ان يقدر المسؤولية التي قد تترتب علي تقصير احد اطراف الائتلاف الا ان مسؤوليتهم تجاه صاحب العمل تكون مسؤولية تضامنية بغض النظر عن التنظيم الداخلي لعلاقتهم وتوزيع المسؤوليات فيما بينهم.(2)

اما الخاصية التاسعة فهي ان عقد المقاولة عقد قابل للتحكيم اي انه يخضع للتحكيم في احكامه لارادة الخصوم من جهة ولارادة القانون من جهة اخري وباتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون الزاميا شانها شأن قضاء الدولة، التحكيم اتفاق ثم اجراءات محل الاجراءات القضائية بنص القانون، والخاصية العاشرة في عقد المقاولة انه عقد ثلاثي اي ان اطراف عقد المقاولة في واقع الامر اطراف ثلاثة وان كان العقد لا يوقع الا من طرفين من هؤلاء دون الطرف الثالث فالطرفان اللذان يوقعان عليه هما رب العمل والمقاول غير ان المهندس المشرف علي التنفيذ والذي لا يوقع علي العقد هو في الحقيقة من اخطر اطراف هذا العقد واكثرهم تأثيرا في

(1) محجوب إبراهيم محمد الأمين، مرجع سابق، ص45.

(2) داوود خلف الله، دليل عقود الإنشاءات، (ب ن: عمان، 2002م) ص(140).

مصيره نجاحا او فشلا ومن هنا كانت صعوبة تنظيم العلاقة بين اطراف ثلاثة احدهم لم يوقع علي العقد ولا يعد قانونا طرفا فيه.(1)

يعتبر عقد المقاولة من العقود الشكلية اذ يشترط الكتابة لقيامه وذلك بالنسبة للعقود المنشأة بعد صدور قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 وقد كان قبل ذلك عقدا رضائيا لا يشترط لا انعقاده شكلا معينا بل يكفي بالايجاب والقبول فيمكن ان يتم كتابة او مشافهة ولم تكن الكتابة لازمة للانعقاد بل للاثبات فقط الا اذا اتفق الطرفان علي غير ذلك.

وتاسيسا علي ماسبق فانه بموجب المادة 380 تعتبر الكتابة ركنا في عقد المقاولة فلا توجد ولا تنشأ علاقة مقاولة ما لم تكن مضمنة في مستند مكتوب والا كان العقد باطلا كما تقضي المادة 91 من قانون المعاملات المدنية بان العقد يكون باطلا اذا اشترط القانون كتابته ولم يكتب وقت انعقاده(2).

يعد عقد المقاولة من عقود المعاوضة وهو ملزم للجانبين بمعنى ان الالتزامات متبادلة فالمقاول يلزم باداء العمل المطلوب مقابل الاجر الذي يحصل عليه رب العمل وهذا الاخير بدوره لا يلتزم بدفع الاجر الا بعد تسلم العمل المتفق عليه(3).

يرد عقد المقاولة علي العمل فالاداء الرئيسي في العقد صنع شئ او اداء عمل ما علي نحو مستقل ودون اشراف او توجيه من احد ونلاحظ تبني المشرع السوداني مسلك الفقه الاسلامي بابرار صفة الاستصناع لعقد المقاولة ليس في احكام هذا العقد بل في تعريف العقد نفسه(4).

رأي الباحث: ان عقد المقاولة يشتمل علي خصائص تجعله يتميز عن بقية العقود فهو رد علي العمل الذي يميزه عن عقد الايجار الذي يرد علي المنفعة وايضا يتميز عن عقد الوكالة بوروده علي عمل مادي ويتميز عن عقد العمل بوروده علي العمل كنتاجية حيث يرد عقد العمل علي العمل في ذاته وايضا عقد المقاولة يكون محل المقاولة عمل شي او صنعه لا نقل ملكية وهذا ما يميزه عن عقد البيع.

(1) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص109.

(2) منى حسب الرسول، مرجع سابق، ص21.

(3) المرجع السابق، ص22.

(4) المرجع السابق، ص23.

المبحث الثاني: شروط عقد المقاولة

المطلب الاول: شروط الرضا او التراضي في عقد المقاولة:

الواضح من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 انه حدد في تعريفه لعقد المقاولة عناصر انعقاد هذا العقد عندما قضي بان (المقاولة عقد يتعهد احد الطرفين بمقتضاه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الاخر)⁽¹⁾. ومفاد ذلك انه يجب لانعقاد عقد المقاولة تطابق الايجاب والقبول علي عناصرها فيتم التراضي بين صاحب العمل والمقاول الذي يتعهد له بالعمل والاجر الذي يتقاضاه المقاول من رب العمل والرضا يجوز التعبير عنه صراحة او ضمناً ولا يشترط فيه شكل معين لان المقاولة عقد من عقود التراضي.

نظراً لان الارادة امر نفسي اما العقد فهو ظاهرة اجتماعية فان الارادة لا تقوم بدورها في ميلاد العقد الا اذا كان لها مظهر حي او خارجي بحيث يمكن ادراك وجودها ويتحقق ذلك بالتعبير عنها.⁽²⁾

والقول بانعقاد عزم شخص علي ابرام عقد المقاولة وبالتالي توافر الارادة لديه يستدعي ان يكون هذا الشخص مدركاً لما هو مقدم عليه وقد ربط المشرع بين هذا الادراك وبين التمييز فاشترط لتوافر الادراك وبالتالي لوجود الارادة ان يكون من صدرت عنه مميزاً ونعني بالتمييز القدرة علي التفريق بين النافع والضار والشخص غير المميز لا ارادة له في نظر القانون ومن ثم فان ارادته لا تصلح لانشاء العقود جميعاً علي اختلاف انواعها.

اما الصبي المميز هو من يبلغ السابعة ولم يبلغ الثامنة عشرة من عمره وبالنسبة للمسلمين من اكمل العاشر ولم يكمل الثامنة عشرة وله في هذه الحالة اهلية ناقصة وقد حدد قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 احكامه في المادة 55 كمايلي:

1. اذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته الماليه صحيحة متي كانت نافعة له نفعاً محضاً وباطلة متي كانت ضارة له ضرراً محضاً.
2. اما التصرفات المالية الدائرتين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد او اذا صدرت الاجازة من وليه او المحكمة بحسب الاحول ووفقاً للقانون⁽³⁾.

(1) المادة 378 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

(2) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص71.

(3) المادة 55 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

قد تصيب الشخص بعض العاهات الجسمية التي لا تؤثر في مقدرته العقلية او تدبيره لاموره ولكن تحدث به عجزا قد لا يستطيع معه ان يعبر عن ارادته تعبيرا صحيحا او يخشي عليه من عدم ادراك ظروف التصرف الذي يجريه مما يستوجب وجود شخص يعاونه شخص يعاونه في تصرفاته القانونية فنص قانون المعاملات المدنية علي الاتي:

1. اذا كان الشخص اصما او ابكم او اعمي وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته او كان يخشي من انفراده باماشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد جاز للمحكمة ان تعين له قيما يعاونه في تصرفاته المالية.

2. اذا صدر من الشخص الذي صدر تعيين قيم له اي تصرف من التصرفات المالية بغير معاونة الوصي كان هذا التصرف موقوفا علي اجازة القيم او المحكمة⁽¹⁾.

اما الشخص المميز فهو يعد ذا ارادة ويكفي وجود هذه الارادة لكي تتوافر لديه القدرة علي ابرام العقود بصفة عامة وعقد المقاولة بصفة خاصة والارادة الازمة هي ارادة المتعاقد اي الشخص الذي قصد انشاء العقد وازافة اثاره الي نفسه وهي الصورة العادية للتعاقد ولكن القوانين الحديثة تعرف صورة اخري للتعاقد هي تعاقد بطريق النيابة وقوامها اتجاه ارادة شخص الي ابرام عقد لا لحسابه الخاص بل لحساب غيره بحيث ينعقد بارادته ولكن اثاره تتصرف الي غيره وعلي ذلك يشترط صدور الايجاب والقبول من الشخص الذي يعتبر متعاقدا وطرفا في العقد فيصبح ان يصدر الايجاب او القبول او كلاهما من نائب يعمل لحساب المتعاقد ولا يمنع ذلك من اعتبار المتعاقد لا نائبه طرفا في العقد. وذلك عندما يكون الشخص غير كامل الاهلية ولايستطيع ابرام العقود لحسابه الخاص ففي هذه الحالة يوجب القانون ان يكون لهذا الشخص نائب يبرم العقود لحسابه ويسمي هذا النائب بالولي او الوصي او القيم وفقا للتشريعات المختلفة⁽²⁾.

القاعدة بالنسبة للمقاول ان يكون بالغاسن الرشد اتمام الثامنة عشر من عمره وان يكون عاقلا وغير محجور عليه لسفه او غفلة وذلك لان المقاول اما ان يقصر علي تقديم عمله فقط وحتى في هذه الحالة مضارب بعمله معرض للربح والخسارة وقد يصبح مسؤولا عن تعويض رب العمل عما لحقه من اضرار وبالتالي فان عقد المقاولة يكون بالنسبة الية من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ويترتب علي ماتقدم انه اذا كان المقاول ناقص الاهلية وهو الصغير المميز من بلغ السابعة من عمره كامله

⁽¹⁾ المادة 61 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽²⁾ محمد الشيخ عمر، مرجع سابق، ص106.

والمعتوه والسفيه وذو الغفلة فان عقد المقاولة الذي يعقده يكون موقوفا علي اجازة وليه او وصيه وفي حدود التي يجوز فيها للولي او الوصي التصرف ابتداء.(1)

وإذا كان دور الموقول لا يقتصر علي تقديم العمل وانما يشمل المادة والعمل معا فانه يلزم ان يكون من باب اولي بالغ سن الرشد لانه يعتبر بائعا بالنسبة للمادة التي يقدمها ويشترط في البائع ان تتوافر فيه الاهلية الكاملة فان كان ناقص الاهلية فان عقده يكون موقوفا علي اجازة وليه او وصيه في الحدود التي يجوز فيها للولي او الوصي التصرف ابتدا اما الصغير الماذون له بالتجارة فانه يمكن ان يكون موقولا وعندئذ تكون جميع تصرفاته الداخلة في الاذن كتصرفات البالغ سن الرشد،(2) اما المقاولة بالنسبة لصاحب العمل تعتبر ايضا من اعمال التصرف لان من جملة التزاماته في عقد المقاولة دفع الاجرة وبالتالي فان ابرامه لهذا العقد يعتبر عملا من اعمال التصرف التي يلزم توافر اهلية التصرف فيه فان كان محجورا لسفه او غفلة اذا كان صغيرا مميزا كان عقده موقوفا علي اجازة وليه او وصيه. ولكن عقد المقاولة قد يكون بالنسبة لصاحب العمل من اعمال الادارة كالعقد الذي يبرمه صاحب العمل من الموقول لترميم منزل او مع خياط ليخيط له بدله فمثل هذه العقود تعتبر من اعمال الادارة ويكفي فيها ان تتوافر في رب العمل اهلية الادارة ومن ثم يجوز للصغير المميز ان يبرم عقد المقاولة في هذه الاعمال بصفته رب عمل دون حاجه الي اذن وليه او وصيه.(3)

ولا يكفي ليكون التراضي صحيحا ان تتوافر في كل من الموقول ورب العمل الاهلية الازمة لابرام عقد المقاولة وانما يلزم ايضا ان يكون ارادة كل منهما خالية من العيوب وبالنظر فان عيوب الرضا في عقد المقاولة هي نفس العيوب في العقود الاخرى، ومن العيوب التدليس وهو استعمال الحيلة في ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الي ابرام العقد فالمدلس شخص بغير وجه حق يولد في نفس المتعاقد فيهما يغاير ماعليه واقع الحال ويدفعه الي الدخول في عقد ما كان ليدخل فيه لو علم بحقيقة الواقع.

والتدليس يعيب ارادة المتعاقد لان المتعاقد عند ابرامه للعقد يستند الي بيانات غير صحيحة لذلك جعل القانون العقد المشوب بتدليس قابلا للابطال لمصلحة المدلس عليه.(4)

(1) عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص49.

(2) محجوب إبراهيم محمد الأمين، مرجع سابق، ص101.

(3) لبيب شنب، مرجع سابق، ص72.

(4) أبو ذر الغفاري بشير، مرجع سابق، ص58.

اما العيب الثاني فهو الاكراه وهو اجبار الشخص بغير حق علي ان يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا او معنويا وحكمة فان هذا العقد لا يكون نافذا في حق من وقع عليه الاكراه فاذا طبقنا هذا الحكم في عقد المقاوله يتبين لنا ان قيام اي شخص باجبار اخر علي ابرام عقد مقاوله بغير حق دون رضا يجعل هذا العقد موقوفا علي اجازة الطرف الذي كان تحت تاثير الاكراه فاذا اجازة اصبح نافذا من وقت التصرف واذا رفضه بطل التصرف.(1)

والاكراه المؤثر في الاصل هو الاكراه الذي يصدر من احد طرفي العقد اتجاه الاخر باعتبارهم الاطراف الاصيلين للعلاقة التعاقدية اما اذا صدر من شخص ثالث لا علاقة له بالعقد فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يعتبر مؤثرا مالم يكن المتعاقد الاول يعلم به او كان يملك من الاسباب مايجب عليه ان يعلم به.

اما العيب الثالث فهو الاستغلال الذي لم ينص القانون نصا مفصلا وخاص به باعتباره عيب من عيوب الارادة لكنه اشار له مجرد اشارة عندما نص علي ان العقد يكون موقوفا عن النفاذ علي الاجازة اذا شاب الارادة فيه غلط او تدليس او اكراه او استغلال،(2) والعيب الرابع هو الغبن والتغريب والغبن لغه يعرف بانه النقص اما اصطلاحا فانه يقصد به عدم التكافؤ في التزامات العقد وعرفت الشريعة نوعين منه اليسير والفاحش.

اما التغريب يقصد به لغة الخداع اما اصطلاحا فيعني استعمال الطرق الاحتيالية لحمل المتعاقد الاخر علي التعاقد وهو يماثل التدليس عادة.

وانواع التغريب كما تحقق بالافعال فانه يتحقق ايضا بالاقوال وهو ان يخدع احد العقادين الاخر بوسائل احتيالية قولية او فعلية تحمله علي الرضا بما لم يكن ليرضي به بغيرها.

وقد خلط قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 بين مفهوم الغرر ومفهوم التغريب كمصطلحات تستخدمها كتب الفقه الاسلامي واستعمل كلمة الغرر محل التغريب مع ان هنالك اختلاف كبير بين المفهومين.(3)

(1) عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، (مكتبة دار الثقافة، القاهرة، 1996م) ص(22).

(2) محجوب إبراهيم الأمين، مرجع سابق، ص104-105.

(3) أبو ذر الغفاري، مرجع سابق، ص70.

اما العيب الخامس فهو الغلط وهو وهم ينشأ في ذهن المتعاقد يجعله يري الامر علي غير حقيقته كان تكون هنالك واقعة صحيحة فيتوهم عدم صحتها او واقعة غير صحيحة فيتوهم صحتها والغلط من حيث تأثيره علي ارادة المتعاقد ينقسم الي ثلاثة اقسام الغلط الذي يعدم الارادة والغلط الذي يؤثر علي الارادة والغلط الذي يعيب الارادة ويختلف الاثر الذي يتركه كل قسم منها علي العقد.(1)

اذا وقع الغلط في شخص المقاول ففي هذه الحالة فان الغلط يعيب الارادة ويؤثر فيها ومن ثم يجعل رضا المتعاقد غير تام نتيجة توهم معلومات عن وقائع العقد والاثر المترتب علي ذلك ان يكون العقد قابلا للابطال.(2)

رأي الباحث: ان شروط الرضا وعيوب الاهلية في عقد المقاول هي نفسها الشروط والعيوب المطلوبة في العقد بصورة عامة وليس هنالك اي اختلاف بينهم.

المطلب الثاني: شرطي المحل والسبب في عقد المقاول:

العقد كما سبق الاشارة هو توافق ارادتين علي انشاء التزامات متقابلة ومن ثم فان انشاء التزامات يعتبر هو محل العقد والالتزام بدوره لا ينشاء الا اذا كان له محل.

وعلي ذلك فوجود الالتزام يتعبر شرطا انشاء الالتزام وبالتالي لوجود محل العقد ومن ثم يجوز ان يعتبر محل الالتزام في نفس الوقت محلا للعقد في ذاته والواقع ان المحل في عقد المقاول مزدوج ومحل الاول هو العمل الذي يتعهد به المقاول بتقديمه الي صاحب العمل كمقابل للاجر الذي يدفعه الاخير وعليه فان العمل ينصرف الي التزامات المقاول بالعمل الذي تم التعاقد بشأنه مع رب العمل والتزامات رب العمل بسداد الاجر الذي تعهد به للمقاول.

هذا الالتزام بالعمل يسمى الالتزام بالاعطاء تميزا له عن سائر الالتزامات الاخرى التي يكون موضوعها عملا من الاعمال دون ان تتضمن نقل الملكية او حقا عينيا اخر، العمل في عقد المقاول طبقا للقواعد العامة يشترط في محل الالتزام طبقا للشروط العامة ثلاثة شروط هي ان يكون معيننا نافيا للجهالة وان يكون مشروعاً وان يكون ممكناً، المحل في عقد المقاول كلما كان عملاً او فعلاً يجب ان يكون طبيعته ومداه وماهيته واوصافه قد عينت وكذلك يجب تعيين مدي هذا العمل

(1) د. عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص24.
(2) محجوب إبراهيم محمد الأمين، مرجع سابق، ص111.

المطلوب سواء كان تصميمًا وجب التعيين محل تلك التصميمات والمساحات ومكانها ومحتواها والخدمات الأخرى.⁽¹⁾

أما بالنسبة لرب العمل فإن محل الالتزام يكون سداد مبلغ من النقود للمقاول بصورة أوضح أن محل الالتزام لرب العمل هو النقود وعليه التزام بعددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمة العقود وقت الوفاء أي أثر وقد نص قانون المعاملات المدنية (إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر)⁽²⁾. فلا يجوز للمدين المقاول بناء على المادة السابقة أن يطالب زيادة استنادا إلى أن القوة الشرائية للنقود قد انخفضت أو أن قيمة الموازية للدولار في السوق قد ارتفعت.⁽³⁾

ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئًا من صنف وسط.

القاعدة العامة إذا لم يعين محل الالتزام في العقد ولم يتضمن الالتزام الأساس التي تسمح بتعيينه يقع العقد باطلاً بطلانا مطلقاً إذ بعدم تعيين المحل فإن الإرادتين لا يمكن أن تتطابقا ولا يمكن التحقق من التعبير عن إرادتي المتعاقدين بشأن هذا العمل وفي بعض الحالات لا يشترط تحقق قابلية الموضوع للتعين فينعد العقد وينشا الالتزام ولو كان موضوعه غير معين في العقد أو لم يتضمن العقد أساس تعيينه فيما بعد وهذا هو حكم عقد المقاولة فلقد نص قانون المعاملات المدنية (إذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المقاول أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل)⁽⁴⁾.

كما يجب أن يكون العمل في عقد المقاولة معينًا معينًا نافيًا للجهالة أو قابلاً للتعين وأن يشار في العقد إلى طبيعته وماهيته ومداه وأوصافه بحيث يتعين العمل دون لبس أو غموض ويجب كذلك أن يتضمن الاتفاق بين رب العمل والمقاول شروط التنفيذ ومدته وغرامات التأخير وكيفية صرف مستحقات المقاول نظير العمل مع تعيين المحكمة المختصة عند نشوء النزاع أو اللجوء إلى التحكيم ويجب أن يكون كل ذلك محل اتفاق بين المقاول ورب العمل.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ محمد ماجد خلوصي، العقود الهندسية، (دار الكتب القانونية: مصر، 2003م) ص(158).

⁽²⁾ المادة 82 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽³⁾ محجوب إبراهيم محمد الأمين، مرجع سابق، ص115.

⁽⁴⁾ المادة 1/391 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽⁵⁾ فتحي غيث، قانون المهندسين، (دار المعارف: بيروت، 1960م) ص(49).

وايضا لا بد ان يكون محل العقد مشروعاً فاذا كان مخالفاً للنظام العام او الاداب كان العقد باطلا المادة 1/78 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 وعلي ذلك اذا كان الالتزام ايجابيا اي ينصرف الي قيام عمل معين كما هو الشأن في عقد المقاولة وجب الا يكون هذا العمل مخالفا للنظام العام والاداب فاذا تحققت هذه المخالفة كما اشارت المادة 1/47 كان محل الالتزام غير مشروع او اذا كان العمل مستحيلا في ذاته كما جاء في المادة 80 فقد يطلب من المقاول القيام بعمل فني يكون مستحيلا عليه القيام به وفي هذه الحالة تكون هذه الاستحالة هي الاستحالة المطلقة التي لا يمكن التغلب عليها كما اشارت الماد 79 من قانون المعاملات المدنية اما الاستحالة النسبية لا المطلقة وهي التي لا تحول دون قيام العقد ومثال ذلك حالة العمل الذي لا يستحيل علي المقاول القيام به باعتباره من اصحاب الفن والخبرة.(1)

كما يجب ان يكون محل العقد ممكن حيث لا يشترط لنشوء الالتزام ان يكون الشئ محل الالتزام موجودا وقت ابرام العقد بل يكفي ان يكون من الممكن الوجود في المستقبل اي وقت المحدد لنشوء الحق عليه.

وقد نص قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 علي (يجوز ان يكون المعقود عليه شيئا مستقبلا اذا عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر) (2).

كما أن الاعمال التي قد يتضمنها محل عقد المقاولة اما ان تكون اعمالا مادية ومثاله الانشاءات المتعددة او تكون اعمالا عقلية ومثلها التعاقد مع محامي لمباشرة الدعوي او تكون اعمالا فنية ومثلها التعاقد مع مهندس معماري لوضع رسومات والتصاميم والاشراف علي اقامة المباني(3). وتنقسم اعمال المقاولات كذلك من حيث الحجم الي اعمال مقاولات كبيرة وعمال مقاولات صغيرة وتنقسم من حيث الخصوصية الي اعمال عامة وهي التي تتعلق بالمرافق العامة واعمال خاصة وهي التي تتعلق بالافراد.(4)

محل التزام رب العمل هو الاجر الذي التزم بسداده للمقاول ويشترط فيه كما يشترط في اي محل للالتزام ان يكون معيناً وموجوداً وقابل للتعيين ومشروعاً هذا ويشترط ان يتضمن عقد المقاولة، شرط الاجر والاضحي من عقود التبرع ولا يعتبر مقاوله بل يكون عقداً غير مسمي ويلاحظ ان

(1) محجوب إبراهيم محمد الأمين، مرجع سابق، ص(118).

(2) المادة 2/79 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

(3) محجوب إبراهيم محمد الأمين مرجع سابق، ص(19).

(4) المرجع السابق، ص(20).

الاجر وان كان ركنا في عقد المقاولة الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا ان يحدده العاقدان فاذا لم يحدده تكفل القانون بتحديد المادتين 2/391-3/391 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 وتبقي المقاولة صحيحة⁽¹⁾

هذا بخلاف التراضي والعمل فهما ركنان في عقد المقاولة وهما لا شأن للقانون بتحديدهما فاذا لم يتوفر في العقد كانت المقاولة باطلة والاجر قد يكون مبالغ مالية تسدد جملة واحده وقد تسدد علي اقساط او يتم سدادها علي حسب سير التنفيذ كما انه لا يمنع من ان يكون الاجر عينيا⁽²⁾ اما السبب فهو الغرض الذي يهدف الملتزم الوصول اليه نتيجة قبوله شغل ذمته بالتزام مقابل ويتميز السبب عن المحل في ان السبب هو جواب لمن يسال لما التزم المدين بينما المحل هو جواب لمن يساله بماذا التزم المدين.

تنص المادة 2/84 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 والتي تقرر بطلان العقد اذا لم يكن للالتزام سبب وسبب الالتزام هو الغرض او المقصد الذي استهدفه المتعاقد من وراء التزامه كما ان النص يشير اذا كان الالتزام مخالفا للنظام العام او الاداب يكون العقد باطلا وان السبب المقصود هو الباعث علي التعاقد اي سبب التعاقد وليس القصد لان القصد دائما يكون مشروعا⁽³⁾

وسبب التعاقد هو الباعث الذي يدفع المتعاقد لقبول العقد وهو بالضرورة ان يكون موجودا دائما اذ لا يتصور ان يقوم ثمة شخص بابرام عقد دون ان يكون هنالك باعث واذا حدث وانتفي هذا الباعث فان معني ذلك انتفاء الارادة الجادة وبالتالي عدم انعقاد العقد لا لانتفاء الباعث ولكن لعدم تحقق التراضي ومن ثم يتضح ان سبب العقد هو الباعث الدافع الذي يحمل الشخص علي قبول التعاقد وسبب العقد يقاس بمعيار شخصي وبالتاكيد في مثل هذه الحالة فانه يختلف باختلاف الاشخاص كما انه يختلف باختلاف انواع العقود التي تم ابرامها⁽⁴⁾.

اذا تبين انه ليس للالتزام سبب فان الالتزام لا ينشأ والعقد لا ينعقد بذلك يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا المادة 1/81 من قانون المعاملات المدنية ولكي ينطبق هذا الجزاء يلزم ان يكون انتفاء السبب معاصرا للحظة ابرام العقد بحيث اذا توفر السبب في هذه اللحظة ثم زال بعد ذلك فان زواله

(1) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص(101).

(2) فتحي قرة، أحكام عقد المقاولة، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 1992م) ص(102).

(3) محمد الشيخ عمر، مرجع سابق، ص144.

(4) محمد الشيخ عمر، مرجع سابق، ص145.

لا يؤثر علي انعقاد العقد فيعتبر العقد منعقدا والالتزام قد نشأ ويودي زوال السبب بعد نشأة الالتزام الي فسخ العقد لا الي بطلانه(1).

والجدير بالذكر ان انتفاء السبب يتحقق في العقود التبادلية كعقد المقاولة طالما لا يوجد الالتزام المقابل وقت ابرام العقد واذا كنا بصدد عقد معاوضة ملزم لجانب واحد قام علي اساس التزام موجود من قبل فان انتفاء هذا الالتزام يعني عدم وجود سبب للالتزام وعدم انعقاد العقد.(2)

وبطلان العقد اما ان يكون بطلان مطلقا او بطلان نسبي واسباب البطلان المطلق هو انتفاء الارادة لدي المتعاقدين او لدي احدهما كان يكون غير مميز لصغر سنه او مجنون او معتوه وايضا اذا كان للعقد محل او كان محله خارج عن دائرة التعامل او غير ممكن او غير معين او كان سبب العقد الباعث عليه غير مشروع او اذا انتفي سبب الالتزام او اذا كان العقد شكلا ولم يفرغ في الشكل الذي يتطلبه القانون.(3)

اما اسباب البطلان النسبي هي اذا توافرت جميع اركان العقد ولكن ركن الرضا فيه عيب وان لم ينعقد وكذلك اذا كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية وعلي ذلك يكون العقد قابلا للابطال في حالتين. الحالة الاولى اذا كان احد المتعاقدين رغم تميزه غير اهل لابرار عقد اي كان ناقص الاهلية لسفه او غفله او صغر سنه.

والحالة الثانية اذا شاب الرضا تحد الطرفين عيب من عيوب الاهلية او عيوب الرضا المنصوص عليها في القانون وهي الغلط والتدليس والاكراه والغرر والغبن والاستغلال.

وعليه فان العقد الباطل بطلانا مطلقا يتعين حكم عدمه علي اساس ان لبطلان المطلق يرجع الي تخلف ركن من اركان العقد بما يحول دون انعقاده وعليه فان الامر لا يستوجب استصدار حكم من القضاء بشرط ان لا يكون اي من المتعاقدين قد شرع في تنفيذ عقد باطل.(4)

رأي الباحث: ان شروط عقد المقاولة المتمثلة في السبب والمحل هي نفسها التي ذكرها القانون في العقد بصورة عامه وليس هنالك اختلاف حيث لابد ان تتوفر جميع الشروط في المحل و السبب وذلك لكي يكون العقد مكتمل سوا كان العقد بصورة عامة او عقد المقاولة بصورة خاصة.

(1) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص82.

(2) المرجع السابق، ص83.

(3) محمد الشيخ عمر، مرجع سابق، ص146.

(4) أبو ذر الغفاري، مرجع سابق، ص182.

الفصل الرابع

مفهوم العقد الهندسي وانواعه وطرق

التعاقد في المشاريع الهندسية

تمهيد:

ان ادارة المشروعات يتضمن عددا ضخما من التفاصيل والعلاقات المتشابكة المعقدة ما بين أطراف المعاملة في هذا المضمار من مالك ومهندس ومقاول وموردي مواد ومعدات و عمالة بالاضافة الي الجهات الحكومية المعينة بتنفيذ المشاريع، فالمقاول مسؤول عن تسليم المشروع في وقت معين وبتكلفه محدد وهو في ادائه لتحقيق هذا الهدف يقبل ان يتحمل الالتزامات المختلفة القانونية والمالية والادارية.

فالمشروعات الهندسية تستقطب العديد من الوظائف المختلفة وتستهلك موادا اساسية وخامات اكثر من اي صناعة اخري ونظرا للحاجة الشديدة والمتنامية لخدمات صناعة التشييد فاننا نجد انها توسعت وانتشرت في مفهومها الجغرافي وبعدها التكنولوجي.

وسوف تتناول الباحثة في هذا الفصل بيان مفهوم العقد الهندسي وانواعه وطرق التعاقد في المشاريع الهندسية.

المبحث الاول: مفهوم العقد الهندسي

المطلب الاول : تعريف العقد الهندسي:

هو صيغة مكتوبة تستخدم عند التعاقد بين المالك والمقاول وتحدد العلاقة بينهما وحقوق و مسؤوليات كل طرف اتجاه الآخر و تضمن تنفيذ المشروع بكل تفاصيله بدقه و سلامه وبما يتفق مع المخططات و الرسومات⁽¹⁾، ايضا عرف العقد الهندسي بانه العقد الهندسي الذي يعرف ايضا بعقد المقاولات وهو الصيغة التي جرى العرف باستخدامها بين المالك والمقاول ويحدد فيها حقوق مسؤوليات كل طرف اتجاه الآخر.⁽²⁾

وايضا عرف بانه وثيقة اتفاق مكتوب بين طرفي التعاقد لتنفيذ مشروع هندسي معين وهما صاحب العمل (جهة التعاقد) ويرمز له عادة في العقود الهندسية بالطرف الاول والشركة

⁽¹⁾ محمد أحمد غانم، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة، (المكتب الجامعي الحديث: الاسكندرية، 2011م) ص(9).

⁽²⁾ محمود عبد الحميد حلمي، عقود ومواصفات الأعمال في الهندسة المدنية، (دار الراتب الجامعية: لبنان، 1992م) ص(111).

المنفذة(المقاول) ويرمز له في العقود الهندسية بالطرف الثاني وعلى ذلك فان العقد يوضح فيه حقوق و التزامات كل طرف اتجاه الاخر. (1)

يعرف العقد الهنسي بانه: اتفاقية تحكم العلاقة الفنية والمالية والقانونية بين طرفين او اكثر لانجاز عمل ما مقابل اجر معين شرط الا يكون العمل مخالف للقانون.(2)

كما يعتبر العقد الهندسي الانشائي ذو طبيعة خاصة حيث انه يعتمد بالاساس على اعتبارات فنيه صرفه لذا من الاهميه بما كان العناية بصياغه مواصفات الاعمال الهندسيه لتعطي في النهايه المشروع المطلوب على اكمل صورته مطلوبه، ومن جهه اخرى فان معظم المشاريع الانشائية يتم تنفيذها بواسطه متخصصين ويطلق عليهم مقاوليين البناء، وعليه فان مالك المشروع يقوم بابرام عقد مع المقاول ليتم تنفيذ المشروع طبقا للمواصفات والرسومات المحددة وهو ما يطلق عليه بعقد الانشاءات، بحيث يقوم المالك بدفع مستحقات ماليه للمقاول بموجب شروط العقد نظير قيام الاخير بتنفيذ اعمال المشروع ويسليم الى المالك بصورته المتفق عليها.

وتجدر الاشاره بان السائد في مجال المقاولات هو قيام المالك بالاعلان في الوسائل العامه على المشروع لاختيار المقاول المناسب لتنفيذ المشروع بناء على عوامل عديده من اهمها خبره المقاول والتكلفه المطلوبه للعقد والاعمال السابقه المنجزه، وايضا يعتبر العقد الهندسي اتفاق بين طرفين الاول صاحب العمل والثاني لديه القدره والخبره اللازمه لتنفيذ هذا العمل و شروطه الماليه و الزمنيه ومايتعلق بالناحيه الفنيه من الجودة و المواصفات المطلوبه بالاضافه الى الناحيه القانونيه من شروط لحل الخلافات(3).

وفي المشروعات الهندسية يقوم المهندس بدوره مبتدا بدراسات الجدوي الاقتصادية للمشروع ومنتها بضمان سلامة المنشآت التي اقيمت، وفي هذا الدور الطويل عليه ان يقوم بالتصميم للمشروع من نواحيه المختلفه واجراءاته المتعدده ويعد قائمة بما يتطلبه المشروع من اعمال ويحدد قياساتها ونوعيه هذه القياسات سواء بالوزن او الحجم او الطول او المساحة او بالعدد والكميات المطلوبه للمشروع مع تحديد انواع المواد المختلفه وصفاتها وهو مايسمي بالمواصفات(4). وكذلك يقدر اسعارها

(1) أحمد إسماعيل عمر، محاضرات في العقود الهندسية، ص(4).

(2) موقع المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، التاريخ ٢٥/٧/٢٠١٨ م، الساعة ٤٤:١١ ص <https://hrdiscussion.com>

(3) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص(3).

(4) محمود عبد الحميد حلمي، مرجع سابق، ص(5).

ليتسنى حساب التكاليف المتوقعة للمشروع وتدبير الاموال اللازمة لتنفيذه وعليه بعد ذلك الاشتراك في مناقشة وتقييم العروض المقدمة من المقاولين لتنفيذ المشروع لتحديد الافضلية من الناحية الهندسية. فاذا كان المهندس في موقع التنفيذ اي مع المقاول فحتي هذه المرحلة يكون دوره في هذا الموقع دراسة وتحديد الاسعار لكل جزء من الاعمال او لكل بند من بنود الاعمال كما يطلق عليها عادة في الاعمال الهندسية اخذا في اعتباره تكاليف المواد والعمالة والمالك والتكاليف الادارية وتكاليف انشاء وتجهيز الاعمال العامة بالموقع وارباح المقاول والضرائب المستحقة علي الارباح وتسمي هذه بتحليل الاسعار ودراسة سعر العطاء وكذلك برامج التنفيذ وخطواتها وتأثير ذلك علي الاسعار(1).

فاذا حدد المقاول وبدء العمل كان علي مهندس المقاول اجراء دراسة عن تخطيط النظام الذي سيتبع بالموقع واعداد المعدات اللازمة للتنفيذ من ناحية النوعية والاعداد واماكن وضعها اذا لم يكن متحركة او ذات حركة محدودة وادارة الموقع من الناحية الفنية وتقديم هذه الخطط الي المهندس المشرف علي التنفيذ لاعتمادها، فاذا بدء العمل كان المهندس المقاول منفذا للمنشآت للتصميم المعد من مهندس المشروع ومتبا البرنامج الزمني الذي قدمه واعتمد من مهندس المشروع(2).

وكان علي مهندس المشروع متابعة التنفيذ ومطابقته للمواصفات الموضوعه وتقدير الاعمال المنفذه ومايستحقه المقاول من مبالغ تدفع له اثناء التنفيذ كذلك تسلم الاعمال المنتهية. ويمكن ان يكون محل هذه العقود هو تشيد اعمال البناء او العقارات سواء تمثل ذلك في بناء بسيط او مركب مثل الفنادق وبعضها يتمثل في مشروعات الهندسة المدنية كشق الطرق ومد السكك الحديدية واقامة الجسور والمطارات.

وتتميز اعمال التشييد والبناء بان تنفيذها يستغرق مدة طويلة وتحتاج الي اكثر من عقد وقد يتم ذلك في صورة عقود منفصلة او سلسلة من العقود او مجموعة من العقود بين اكثر من طرف محلي او اجنبي واكثر من تخصص فني وتخصص لها رؤوس اموال طائلة(3).

كما تلعب صناعة التشييد الهندسي دورا متعاظم الاهمية في الدول النامية حيث يشكل مايتراوح عن 40% الي 50% من حجم الاستثمارات السنوية لهذه الدول(4). وتتعدد اشكال العقود التي تبرم في هذا الميدان بين العقود الداخلية والعقود الدولية التي تهدف في مجملها الي تنفيذ مشروعات هندسية

(1) محمود عبد الحميد حلمي، مرجع سابق، ص(6).

(2) المرجع السابق، ص(7).

(3) عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، (دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية، 2008م) ص(8).

(4) محمد أبو العينين، صناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، ندوة الأفاق الجديدة للتحكيم الهندسي المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بتاريخ: 2003/04/19م، ص(2).

متنوعة، تتراوح بين الاعمال الهندسية المعتاده كبناء العقارات والمصانع والمدارس والجامعات والمستشفيات وبين المشاريع الاستثمارية الكبرى.

كالانفاق والكباري وتخطيط المدن والقرى ومد خطوط السكك الحديدية وخطوط الكهرباء والغاز وانابيب البترول وشبكات الاتصالات واقامة المفاعلات النووية، وتتخذ عقود التشييد الهندسي صوراً متعددة في الواقع العلمي كعقود التصميم والتشييد وعقود تسليم مفتاح وعقود تشييد المجتمعات الصناعية وغيرها، كما تتعدد نماذج العقود التي يبرمها اطراف التعاقد وفقاً لاعتبارات متعددة اهمها تنوع المشروعات التي يهدف الاطراف لتحقيقها، ورغبة الاطراف في صياغة العقود بشكل يعكس ارادتهم في توزيع الحقوق والالتزامات المتبادلة فضلاً عن تأثيرهم في الصياغة بانتماهم لمدارس قانونية معينة كاللاتينية او الانجلوسكسونية، ويأتي في مقدمة النماذج الشهيرة عقود التشييد الهندسي الدولية نماذج عقود الفيديك بطبعتها المختلفة⁽¹⁾.

والطرفان الرئيسيان في عقود التشييد الهندسي هما رب العمل والمقاول الاصيلي حيث يتم الاتفاق بينهما علي تنفيذ مشروع هندسي معين، وقد يكون المقاول الاصيلي شخص واحد او عدة اشخاص يتعاقدون مع رب العمل بعقود منفصلة ومستقلة كل في تخصصه لتنفيذ المشروع، وقد يظهر المقاول في شكل عدة اشخاص يتخذون شكل المشروع المشترك لتنفيذ عملية واحدة كل بحصته مع المشاركة في ارباح وخسائر هذا المشروع ولكن دون ان تكون له شخصية معنوية قائمة بذاتها⁽²⁾.

وقد يتمثل المقاول كذلك في شكل عدد من الاشخاص يبرمون فيما بينهم اتفاقات تعاون يطلق عليها الكونسرتيوم وهو عبارة عن اتفاق بين اشخاص طبيعية او معنوية سواء كانت وطنية او اجنبية يلزم بموجبه كل جانب منهم باستخدام امكاناته الفنية والمالية بغرض الدخول في مناقصة وتنفيذ المشروع الذي يطرحه رب العمل ويحتفظ كل طرف في الكونسرتيوم بشخصيته المستقلة عن الاطراف الاخرى بحيث يكون كل طرف منهم مسئولاً بمفرده عن تنفيذ جزء من الاعمال تجاه رب العمل⁽³⁾.

وفضلاً عن الطرفين الرئيسيين في عقود التشييد الهندسي فقد يظهر في كثير من هذه العقود اطراف اخري كالمهندس الاستشاري والمقاول من الباطن ففيما يتعلق بالمهندس الاستشاري فدوره

⁽¹⁾ أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين، (دار النهضة العربية: القاهرة، 2009م) ص(45)

⁽²⁾ أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإشاعات، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1998م) ص(241)

⁽³⁾ هاني صلاح سري الدين، اتفاقية الكونسرتيوم، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1999م) ص(8).

يتراوح بين تقديم المشورة الفنية لرب العمل وإدارة الأعمال ومتابعتها لصالحه وبين فحص مطالبات واعتراضات طرفي العقد الرئيسيين وبصفه خاصة مطالبات واعتراضات المقاول⁽¹⁾.

رأي الباحث: ان العقد الهندسي عقد ذو طبيعة خاصة ومتعدد الاطراف وهو بذلك يعتبر مجموعة من العقود ولكن يعتبر طرفي العقد الهندسي الاساسيين هما المقاول ورب العمل ثم بعد ذلك يأتي بقيت الاطراف مع وجود التزامات وحقوق كل طرف من اطراف العقد الهندسي.

المطلب الثاني: محتويات العقد الهندسي:

الفرع الاول: الاتفاقية

لكي يكون هنالك عقد قانوني فلا بد من وجود فهم متبادل و واضح لشروط تلك الاتفاقية ومن هنا كانت لغة العقد ذات اهمية بالغه اذ لا بد ان تتم بالوضوح والدقة اللازمة، ويوقع الطرفان او الاطراف على الاتفاقية كوسيله لأثبات فهمهم و قبولهم لما جاء بها، ومن اسباب ابطال مفعول العقد مخالفه الاتفاقية للشرع والقانون وانعدام الشئ المتعاقد عليه وقت التوقيع، ويبطل العقد ايضا اذا ثبت ان احد الطرفين او الاطراف المعنية الموقعة على الاتفاقية لا يمثل ذلك الطرف تمثيلا شرعيا وقانونيا. كما يمكن اعتبار العقد باطلا وغير قانونيا اذا كان مضمونه يخالف القانون العام او مخالفا بالأنظمة القانونية مثل عقود تتضمن جرائم او احتيال او غش، اما فيما يتعلق باهليه الاطراف المعنية للدخول في الاتفاقية فلا يحق للأطفال غير البالغين للسن القانوني ومختلين العقول ان يدخلوا في الاتفاقية، كما ان لا بد لصيغه العقد ان تتماشى مع القانون والشرع⁽²⁾.

كما عرفت الاتفاقية بانها المستند الذي يجسد الاتفاق بين طرفي العقد ويتم التوقيع عليه من جهة التعاقد (المالك) والمقاول وربما يتضمن ايضا الشهود ويذكر فيه عادة اسم المشروع وقيمه الماليه واسماء طرفي الاتفاق وممثليها⁽³⁾.

الماده (6/1) من شروط عقد التشيد الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين نصت علي الاتي:

(مالم ينص علي غير ذلك في الشروط الخاصة يقوم الطرفان بتوقيع اتفاقية العقد خلال 28 يوما من تاريخ تسليم المقاول لخطاب القبول وتكون اتفاقية العقد حسب النموذج المرفق بالشروط

⁽¹⁾ أسامة روبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق، ص(7).

⁽²⁾ موقع المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، <https://hrdiscussion.com>

⁽³⁾ أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص(4).

الخاصة)، ويتحمل صاحب العمل تكاليف رسوم الطابع (رسوم الدمغة) والرسوم المشابهة كما هو مفروض بالقانون فيما يتعلق بإبرام الاتفاقية ان وجدت⁽¹⁾.

كما يقصد بالاتفاقية بانها الشروط التي يضمنها نموذج اتفاقية الخدمات بين العميل والاستشاري الشروط العامة والشروط الخاصة بالاضافة الي الملحق (أ) مجال الخدمات الملحق (ب) الافراد والمعدات والتسهيلات وخدمات من اخرين يلزم توفيرها من قبل العميل الملحق (ج) الاتعاب والسداد وخطاب القبول، والاتفاقية اذا ما اكملت او خلاف ذلك وفقا لما ينص عليه في الشروط الخاصة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشروط العامة والشروط الخاصة:

تتمثل الشروط العامة والخاصة فيما يلي:

اولا: الشروط العامة:

تشمل هذه الشروط مجموعة الاحكام العامة لاي مشروع وحمايته ويمكن حصرها في تعريف عام بالمشروع (المالك – المقاول – المصمم)، مكونات العقد، حقوق ومسؤوليات المالك والمقاول والمصمم، الزمن الكلي لتنفيذ المشروع، طريقة الدفع بين المقاول والمالك، التامين وغرامات التأخر.

ثانيا: الشروط الخاصة:

وهي عادة اما تكون تعديل او اضافة للشروط العامة بحيث تلائم طبيعة المشروع المراد تنفيذه فاذا كان اعمال المساحة البحرية والحفر في قاع البحر وكذلك استعمال الارصفة البحرية وغير ذلك.

ثالثا : اهداف الشروط الخاصة في العقود الهندسية

أ- اعطاء المالك مرونة في إحداث بعض التعديلات في بنود المشروع دون التأثير في زيادة الاسعار.
ب- تغيير بنود التامينات التي نص عليها في الشروط العامة وكذلك وضع شروط غرامة التأخير وكيفية تحمل المخاطر⁽³⁾.

ج- تحديد مسؤولية المالك في توفير عدد من المواد الخاصة بالمعدات والادوات او القيام ببعض الاعمال الاستشارية المكملة للمشروع كاعمال مساحية او اختبارات للتربة او مواد البناء او تزويد المشروع بخدمات عامة (كهرباء , مياه).

⁽¹⁾ جمال الدين احمد نصار، شروط عقد التشيد النسخة التوافقية لبنوك التنمية المتعددة الاطراف شاملة للشروط العامة والشروط الخاصة والنماذج، (ب ن: مصر، 2001// ص19)

⁽²⁾ جمال الدين احمد نصار، العميل الاستشاري نموذج اتفاقية خدمات الكتاب الأبيض الجديد، (ب ن: ب م، ط3، 1998م) ص (19).

⁽³⁾ احمد إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص (4).

د- وضع مواصفات خاصة كاستبدال مواد انشائية مذكورة في الشروط العامة باخري ذات مواصفات وجودة عالية .

ه- وضع اشتراطات علي المقاول بعدم انشغاله باعمال انشائية اخري في الوقت الذي يتم فيه تنفيذ المشروع حتي لا يتعرقل سير المشروع المتعاقد عليه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المواصفات:

تعني المستند المعنون(المواصفات) كما تضمنها العقد وايه اضافات وتعديلات تتم عليها وفقا للعقد. ان هذا المستند يحدد اوصاف الاشغال⁽²⁾، وايضا عرفت بانها المواصفات الفنية المشار اليها في مستندات العقد⁽³⁾، يمكن تقسيم المواصفات في العقود الهندسية الي الانواع التالية:

أولاً: المواصفات المفتوحة:

وهي تعطي المقاول حرية التعامل مع موردي مواد مختلفة شريطة التقيد بالمواصفات العامة لتلك الموارد وهناك حالات خاصة فقط ينظر المهندس فيها الي تحديد نوع معين من المواد المستخدمة في المشروع بغرض تحقيق جودة وفي حالة وجود نزاع بين المالك والمقاول يتم عادة اللجوء الي جهة استشارية لابداء الراي السديد وحل النزاع.

ثانياً: المواصفات المحددة:

وهي عادة ما تشترط عدم السماح باستبدال أي نوع معين من المواد او العمالة او المعدات وعادة ما تستخدم هذه المواصفات في اعمال القطاع الخاص .

ثالثاً: المواصفات القياسية:

وهي عادة مواصفات توضع من جهة رسمية مسؤولة على تنفيذ بعض المشروعات الانشائية التخصصية مثل وزارة المواصلات بحيث تقوم بوضع المواصفات لتنفيذ طريق او ما شابه ذلك .

رابعاً: مواصفات الاداء:

هي تلك المواصفات التي يجب توفرها في أي نشاط داخل المشاريع الهندسية بعد تنفيذها وعادة ما يقوم المقاول الرئيسي بإنجاز العمل بالجودة المطلوبة والمنصوص عليها فالمواصفات على ان تخضع الاعمال الانشائية للاختبارات الهندسية اللازمة للتأكد من مطابقتها للمواصفات.

خامساً: المواصفات التقنية:

⁽¹⁾ أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص5.

⁽²⁾ جمال الدين احمد نصار ، مرجع سابق، ص11.

⁽³⁾ www.bonah.org

وهي مجموعة من الشروط تشتمل بالأساس على اعتبارات تقنية متفق عليها وذلك لضمان جودة الاعمال المختلفة داخل المشروع ويتم النص فيها عادة على نوعية ومواصفات المواد المراد استعمالها من اسمنت وركام (حصى ورمل) وطوب وحديد وخشب وغيرها كما ينص فيها على نوعية ومواصفات الخلطات الخرسانية الى غير ذلك من الامور المعروفة في هذا المجال وكذلك على نوعية المعدات المطلوب استعمالها ومواصفاتها الفنية وخلاصة القول فان جميع بنود الاعمال فالمشروعات الانشائية يتم وصفها وكيفية تنفيذها وفقا للمعايير المتفق عليها مهما كان⁽¹⁾.

سادسا: مواصفات المواد والعمالة:

وهي تلك المواصفات التي توضح معايير المواد المستخدمة في الانشاء (الميكانيكية والطبيعية) ومستوى العمالة فانها توضح خصائصهم من حيث الخبرة ومستوى الاداء مثل اعمال الصرف الصحي واعمال اللحام والتي تتطلب عمالة ذات كفاءة معينة وعادة يقوم المالك بعمل الاختبارات اللازمة للتأكد من دقة الاعمال المنجزة والتي تتطلب عمالة ذات كفاءة معينة ومن حق المالك او من ينوب عنه التأكد من توافر الخبرات المطلوبة والتأكد من سير العمل على الوجه المطلوب⁽²⁾.

الفرع الرابع: بنود قوائم الكميات:

هي جداول كميات الاعمال التقديرية المعدة بمعرفة المالك والموقعة من المقاول، وايضا هو واحد من اهم المستندات المستخدمة في عدة مجالات وابرزها الانشاءات وهو عبارة عن جدول يحتوي على بنود مفصلة عن الاعمال المطلوب تنفيذها او المواد المطلوب توريدها، يتم وضع هذا الجدول عن طريق مهندس مختص ويسمى حاسب الكميات ويتم استخدامه فيما بعد لادخاله في العطاءات واستخدامه في التسعير الجدول يتكون من عدة اعمدة ويتم وضعها حسب المشروع المراد تنفيذه ونبين هنا شرح المصطلحات التي تستخدم في جدول الكميات⁽³⁾.

أولاً: الرقم التسلسلي:

هو رقم او حرف يتم اعطاؤه للبند حتى يتم استخدامه كمرجع .

ثانياً: وصف البند:

⁽¹⁾ أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص6.

⁽²⁾ المرجع السابق، ص7.

⁽³⁾ nah.org. www.bo

هو وصف للاعمال المراد تنفيذها مع وصف المواد المراد توريدها وقد يتم وضع الماركات المراد استخدامها حسب ما يطلبه المالك.

ثالثاً: وحدة القياس:

وهي الوحدة التي تم استخدامها لقياس كمية البند .

رابعاً: الكمية المراد تنفيذها:

يتم احتسابها عن طريق المخططات.

خامساً: سعر الوحدة:

هو سعر البيع المراد اعطاؤه للمالك .

سادساً: مجموع البند:

وهو كمية البند مضروبة في سعر الوحدة⁽¹⁾، بنود قوائم الكميات عرفت ايضاً بانها جداول تحصى فيها جميع بنود الاعمال الانشائية مثل اعمال الحفر والردم, اعمال الخرسانة, اعمال البناء, اعمال الطبقة العازلة, اعمال البلاط والارضيات, اعمال الدهانات وكمياتها وتشمل خانات لوحات القياس وفئة السعر لكل وحدة ومجموعة الاسعار.

ويمكن القول بان حساب الكميات فالمشروعات الهندسية يفيد في تحديد الزمن الكلي لتنفيذ المشروع وكذلك في حساب انتاجية العمل هذا ويتم اعداد الاعمال المختلفة للمشاريع الانشائية في دفتر خاص معتمد (دفتر الحصر) وهو يعتبر من المستندات المهمة ولا يسمح لتداوله بين ايدي غير مسؤولة وفي العادة يحفظ بعهدة المهندس او المالك، يمكن القول بان اهمية حساب كميات أي مشروع انشائي تتلخص في الاتي:

اولاً: يساعد في وضع التكلفة له والتي على اساسها يتم اختيار المقاول لتنفيذ المشروع

ثانياً: يمكن عمل ميزانية كلية للمشروع من بدايته حتى نهايته

بناء على التكلفة المتوقعة للمشروع فالبند السابق يتم تحديد قيمة التعديلات ان تطلب الامر اثناء مرحلة التنفيذ.

(1) محمد يوسف محسن، هندسة المكتب الفني، (كتاب الكروني: القاهرة، 2016م) ص(74)

الجدول ادناه يبين نموذج لحساب كميات مشروع انشائي⁽¹⁾

اسم البند	الوحدة	الكمية	ثمن الوحدة	الاجمالي
اعمال الحفر	المتر المكعب(م3)			
اعمال الخرسانة العادية	المتر المكعب(م3)			
اعمال الخرسانة المسلحة	المتر المكعب(م3)			
اعمال المباني(الحوائط)	المتر المربع(م2)			
اعمال اللياسة(البياض)	المتر المربع (م2)			
اعمال الدهانات	المتر المربع (م2)			
اعمال الارضيات	المتر المربع (م2)			
اعمال الكهرباء	بالعدد			
اعمال النجارة	بالعدد			
الاعمال الصحية	بالعدد			
الاجمالي				

الفرع الخامس: الرسومات الهندسية

هي الرسومات الملحقة مع مستندات العقد توضح الخطوط العريضة للمشروع دون تفاصيل حسب التصاميم الهندسية المعتمدة من المهندس الاستشاري على ان يقوم المقاول بعد ذلك بوضع رسومات تفصيلية لكل من نوع الاعمال يوضح فيها كيفية تنفيذ الاعمال الانشائية وبعد ذلك يتم اعتماد الرسومات من قبل جهة الاشراف (الجهة المشرفة علي المشروع) قبل البدء بالتنفيذ، إضافة الى ذلك فان هنالك مستندات اخرى تعتبر مكملة للعقد ولا يتم تنفيذ المشروع بدونها ومنها على سبيل المثال⁽²⁾:

اولا: برنامج العمل وطريقة التنفيذ:

وهي تشمل وضع خطة عمل من قبل المقاول لتنفيذ المشروع وتحديد الانشطة المخلفة له وكيفية تنفيذ هذه الانشطة وعلاقتها مع بعضها البعض وكذلك تتابع مراحل العمل المختلفة من واقع

⁽¹⁾ أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص8.

⁽²⁾ المرجع السابق، ص8.

خبرته فأعمال المشابهة وعاده يجتهد المقاول في طريقة تقديم عمل ينال رضى جهاز الاشراف وفي نفس الوقت تمثل اقل تكلفة لتنفيذ المشروع ويتم فيه حساب زمن كل بند داخل المشروع وكذلك حساب الموارد (مواد, عمالة, معدات, موارد مالية) التي يحتاجها المشروع(1).

ثانيا : جدول المعدات والعمالة:

بعد توقيع العقد واستلام موقع العمل يقدم المقاول كشف بالمعدات والاليات التي يذعم استخدامها موزعة على قطاعات العمل المختلفة كما يقدم كشفا اخر بالعدد الاجمالي للقوى العاملة بالمشروع كما يقدم تفاصيل على سابق خبرة العناصر الاساسية وخاصة المهندسين واعتمادهم من جهاز الاشراف قبل مباشرة اعمالهم، كما تقسم الرسومات الهندسية لعدة اقسام

اولاً: مرحلة العطاء:

وهي المعدة من قبل المصمم والمعتمدة من الجهة المالكة والتي تم طرح العطاء من قبلها.

ثانيا: مرحلة الترسية:

وهي بعد ترسية العطاء على المقاول ان يقوم بدراسة العطاء والمفترض انه قام بدراسة سريعة من قبل اثناء دراسة العطاء لان من مسؤوليات مقدم العطاء التحقق من كون الرسومات دقيقة في جميع التخصصات وانها تفي بالقرض الذي من اجله ينفذ المشروع طبقا للمواصفات المرفقة مع قوائم الكميات المسعرة من المقاول والتي على اساسها وضع التسعير(2).

ثالثاً: يقدم المقاول الرسومات من جديد:

ولكن للتنفيذ أي تتضمن التفاصيل اللازمة وتسمى رسومات تنفيذية .

رابعاً: الرسومات طبقا لما تم تنفيذه بالواقع

وتقدم مع محضر التسليم الابتدائي للمشروع وهي مهمة للمالك وللشركة المسؤولة للصيانة بعد

ذلك(3).

(1) المرجع السابق، ص9.

(2) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص10.

(3) sites.google.com.

يجب ان تمد الرسومات المتضمنة في مستندات العطاء بالاضافة الي المواصفات وقائمة الكميات للمتناقضين بتفاصيل كافية تمكنهم من عمل تقييم دقيق لطبيعة ومجال الاعمال التي يشملها العقد ويجب ان تحتوي المواصفات علي قائمة بالرسومات⁽¹⁾.

الفرع السادس: الجدول الزمني لتنفيذ المشروع

زمن تنفيذ المشروع يعتبر عنصرا اساسيا في عقود الانشاءات الهندسية حيث ان المالك عادة ما يكون لديه احتياجات واهداف معينة فور الانتهاء من تنفيذ المشروع، على سبيل المثال اذا كان المشروع استثماري عقاري فان هنالك موعدا مخططا له من قبل المالك لتاجير ذلك العقار، بينما المشاريع التعليمية كالمدارس والجامعات فان تسليمها عادة ما يتم في فترة الصيف (الاجازة) قبل بداية السنة الدراسية عادة.

وبناء على ما سبق ذكره فان معظم العقود الانشائية تتضمن شروط على الزمن الفعلي لتنفيذ المشروع طبقا للعقد المتفق عليه والمعتمد من المالك وذلك من تاريخ صدور الامر الكتابي الى المقاول وتسليمه الموقع بما في ذلك أي زيادات او تعديلات تصدر اليه كتابة، وعليه فان المقاول غير مسؤول على أي تاخر يثبت للمالك ان سببه لم يكن بلامكان توقعه عند وقت دراسة العطاء وكانت خارجة على ارادته، وعليه فانه يجوز للمالك منح المقاول تمديدا مناسبيا في مدة الاعمال بمقدار العمل الزائد او بسبب ظروف طارئة تحدث للمشروع، اما اذا كان التاخير ناشئا علي اسباب اخري فعلي المقاول ان يتحمل تكاليف الاشراف خلال فترة التاخير اضافة الي غرامة التاخير التي نص عليها العقد⁽²⁾.

الفرع السابع: خطابات الضمان:

اولا: خطاب الضمان في اللغة:

فالخطاب خطب الخاطب علي المنبر خطابة بالفتح والضم وذلك الكلام خطبة ايضا او هو الكلام المنثور المسجع ونحوه او هو اسم لذلك الذي يتكلم به الخطيب وقد خاطب فلان فلانا مخاطبة

⁽¹⁾ جمال الدين نصار، أسلوب طرح العطاءات، (الأتحاد الدولي للمهندسين الاستشاري: القاهرة، ط2، 1994م) ص (16).
⁽²⁾ أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص(10).

وخطابا وهما يتخاطبان⁽¹⁾. قال تعالى (ولا تخاطبني في الذين ظلموا انهم مغرقون)⁽²⁾، اما الضمان من ضمن ضمانا فهو ضامن وضمنه اي غرمه وضمن فلان فلانا اي كفله⁽³⁾.

ثانيا: خطاب الضمان اصطلاحاً:

لما كان خطاب الضمان من مفاهيم المعاملات الاسلامية الاقتصادية وهو احد الخدمات التي تقدمها المصارف الاسلامية ومن المصطلحات الحديثة لذلك لابد من معرفة مفهومه في الاصطلاح الفقهي، لذلك لابد من بسط مفهوم هذا المصطلح المركب ومقاله الفقهاء واهل العلم الشرعي في تعريف خطاب الضمان، عرفه بانه عبارة عن تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة احد عملائه (طالب الاصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقي علي عاتق العميل المكفول وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه اتجاه ذلك الطرف خلال مدة معينه علي ان يدفع المصرف المبلغ المضمون عند اول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة⁽⁴⁾.

وايضا عرف بانه تعهد نهائي يصدره البنك بناء علي طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين او قابل للتعيين خلال مدة معينة بمجرد ان يطلب المستفيد من البنك ذلك دون الرجوع الي العميل⁽⁵⁾.
التعريف الثالث لخطاب الضمان هو تعهد كتابي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناء علي طلب طرف اخر عميل له، يتعهد بمقتضاه المصرف دفع مبلغ معين لامر جهة اخري مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة او تنفيذ مشروع باداء حسن ويكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد خطاب الضمان متي تاخر او قصر العميل في ما التزم به للمستفيد في مناقصة او تنفيذ مشروع ونحوهما ويرجع البنك بعد ذلك علي العميل بما دفعه عنه للمستفيد⁽⁶⁾.

التعريف الرابع هو تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة احد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ذلك الطرف لآخر خلال مدة معينة علي ان يدفع المصرف

(1) الزبيدي محب الدين أبو فيض السيد، شرح القاموس المسمى تاج العروس من جواهر القاموس، (دار الفكر للطباعة والنشر: القاهرة، ج1، ب ت) ص(237).

(2) سورة هود الآية رقم 37.

(3) البعلي محمد ابن أبي الفتح الحنبلي، المطلاع، (دار الطبع: بيروت، المكتب الإسلامي، 1970م، 248/1).

(4) السالوس علي أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، (مكتبة الفلاح، القاهرة، 1986م) ص(131).

(5) محمد رواس قلعة جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، (دار النشر: الأردن، ب ت) ص(105).

(6) أبو زيد بكر، خطابات الضمان، (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: جدة، عدد 2، ب ت) 2/1037.

المبلغ المضمون عند اول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين او موافقته في ذلك الوقت حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث او اخلاله بشروط التعاقد معه(1).

اما التعريف الخامس فهو عبارة عن صك يصدره البنك بناء علي طلب العميل يتعهد فيه بدفع مبلغ نقدي لطرف ثالث يسمى المستفيد في حالة اخلال ذلك العميل بالتزاماته تجاه ذلك المستفيد ويوضح فيها بدقة الاسباب الموجبة للدفع واجراءاته(2).

التعريف السادس هو تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدي الطلب الي المستفيد في تلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان عند قيام الطالب بالتزامات معينه قبل المستفيد(3)، السابع خطاب الضمان هو صك يتعهد بمقتضاه البنك المصدر له بان يدفع مبلغا معينا لحساب طرف ثالث لغرض معين(4).

ثالثا: خطاب الضمان في العقود الهندسية:

عند التسليم النهائي للمشروع فان المالك فالعادة يرغب في الحصول على ضمانات للمشروع بحيث يعمل كما خطط له وبعبارة اخرى فهو يريد من المقاول القيام ببعض اعمال الصيانة والمتابعة بعد تنفيذ المشروع وهي فالعادة تتم بناء على وثيقة موقعة من الطرفين (وثيقة ضمان) وتشمل فترة ضمان زمنية من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع.

وهي فالعادة تشمل المشاريع التي تحتوي على معدات مكنيكية وكهربائية وفي بعض مشاريع البناء ايضا ويجب الاشارة الى ان اهداف هذه الضمانات قد تكون غير واضحة (يمكن لمشروع واحد ان يحتوي على عدة ضمانات وكل ضمان له هدفه وتأثيره)، وبذلك قد يتحمل المقاول تبعات اخرى من حيث تغيير بعض البنود التي تم تنفيذها مسبقا للمشروع والتي هي بالأصل ليست ملزمة له من واقع العقد الموقع ويمكن القول أن مشاريع البناء الكبيرة والتي يتم تنفيذها تحتوي على مرحلة صيانة لكي يتم التأكد من ان جميع بنود المشروع مطابقة للشروط والمواصفات المذكورة بالعقد وعملها بصورة جيدة(5).

(1) شبير محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، (دار الفكر: الأردن، ١٤١٨هـ) ص(148).
(2) الحسن بن أحمد بن حسن، خطابات الضمان المصرفية وتكليفها الفقهي، (مؤسسة شباب الجامعة: الإسكندرية، 1999م) ص(6).
(3) المترك عمر بن عبد العزيز، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، (دار العاصمة: الرياض، ١٤١٧هـ، ط2) ص128.
(4) أبو غدة عبد الستار، خطابات الضمان بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، (دار القلم: دمشق، ١٤١٨هـ، ط2) 1165/2.
(5) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص(10).

اضف الى ذلك ان خطاب الضمان يتضمن قيام المقاول باعمال صيانة للمشروع لمدة زمنية بعد تسليم المشروع وعادة ما تكون سنة كاملة لضمان كفاءة المشروع بدون تكاليف اضافية يتكبدها المالك(1).

رأي الباحث: أن جميع محتويات العقد الهندسي تكمل بعضها البعض فلا يمكن ان يكون هنالك مكون او محتوى دون الاخر ابتدائا من الاتفاقية وختما بخطاب الضمان.المبحث الثاني: انواع العقود الهندسية

المطلب الاول: مفهوم عقود المقاولات الهندسية:

المقصود بالمقولة الهندسية بانها عقد يتعهد به شخص طبيعي او معنوي بانشاء او تشغيل او صيانة مشروع معين لحساب شخص معنوي عام لقاء اجر معين وبموجب الشروط والمواصفات والخرائط المعدة لتنفيذ هذا العقد(2).

يعتبر عقد المقولة الهندسية اهم عقود الاشغال العامة وهذه الاهمية لا تأتي من الناحية الشكلية فقط وانما من الناحية الموضوعية ايضا ذلك لان عقد المقولة الهندسية اصبح من العقود التي يتسم بها العصر الحديث.

وعقد المقولة الهندسية يتميز عن غيره من المقاولات الاخرى ذلك لانه عقد يتطلب خبرة في اكثر من فرع من فروع الهندسه ويتطلب مهارة فنية ليس من السهل ايجادها في اعمال المقاولات الاخرى فبناء سد او جسر مثلا هذا العمل لا يمكن ان يقارن من ناحية فنية بادية صفقة تجارية مهما بلغت كلفتها من الضخامة(3).

الفرع الاول: انواع العقود الهندسية:

العقود الهندسية أنواع وكل نوع حسناته وعيوبه علي ان المعروف من هذه الانواع مايلي:

اولا: عقد سعر الوحدة:

هذا النوع من العقود هو الاكثر شيوعا في مشاريع الهندسة المدنية ويلجا اليه غالبا عندما تكون الاعمال المطلوبة غير محددة المقادير ويمتاز هذا النوع بالمرونة التي تمكن رب العمل من

(1) المرجع السابق، ص(11).

(2) لائحة الإجراءات المالية والمحاسبية لسنة 1995م، المقاولات المادة 5/63 التأكد من أهلية المقاولين من ناحية المقدرة المالية والفنية وحسن السمعة.

(3) محجوب إبراهيم الأمين، مرجع سابق، ص129.

تغيير الكميات بالزيادة او النقصان بدون اجراء تعديلات اساسية في جوهر المقاوله ويمتاز ايضا بتقليل مخاطر التسعيرة لا سيما تسعيرة اعمال الحفريات والاساس والاعمال الترابية⁽¹⁾.

ثانياً: عقد المبلغ المقطوع:

يلجا الي هذا النوع من العقود عندما تكون الاعمال المطلوبة متمثلة ومحددة ابتداء وصنعا وكما وعددا بشكل يمكن المقاول من تحديد المبلغ المقطوع الذي سيتم التعاقد عليه ويشترط تحقيقا لذلك ان تكون جميع الخرائط التفصيلية والمواصفات والتصاميم معدة مسبقا بصورة كاملة وبشكل واضح ودقيق، ويصادف ان يتم التعاقد عن طريق مقاوله المبلغ المقطوع في المشاريع الصناعية وهنا يعتمد رب العمل علي المهندس الاستشاري في تحديد وصف الاعمال المطلوبة سواء من ناحية نوعيتها او من ناحية طاقتها الانتاجية، ويؤخذ علي هذا النوع من المقاولات ان التغييرات التي تطرا علي نوع وكمية العمل بالزيادة او النقصان غالبا ما تكون مرهقة لرب العمل من حيث التكلفة⁽²⁾.

ثالثاً: عقد الكلفة زائد مبلغ مقطوع كاجور:

بموجب هذا النوع من العقود يتم الاتفاق مع المقاول علي ان يدفع اليه الكلفة الفعلية مضافا اليها مبلغا مقطوعا كاجور تحدد ابتداء وهذه الاجور المحددة ابتداء تبقى ثابتة حتي لو قلت كلفة المشروع او زادت، مما يؤخذ علي هذا النوع من المقاولات انها تتطلب من رب العمل اشرافا مباشرا ودقيقا علي جميع التفاصيل المتعلقة بالعمل بما في ذلك سجلات الحسابات والمخازن واسلوب المشتريات الامر الذي يزيد من كلفة المشروع⁽³⁾.

رابعاً: عقود الكلفة زائدا نسبة معينة ربحاً:

يشبه هذا النوع من العقود عقدالكلفة زائدا المبلغ المقطوع كاجور من نواح عديدة الا انه يختلف عنه في ان الاجور التي تدفع الي المقاول لا تحدد ابتداء وانما تعتمد علي الكلفة الفعلية انتهاء ونسبة مئوية يتفق عليها الطرفان، ومما يؤخذ علي هذا النوع من العقود ان المقاول كثيرا ما يبالغ في زيادة الكلفة لتزيد تباعا كذلك النسبة المئوية من الربح يعطي له⁽⁴⁾.

خامساً: عقود الكلفة المحددة بحد اعلي زائدا نسبة معينة ربحاً:

⁽¹⁾ فتحي قره، مرجع سابق، ص274.
⁽²⁾ خليل ابراهيم القطان، أصول التشييد والبناء هندسياً وقانوناً، (مكتبة الكويت الوطنية: الكويت، 2001م) ص(130).
⁽³⁾ محمد ماجد خلوصي، العقود الهندسية، دار الكتب القانونية: مصر، 2008م) ص(184).
⁽⁴⁾ المرجع السابق، ص(128).

من اجل تجنب محاولة المقاوله زيادة الكلفة كما راينا في النوع الرابع وجد هذا النوع من العقود الذي يتم الاتفاق بموجبه علي تحديد حد اعلي من الكلفة ابتداء بحيث لايتجاوزة المقاوله وفي حالة مجاوزة الكلفة الحد المتفق عليه فعندئذا يتحمل المقاول هذه الزيادة من حسابه الخاص، وكان هذا هو الحل الامثل من زيادة التكلفة من جانب المقاول وهذا النظام خضع لدراسات كثير الي ان توصلو الي هذا الحل التوفقي⁽¹⁾.

سادساً: العقد المتكامل (تسليم المفتاح):

ويطلق عليها ايضاً عقود الفئة الشاملة وفي هذا النوع من العقود يتفق كل من المالك والمقاول علي تنفيذ احد المنشآت نظير مبلغ محدد ولا يلتزم المالك بدفع اي مبالغ اضافية نظير التعديلات التي تضرا علي الاعمال مالم ينتج عنها تعديلات جزريا في التصميم الاصلي ويلتزم المقاول بتسليم الاعمال في حالة تسمح باستخدامها مباشرة في الغرض الذي انشأت من اجله.

وتحدد الدفعات علي مراحل مختلفة وتكون ذات قيمة محددة مسبقه بصرف النظر عما يتم من الاعمال وان كان علي المقاول تقديم جدول زمني بحيث يتم مراجعة سرعة التنفيذ بالنسبة اليه وعادة يرفق بالعقد قائمة باسعار البنود التي تضمنها الاعمال للاسترشاد بها عندما يتقرر اضافة او حذف بعض الاعمال⁽²⁾.

سابعاً: العقود المحددة الفئات والكميات:

وفي هذه العقود تفصل وحدات الاعمال البنود ويوضع لكل بند منها فنية (سعر) يلتزم المقاول به طول فترة التعاقد، ويجوز زيادة او نقصان للقيمة الكلية للاعمال في حدود نسبة معينة تتراوح عادة بين 15% كما في عقد ال ف اي دي اي سي و 25% كما في العقود المتبعة في مصر والمقاول له الحق في طلب تعديل فيئات البنود المختلفة اذا تجاوزت الاعمال هذه النسبة . وهذه العقود هي اكثر العقود شيوعاً في اعمال الهندسة المدنية⁽³⁾.

ثامناً: العقود المحددة الفئات بدون كميات:

في هذا النوع من العقود توضع فئات لبنود محددة ولكن بدون كميات ويحدد لهذا العقد اما مدة معينة تكون فيها الاسعار ملزمة لكل من المقاول والمالك واما ما قيمة اجمالية يجوز النظر بعد

⁽¹⁾محبوب إبراهيم محمد الأمين، مرجع سابق، ص(132).

⁽²⁾محمود عبد الحميد حلمي، عقود ومواصفات الأعمال في الهندسة المدنية، (دار الراتب الجامعية: القاهرة، 1991) ص(16).

⁽³⁾المرجع السابق، ص17.

تجاوزها في تعديل الفئات وهذه العقود شائعة لاعمال الصيانة او للاعمال التي يتعذر دراستها وتقديم التصميمات الكاملة لها قبل التعاقد، وفي هذه الحالة الاخيرة تكون البنود عادة مفصلة ومجزاة وذلك لامكان تلاقي الاختلاف عند التنفيذ فمثلا بالنسبة لبنود الخرسانة المسلحة يتجزا هذا البند الي شدات خشبية للحوائط، شدات خشبية للاسقف لارتفاع 3 متر، الشدات لارتفاع من 3-6 متر، تكاليف خرسانة تصب علي ارتفاع 3متر و6متر وكذلك بند لحديد التسليح وهكذا بدلا من جعلها بندا واحدا⁽¹⁾.

تاسعاً: عقود التكلفة:

هي التي تحدد نسبة ارباح تدفع للمقاول علاوة علي التكلفة الحقيقية التي يقوم بتقديرها المقاول مع مهندس المالك، وقد يقتصر في هذه العقود علي تكاليف الانشاء المصنفات اذا تكلف المالك بتوريد المواد وفي عقود الفئة الثابته يجوز الاتفاق علي زيادات في الاسعار اذا كان العقد مدته فترة طويلة بما يقابل متوسط الزيادة في الاسعار بصفة عامة، وهنا يتم الاتفاق علي نسبة الزيادة مع الوقت وتقدر هذه النسبة طبعا لمعدات الارتفاع في الاسعار (6% في العام مثلا) علي ان تطبق هذه النسبة سنوية او نصف سنوية او كل ثلاثة شهور من السعر الاصلي وتسمي هذه الزيادات بمعادلة التصاعد⁽²⁾.

رأي الباحث: أن مجموعة العقود التي تم ذكرها سابقا انها تختلف علي حسب العمل الانشائي المطلوب من المقاول القيام به فاعلي حسب نوع المشروع يبرم العقد.

المطلب الثاني: انواع العقود الهندسية الدولية (الفيديك):

أصدرت منظمة الفيديك عددا من النماذج لعقود المقاوله وغيرها من العقود ذات الصلة بتلك العقود وستتولي فيما يلي التعريف باهم عقدين منها:

الفرع الاول: الكتاب الاحمر:

الكتاب الاحمر هو الاسم الذي اشتهر به العقد النموذجي الصادر عن الفيديك والخاص باعمال البناء التي يصممها رب العمل وقد سمي بالكتاب الاحمر نظرا الي ان الفيديك قد اختار لغلغله اللون الاحمر وعدد غير قليل من المتخصصين واحيانا من المتخصصين يطلقون اسم الفيديك علي هذا العقد وهذا غير صحيح فعلي الرغم من ان هذا العقد اهم العقود النموذجية التي اعدتها وطورها الفيديك الا انه يبقي احد العقود النموذجية الصادرة عن الفيديك ويبقي الخط بين المنظمة واحد العقود التي

⁽¹⁾ جمال الدين محمد نصار، مرجع سابق، ص17.

⁽²⁾ المرجع السابق، ص18.

تصدرها هذه المنظمة خلطا غير جائز⁽¹⁾. منذ اكثر مما يزيد علي سنتين عاما وقبل ان يوجد الفيديك حاول المهندس المدني الانجليزي ان يبحث فيما يميز عقود الهندسة المدنية عن غيرها من العقود وانتهي الي ان:

(عقود الهندسة المدنية عقود مقاوله تتميز بانها تستوجب ان يكون الوثائق التي يتكون منها العقد متضمنة علي النص علي حالات الطوارئ والاحداث ذات الطبيعة الخاصة حيث ان تلك العقود أي عقود المقاوله في تعرضها لهذه الحالات الطارئة والاحداث ذات الطبيعة الخاصة لا نجد لها نظير في باقي اشكال العقود ويعزي ذلك الي الاستطالة الحتمية في مدة العقد ويستطرد قائلا في مزيد من الشرح لكلامه أي ان تلك الحالات الطارئة او الظروف ذات الطبيعة الخاصة في رأي هذا المهندس الانجليزي تتمثل في ان:

أ- الاعمال موضوع العقد ستبني علي الارض ولايمكن ان ترفض وتعاد الي المقاول اذا ثبت انها معيبة او اقل مما هو متفق عليه فعقود الهندسة المدنية عقود المقاوله ليست كعقود البيع التي يمكن فيها رد الشيء المبيع عند فسخ العقد واسترداد الثمن.

ب- الاعمال تنفذ في وسط مفتوح تحت ظروف غير مستقرة وباستخدام مواد وعمالة من نوعية متغيرة.

ج- ظروف التنقيب والتاسيس لا يمكن ان تكون معلومة كليا حتي يتم سير الموقع فعلا اذ ان الجلسات التي سيتم عملها لارض الموقع مهما كانت كثيرة فانه يبقي احتمال لوجود خصائص في التربة غائبة عن تقدير المقاول ورب العمل.

د- تنفيذ الاعمال قد يودي الي الضرر بالملكية التي تعود الي الغير.

خ- الاعمال التخصصية يجب ان تنفذ بنفس الوقت مع ماينفذه المقاولون العموميون

هـ- فترة العقد قد تمتد علي عدة سنوات وقد يتخلل التنفيذ ان يبدي رب العمل رغبته في استعمال الاجزاء المكتملة قبل الاتمام النهائي للاعمال⁽²⁾.

ويقول المهندس ايضا: (ان ذلك كله استلزم وجود شروط يجب ان تدخل في عقود الهندسة المدنية عقود المقاوله التي تتضمنها العقود التجارية العادية من الشراء والبيع)، المهندس (ريمير) كان يكتب عن عقد بناء محلي في انجلترا في الثلاثينات وليس البناء الدولي كما نعرفه

⁽¹⁾ محمد غانم مطر، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة الفيديك، (المكتب الجامعي، الاسكندرية، 2011م) ص(74).

⁽²⁾ المهندس الاستشاري المدني Rimmer، بحث بعنوان شروط العقود الهندسية، العدد الرابع، فبراير 1939م.

اليوم (مقالته كانت البادرة لاول عقد نموذجي لعقد الهندسة المدنية في انجلترا) نشر (ريمر) بحثه الذي اعطي له عنوان (شروط العقود الهندسية) نشره في (Journal of The Institution of Civil Engineers) في عددها الرابع الصادر المؤرخ في فبراير 1939 وقد قاد هذا البحث الي قيام مؤسسة المهندسين الاستشاريين في المملكة المتحدة باصدار الطبعة الاولى من الشروط النموذجية لهذا النوع من العقود في 1945 (لاحظ هذا التاريخ الذي يعاصر انتهاء الحرب العالمية الثانية وبدء مشروعات اعمار اوربا التي دمرتها الحرب)، وقد تاسست الطبعة الاولى من الكتاب الاحمر المنشور في اغسطس 1957 مما سبق يتبين لنا ان الكتاب الاحمر يستند في اصله الي عقد نموذجي محلي ومما سبق يتضح ايضا ان الكتاب الاحمر يعود في اصوله الي النظام القانوني الانجلوسكسوني او القانون غير المكتوب او العرفي⁽¹⁾.

ويقصد به عقد مقاولات اعمال الهندسية المدنية وقد صدر منه اربع طبعات اشهرها الطبعة الرابعة التي صدرت 1987 ثم اعيد نشر طبعة معدلة لها في 1992 ثم عدلت في 1996 وسمي بالكتاب الاحمر نظرا لانه قد اعطي لغلغله اللون الاحمر وفي 1999 صدر عقد نموذجي لاعمال المقاوله المدنية لم تعتبره الفيديك طبعة خامسة من الكتاب الاحمر بل اعتبرته طبعة اولي من شروط عقد المقاوله الا ان بعض الشراح الاجانب والعرب اصطالحوا علي تسميته بالكتاب الاحمر الجديد⁽²⁾. والكتاب الاحمر علي وجه الخصوص هو الذي اعطي الفيديك اهمية علي المستوي الدولي كما سبق القول حتي ان هنالك من يسمونه بعقد الفيديك يطلقون بذلك اسم المنظمة علي العقد. والطبعات الاولى من الكتاب الاحمر كانت تحتوي علي كلمة في عنوانها. International الان الطبعات التالية حرصت علي ازالة تلك الكلمة تاكيدا من الفيديك علي عقده النموذجي هذا يصلح لكل من العقود الدولية والمحلية علي حد سواء الا ان هذا العقد النموذجي يبقي في الواقع استخدامه مقصورا علي المشروعات التي يكون فيها المقاول اجنبي عن البلد التي تم فيها تنفيذ الاعمال. وهو ايضا العقد النمطي بين رب العمل والمقاول والمتعلق بالهندسة المدنية ويتضمن الكتاب الاحمر عدة مسائل تشمل مايلي:

أ- الشروط العامة:

⁽¹⁾محمد غانم مطر ، مرجع سابق، ص74.

⁽²⁾محمد غانم مطر، مرجع سابق، ص(75).

وهي بنود ذات تطبيق عام تتم صياغتها لكي تطبق علي كل المشروعات الانشائية، ونظرا لكون هذه الشروط عامة التطبيق فقد نشرها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين الفيديك في شكل يسهل به ادراجها مطبوعة في وثائق العقد التي يضعها الطرفان فمن المعروف ان بنود الجزء الاول قد تمت صياغتها في عبارات عامة لا تتعلق بحالة بعينها فاذا اراد الطرفان جعلها عامة كما هي فما عليهم الا الابقاء علي البند كما هو في الشروط العامة اما اذا اراد الاطراف تقييد البنود في الجزء الاول او تحديدها بصورة اكثر او اضافة معلومات جديدة اليها فعليهم في هذه الحالة اضافة المعلومات المطلوبة واستكمال البند ثم بعد استكماله يدرج في الشروط الخاصة أي في الجزء الثاني من العقد⁽¹⁾.

ب- الشروط الخاصة:

وهي صالحة للتطبيق مع مراعاة الظروف المحلية والخاصة بكل مشروع فمن المسلم به انه وان كان العديد من الشروط الواردة في الجزء الاول يقبل التطبيق العام الا ان بعضها يجب ان يتغير مراعاة لظروف الاعمال وموقعها فقد تتطلب الصياغة في الجزء الاول (الشروط العامة) ادراج بيانات او معلومات اضافية⁽²⁾.

في الجزء الثاني بحيث لا تكون الشروط العامة كاملة بتغير اضافة هذه البيانات او المعلومات كما قد تتطلب الظروف المحلية او نوعية مكان الاعمال وضع شروط تاخذ في الاعتبار بعض الظروف وتتم المعالجة القانونية. واخيرا فقد يتطلب قانون الدولة المضيفة او ظروف استثنائية تحوير او تعديل الشروط العامة الواردة في الجزء الاول ومثل هذا التحوير او التعديل يتم من خلال تضمين الجزء الثاني نصا يفيد الغاء بند معين او جزء من بند ورد ذكره في الجزء الاول او بالقول بان الشرط رقم كذا في الشروط العامة ملغي وحل محله الشرط التالي ويلاحظ ان البنود في الجزء الثاني (الشروط الخاصة) مرقمة بنفس ترقيمها في الجزء الاول حتي يسهل الحذف او الاضافة او التعديل في البنود لكي تتلاءم مع الظروف المتغيرة التي تحيط بكل مشروع علي حده. وتجدر الاشارة الي ان الشروط العامة والخاصة معا تحكم حقوق والتزامات رب العمل والمقاول وتوضح الوظائف والمهام الموكلة الي المهندس⁽³⁾.

منذ تاسيس الفيديك عام 1995 لم يقم بنشاط يذكر حتي 1957 عندما اصدر الطبعة الاولى من نموذج شروط عقد مقاولات اعمال الهندسة المدنية واختار للغلاف اللون الاحمر، أصدر الفيديك

⁽¹⁾محمد غانم مطر، مرجع سابق، ص(76).

⁽²⁾محمد غانم مطر، مرجع سابق، ص(77).

⁽³⁾محمد غانم مطر، مرجع سابق، ص78.

في عام 1969 الطبعة الثانية من نموذج شروط عقد مقاولات اعمال الهندسة المدنية وابقى علي اللون الاحمر علي الغلاف، وفي مارس 1977 اصدر الفيديك الطبعة الثالثة من نموذج عقد مقاولات اعمال الهندسة المدنية واطاف اليه جزءا خاص باعمال التكريك واستصلاح الاراضي وابقى علي اللون الاحمر للغلاف الذي اشتهر به هذا النموذج، وفي عام 1987 اصدر الفيديك الطبعة الرابعة من نموذج عقد مقاولات اعمال الهندسة المدنية واستمر في الابقاء علي اللون الاحمر للغلاف الذي اشتهر باسم الكتاب الاحمر.

بالاضافة الي ذلك اصدر الفيديك عام 1994 نموذجا لشروط عقد المقاوله من الباطن ليستخدمه المقاول يتعاقد علي اعمال الهندسة المدنية عن تعاقد مع مقاول من الباطن واختار لغلافه اللون الاحمر باعتباره تابع للكتاب الاحمر⁽¹⁾.

في سبتمبر 1995 كون الفيديك مجموعة لمراجعة تحديث العقد الاحمر للاعمال المدنية مع مراعاة المبادئ الاساسية الاتية:

أ- مراعاة تبسيط اللغة الانجليزية المستخدمة في صياغة العقد.

ب- عدم استعمال الاسلوب الحالي القاضي بصياغة العقد في جزابين اولهما للشروط العامة وثانيهما للشروط ذات التطبيقات الخاصة بعد ان تبين ان الكثيرين من ارباب الاعمال لم يعتادو استخدام الجزء الثاني للتعبير عن رغباتهم في تعديل أي من احكام الجزء الاول (الشروط العامة) وشكواهم المستمرة منها⁽²⁾.

وعلاجا لهذا الموقف قررت مجموعة العمل ان تلجأ إلى مبدأ جديد وهو ان تتيح لرب العمل استبعاد غير مطلوب من الشروط العامة بدلا من اضافة المطلوب الي الشروط الخاصة وعليه فقد تمت صياغة الشروط العامة بحيث تكون شاملة لجميع الشروط التي قد تكون مطلوبة ليكون العقد حاويا لجميع التفاصيل التي قد لا تكون لازمة او مطلوبة في كل عقد وتركت الحرية لمستخدم العقد في ان يستبعد منه مايراه غير منطبق او مطلوب من البنود. وزيادة في تسهيل مهمة مستخدم العقد فان معظم هذه البنود وخاصة تلك التي قد تحتاج الي اضافة بيانات محددة لاستكمال البند فان الصياغة تكتفي بان تعتبر عدم النص علي هذه البيانات كافيا لاعتبارها لاغية ولا اثر لها.

⁽¹⁾ جمال الدين نصار، الترجمة العربية شروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية، (جامعة عين شمس: القاهرة، ب ت) ص(16).

⁽²⁾ المرجع السابق، ص19.

ح- توحيد ارقام البنود المتناظرة في جميع العقود وكذلك توحيد عددها وصياغتها ولغتها مع الاسترشاد باحدث إصدارات الفيديك وهو النموذج الخاص بال (تصميم- بناء – تسليم مفتاح) الصادر طبعته الاولي في 1995

ج- تصميم صياغة العقد علي اساس توزيع المخاطر وليس علي اساس نوعية الاعمال المتعاقد عليها(1).

وبالتالي تمت صياغة جديدة تماما مخالفة للصياغة السابقة فبدلا من صياغة الكتاب الاحمر وهو نموذج الخاص بمقاولات اعمال الهندسة المدنية علي اساس انه يصلح لاستخدامه في التعاقد علي هذه النوعية من الاعمال تمت صياغة الكتاب الاحمر الجديد والخاص بشروط عقد التشيد علي اساس انه يصلح لاستخدامه في العقود التي يقوم فيها رب العمل باعداد التصميمات والمستندات بمعرفته او بواسطة تابعيه بغض النظر عن نوعية الاعمال التي يشملها العقد فيمكن ان يشمل العقد امالا ميكانيكية او كهربائية او غيرها من الاعمال(2).

الفرع الثاني: الكتاب الاصفر:

ويقصد عقد الاعمال الميكانيكية والكهربية واطلق عليه اسم الكتاب الاصفر نظرا الي ان الفيديك قد اختار لغلافه هذا اللون وقد صدرت الطبعة الاولي منه في عام 1963 والطبعة الثالثة في 1987 معاصرة بذلك الطبعة الرابعة من الكتاب الاحمر واهم المعالم المشتركة فيما بين الكتاب الاحمر والكتاب الاصفر هو ذلك الحضور البارز والدور الرئيسي الذي يلعبه المهندس ويكفي التذليل علي ذلك ان نص الطبعة الرابعة من الكتاب الاحمر وعنوانها في لزوم ان تكون الاعمال موافق للعقد والتي نصت علي ان (فوقا لهذا النص يكون الاصل هو ان المهندس هو المرجعية فيما اذا كان المقاول قد نفذ الاعمال بالتزام بما تم الاتفاق عليه في العقد ام لا وكذلك تبدئ اهمية دور المهندس بالرجوع مواد العقد التي جعلت للمهندس دورا بارزا في تسوية المنازعات بين الاطراف فاعطت له دورا شبه تحكيمي(3)، لما كان ذلك اضحي من الطبيعي ان يتم النص علي ان يكون المهندس متجردا وغير متحيز ومؤهلا تاهيلا كافيا ورغم قبول عدد كبير من ارباب العمل والمقاولون لهذا الدور الا انه قد بقيت هناك وجهة نظر في الدول النامية تنتقد هذا الدور وترا غير عادل حيث ياتي كل من المهندس والمقاول من الدول المتقدمة او من نفس الدولة المتقدمة مما يعني انه يوجد احتمال كبير ان

(1) جمال الدين نصار، مرجع سابق، ص(20).

(2) جمال الدين نصار، مرجع سابق، ص(21).

(3) المادة 13، الطبعة الرابعة، الكتاب الاحمر.

ينال المقالو معاملة فيها محابة من جانب المهندس علي حساب رب العمل وهناك راي اخر ينتقد دور المهندس لسبب لا يختلف فيما بين الدول المتقدمة وغير المتقدمة وهو ان المهندس يتقاضى اتعابه من رب العمل وبالتالي يضحى القول بحياده امرا مثاليا في كثير من الاحيان حيث دوما سيدفع المهندس الي ان يضع مصلحة رب العمل في المقام الاول⁽¹⁾.

وايضا بقصد بالكتاب الاصفر عقد الاعمال الميكانيكية والكهربائية شاملة اعمال التركيب في الموقع وقد صدرت الطبعة الاولى منه عام 1963 والطبعة الثانية عام 1980 والطبعة الثالثة عام 1987 وقد عاصرت الطبعة الاخيرة الطبعة الرابعة من الكتاب الاحمر⁽²⁾.

ويتضمن الكتاب الاصفر مجموعة الشروط العامة والخاصة لتنفيذ الاعمال الميكانيكية والكهربائية بين رب العمل والمقاول وهي شروط شبيهة بتلك الواردة في الكتاب الاحمر مع بعض الاختلافات التي تتطلبها طبيعة الاعمال المتعاقد عليها. وقد ورد في الكتاب الاصفر مستندات العقد في نموذج الاتفاقية المعدة لهذا الغرض والملحقة به وهذه المستندات هي خطاب القبول - المقدمة - الجزء الثاني من شروط العقد (الشروط الخاصة)- الجزء الاول من شروط العقد (الشروط العامة) - المواصفات - جدول الكميات - رسومات رب العمل - رسومات المقاول - العطاء⁽³⁾.

في عام 1963 اصدر الفيديك الطبعة الاولى لنموذج اخر وهو شروط عقد مقاولات الاعمال الميكانيكية والكهربائية شاملة اعمال التركيبات بالموقع واختار للغلاف اللون الاصفر وفي عام 1980 اصدر الطبعة الثانية من النموذج شروط عقد مقاولات الاعمال الميكانيكية والكهربائية شاملة اعمال التركيبات بالموقع وابقى علي اللون الاصفر للغلاف الذي اشتهر به هذا النموذج وازداد اليها ملاحظات بشأن مستندات عقود الاعمال الميكانيكية والكهربائية وفي عام 1987 اصدر الفيديك الطبعة الثالثة من النموذج شروط عقد المقاولات الاعمال الميكانيكية والكهربائية شاملة اعمال التركيب بالموقع وابقى علي اللون الاصفر للغلاف الذي اشتهر باسم الكتاب الاصفر وفي عام 1995 ادخل الفيديك علي نماذج العقود التي يصدرها نظاما جديدا لتسوية المنازعات فبدلا من النص علي قيام المهندس بدور شبه تحكيمي لحل ماقد يطرا من منازعات اثناء تنفيذ الاعمال الي جانب عمله الاصلي في الاشراف علي الاعمال وتسليمها وحاسبة المقاول ورعاية كافة مصالح رب العمل كما هو الحال في هذه النماذج اجاز النظام الجديد لرب العمل ان يختار بالاتفاق مع المقاول مجلسا اطلق عليه اسم

(1) محمود عبد الحميد حلمي، مرجع سابق، ص79.

(2) محمد ماجد خلوصي، مرجع سابق ص34.

(3) المرجع السابق، ص35.

مجلس فض المنازعات يتكون من حكم واحد او ثلاث حكام حسب اختياره وحسب حجم وتنوع الاعمال، أصدر الفيديك ملحقا خاصا يحدد فيه كيفية تطبيق هذا النظام في الكتاب الاصفر الذي كان يقتصر هذا الدور علي المهندس⁽¹⁾.

الفرع الثالث : الكتاب الابيض:

وهو الإسم الذي يشتهر به نموذج الفيديك للعقد بين رب العمل والمهندس الإستشاري وقد صدرت طبعته الأولى 1990 والثاني عام 1991 بعنوان العميل الإستشاري نموذج إتفاقية خدمات. ويتضمن الكتاب الأبيض الشروط العامه وشروط التطبيق الخاصه بالإضافة إلي ملاحق ثلاثه وقد تتضمن الجزء الأول الشروط العامه 44 بنداً ضمن 9 عناوين وفيما يتعلق بالتزامات العميل أو رب العمل فهي تشمل الآتي:

أولاً: يلتزم بتقديم كافة المعلومات المتوفره لديه عن المشروع.
ثانياً: يلتزم بإتخاذ القرارات المحوله إليه من قبل الإستشاري وذلك في الوقت المناسب.
ثالثاً: يلتزم بمساعدة الإستشاري في الوصول إلى المعلومات اللازمه لتنفيذ المشروع.
رابعاً: يلتزم بتقديم المعدات والادوات اللازمه والوارده في الملحق الخاص بها.
خامساً: يلتزم بتقديم الأشخاص والخدمات اللازم إنجازها من قبل الآخرين.
سادساً: تحمل التعويض المناسب إتجاه الإستشاري شريطة ألا تتجاوز قيمة التعويض الضرر الظاهر.
سابعاً: يتحمل نفقات التأمين على مسؤولية الإستشاري⁽²⁾.

أما التزامات الاستشاري فتتمثل فيما يلي:

أولاً: يلتزم بإنجاز الخدمات الوارده في الملحق الخاص بها .
ثانياً: يلتزم بإنجاز الخدمات الإضافيه والإستثنائيه الناجمه عن تنفيذ العقد
ثالثاً: يلتزم بتنفيذ المهام الموكولة إليه، طبقاً للعقد المبرم بين العميل واي طرف ثالث.
رابعاً: يلتزم بإعادة ما لم يستخدمه من أشياء قدمها له العميل وذلك بعد إنتهاء العقد.
خامساً: يلتزم بتعويض العميل عن إخلاله بالتزاماته.
سادساً: يلتزم بأن يؤمن على مسؤوليته من الأضرار التي تصيب طرف ثالث⁽³⁾.

(1) جمال الدين نصار، مرجع سابق، ص16-17.

(2) محمد غازي الجلاي، الاتجاهات الحديثه في عقود التشييد، (رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، 1997م) ص(107).

(3) محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية، (دار النهضة العربية: القاهرة، 2004م) ص(102).

الفرع الرابع: الكتاب البرتغالي

هو عقد التصميم والتشييد أو عقود تسليم المفتاح وهو الإسم الذي يشتهر به نموذج الفيديك لعقد التصميم والإستراء والتشييد وتسليم المفتاح وقد صدرت الطبعة الأولى منه عام 1995م ويلاحظ أن هذا العقد يضم في طياته العديد من العقود الأخرى بحيث يشمل العقود الآتية:

أولاً: عقد تصميم مشروع.

وفيه يقوم أحد الأطراف بأعمال التصميم اللازمه لمشروع الطرف الآخر ويقدم الطرف الأول نسخه من المقترح الاول مع توقيع العقد ونسخه من التصميم المعماري الإبتدائي خلال مده معينه يحددها الطرفين.

ثانياً: عقد إشراف على مشروع:

وفيه يقوم أحد الأطراف بأعمال الإشراف اللازمة على مراحل عمل المشروع حتى إصدار شهادة الإستلام الإبتدائي للمقاول وتمكين الطرف الآخر من الإستفاده من المشروع ويخضع مضمون هذا العقد بالتصريح والرسومات الصادره من مكتب المصمم، وعقد المقاول ومواصفات العقد.

ثالثاً: عقد مقاوله أعمال بياض:

وفيه يقوم الطرف الأول المالك بكافة أعمال التوريدات والتركيبات والتي تشمل السقايل الداخليه والخارجيه المعدنيه، وجميع المون والمهمات من رمل وزلط وخلافه، وذلك حتى يقوم الطرف الثاني بإستخدامها في أعمال البياض للمواقع المحدده بالعقد.

رابعاً: عقد أعمال دهانات:

وفيه يقوم الطرف الثاني بصفته دهاناً خبيراً بكافة أعمال الدهانات اللازمه للعقارات المملوكة للطرف الأول المالك وذلك حسب أجود الأصول ومواصفات مكتب المهندس. ويقدم الطرف الأول جميع اللوازم والمهمات والأدوات وجميع أنواع العماله اللازمه للعمل والمدربه التي يقبل بها المهندس⁽¹⁾.

خامساً: عقد مصنعيات إنشاء هيكل ومباني:

وفيه يلتزم المقاول بعد إطلاعه على مستندات الموقع بما تشمله من رسومات وتفصيلات ومواصفات بأن يقوم بإنجاز كافة الأعمال اللازمه لإنشاء هيكل خرساني من القواعد والأساسات

(1) جمال الدين نصار، مرجع سابق، ص17.

والميدان وذلك حسب المخططات والخرائط الخاص بها والمعتمده من الجهات المختصة. ويلاحظ أن الفيديك قد اصدرت في سبتمبر عام 1998 أربع نماذج تجريبية جديدة من العقود اعمال المقاولات بيانها كالآتي:

- أ. الشروط العامه لعقود الإنشاءات (فيديك 199) وهو خاص بالاعمال التي يقوم بها رب العمل فيها بالأعمال للتصميم للمنشآت، ويقتصر دور المقاول فيها أساساً على أعمال التنفيذ، وان كان من الممكن تكليفه ببعض أعمال التصميم رغم ذلك.
- ب. الشروط العامه لعقد تجهيزات، وهو خاص بالاعمال التي يقوم المقاول فيها بأعمال التصميم للمنشآت والمعدات والتنفيذ، ويقتصر دور رب العمل فيها أساساً على أعمال الإشراف على التنفيذ، وإن كان من الممكن أن يكون قد قام بمعرفته ببعض أعمال التصميم رغم ذلك.
- ج. الشروط العامه لعقود المشاريع (تسليم المفتاح) هندسه وإشتراء وإنشاء، وهو خاص بأعمال المقاولات التي يكون فيها المقاول مسؤولاً بالكامل عن جميع أعمال التصميم والإشتراء للمعدات وتركيبها وجميع ما يلزم من تجهيزات) وجميع أعمال التنفيذ، إلى جانب قيامه بكل ذلك على أساس تسليم المفتاح في مده محدده وبسعر ثابت يتفق عليه عند التعاقد، وهذا النموذج تمت صياغته خصيصاً ليتلاءم مع المشروعات التي يجري تنفيذها طبقاً بنظام البوت⁽¹⁾.
- د. عقد المقاوله الموجز (فيديك 1999) حيث أصدر الفيديك نموذجاً يختلف تماماً في اسلوبه وتكوينه عن العقود التي عرف بها الفيديك فقد روعي فيه ان يكون عقدا مختصرا بسيطا في لغته ومباشرا بأقصى قدر لإستخدامه في المشروعات ذات الطابع البسيط فنيا أو ذات القيمه الماليه الصغيره والتي تحتاج في تنفيذها على فتره قصيره نوعا ما، وقد أطلق على هذا النموذج إسم (العقد المختصر) واختير اللون الاخضر لغللافه ويتكون هذا النموذج المختصر من خمس عشر فصلا، هذا فضلا عن إتفاقية فض المنازعات وقواعد فض المنازعات⁽²⁾.

الفرع الخامس: الكتاب الفضي الجديد:

وتبين للجنة تطوير عقود الفيديك اثناء دراساتها ان عودة نظام البوت الي ظهور وانتشاره خلال السنوات الاخيره ونوعيه المشروعات التي تتم باستخدام هذا النظام يستلزم صياغة مخالفة تماما

(¹) محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، (شبكة المعلومات القانونية، تاريخ الإرسال 2005/05/17م).

(²) المرجع سابق، ص(18).

لجميع الصياغات المألوفة اذ يجب ان تنحو صياغته نحو الحد من امكانية المقاول في تعديل سعر العقد او مدته الزمنية.

ورغم انه يمكن القول بان هذا هو الغرض الاساسي من العقد عامة فان جميع عقود الفيديك علي النقيض من ذلك سعت الي تحديد المخاطر التي يتحملها المقاول عادة في اضيق نطاق تشجيعا للمقاول علي عدم المبالغة في سعره تحسبا لوقوع هذه المخاطر ولتأمينه في حال حدوثها ,صيغة بنود العقد بحيث تسمح له بأن يتقدم بمطالبات بمبالغ إضافية أو زمن إضافي أو كليهما بتعويضه عما تكبده من تكلفة أو تأخير, إذا ما تعرض لأي من هذه المخاطر(1).

ففي الكتاب الأحمر على سبيل المثال تسمح بنود العقد للمقاول أو رب العمل بأن يتقدما بمطالبات في 37 بند أو بند فرعي ولما كانت هذه الإستراتيجية في صياغة العقد غير مناسبة في حالة عقود التشييد في المشروعات بنظام البوت, فقد قررت اللجنة صياغة نموذج تعاقدى جديد لإستخدامه في هذه النوعية من العقود واختارت له اللون الفضي ليعرف أيضا بالكتاب الفضي وقد أصدر الفيديك في سبتمبر 1999 شروط عقد مشروعات تسليم المفتاح(التصميم والإستراء والتشييد) (الكتاب الفضي) والذي يمكن أن يكون مناسباً للمشروعات التي تنشأ على أساس تسليم المفتاح مثل محطات معالجة المياه أو الصرف الصحي أو الزراعي أو محطات الكهرباء أو المصانع أو أي منشأة مشابهة أو مشروع بنية أساسية أو أي نوع آخر من مشروعات التنمية حيث يشترط لنجاح المشروع درجة عالية مؤكدة للسعر النهائي ومدة التنفيذ النهائية ويتحمل المقاول كامل المسؤولية عن التصميم والتنفيذ للمشروع مع إشتراك قليل من جانب رب العمل وأجهزته الفنية أو شركة المشروع في المشروعات بنظام البوت وبموجب الترتيبات المعتادة لمشروعات تسليم المفتاح ليقوم المقاول بجميع أعمال التصميم الإشتراء والتشييد ويسلم منشأة كاملة التجهيز جاهزة التشغيل عند تدوير المفتاح إلى رب العمل أو شركة المشروع(2).

الفرع السادس: استخدام النماذج الجديدة:

يوصي الفيديك باستخدام هذه النماذج بشكل عام عندما تتم الدعوة الي العطاءات علي اساس دولي وقد يتطلب الامر تعديل بعض احكامها في بعض النظم القضائية وخاصة اذا ما استخدمت هذه الشروط في العقود المحلية. كما يعتبر الفيديك ان النسخ باللغة الانجليزية هي النصوص الرسمية

(1) جمال الدين نصار ، مرجع سابق، ص17.

(2) المرجع السابق، ص18.

والمعتمدة عند حدوث أي خلاف حول الترجمة. وعند اعداد مجموعة الشروط الخاصة بعقد تسليم المفتاح (التصميم والاشتراء والتشييد) تم مراعاة انه بينما توجد بنود فرعية كثيرة يمكن تطبيقها بشكل عام فهناك ايضا بعض البنود الفرعية التي يجب ان تختلف بالضرورة لتأخذ الظروف الخاصة لعقد معين في الاعتبار وعليه فقد تم تضمين الشروط العامة البنود الفرعية التي اعتبرت قابلة للتطبيق في عقود كثيرة وليس جميعها حتي يسهل ضمها الي أي عقد.

وتؤلف الشروط العامة والشروط الخاصة مجتمعة شروط العقد التي تحكم حقوق والتزامات الطرفين. وسيكون ضروريا إعداد الشروط الخاصة لكل عقد بعينه والأخذ في الإعتبار تلك البنود الفرعية من الشروط العامة التي تشير إلى الشروط الخاصة وقد تم إعداد الشروط العامة لهذه الطبعة الأولى على الأسس التالية:

أولاً: الدفعات الدورية في حالة المبلغ المقطوع لثمن العقد سيتم سدادها مع تقدم الأعمال وتكون عادة في صورة أقساط محددة في الجدول

ثانياً: إذا إستلذمت الصياغة في الشروط العامة بيانات إضافية يتم عادة توصيفها بمعرفة رب العمل عندئذ يجب أن يذكر البند الفرعي أن هذه البيانات موجودة في الشروط الخاصة أو في متطلبات رب العمل⁽¹⁾.

ثالثاً: عندما يتناول بند فرعي من الشروط العامة أمراً من المحتمل أن تنطبق عليه بنود تعاقدية مختلفة في العقود المختلفة فإن المباديء التي طبقت عند صياغة البند الفرعي كانت:

أ. المستخدمون للعقد سيجدون أنه إذا ما أمكن ببساطة أن يحدفوا أو لا يعملوا أو يفعلوا أية أحكام لا يرغبون في تطبيقها فإن هذا سيوفر لهم بديلاً أفضل عن صياغة نص إضافي يضاف للشروط الخاصة وذلك في حالة كون الشروط العامة لا تغطي متطلباتهم.

ب. وفي حالت أخرى عند الإعتقاد بأن تطبيق الفقرة (أ) غير مناسب تم تضمين البند الفرعي للأحكام التي تعتبر قابلة للتطبيق في معظم العقود.

وعلي سبيل المثال فان البند 14-2 (الدفعة المتقدمة) موجود للتسهيل وليس بسبب أي سياسة ينتهجها الفيديك فيما يتعلق بالدفعات المقدمة، فهذا البند الفرعي يصبح غير نافذ المفعول (حتي ان لم يحدف) اذا اهمل ولم تحدد قيمة الدفعة المقدمة في الشروط الخاصة ولذلك ينبغي ملاحظة ان بعض الاحكام الواردة في الشروط العامة قد لا تكون مناسبة لعقد نموذجي تقليدي.

(1) المرجع السابق، ص 19.

وقد تم تضمين هذه الطبعة كمرشد لاعداد الشروط الخاصة معلومات اضافية في المجالات وامثلة صياغة لترتيبات عقدية ومواد توضيحية اخري وقائمة تدقيق وامثلة صياغة للمساعدة في اعداد الشروط الخاصة ومستندات العطاء الاخري تماما كما اتبع في العقود السابقة بالنسبة للجزء الثاني، وينصح الفيديك بمراجعة أي من امثلة الصياغة الواردة بالشروط الخاصة قبل تضمينها بالعقد للتأكد من كونها مناسبة تماما للظروف الخاصة بالمشروع القانون الواجب التطبيق والا فيجب تعديلها لمراعاة ذلك⁽¹⁾.

وعند تعديل امثلة الصياغة الواردة وفي جميع الاحوال التي يتم بها إجراء تعديلات أو إضافات أخرى ينبغي الحذر للتأكد من عدم خلق أي لبس أو تناقض سواء من الشروط العامة أو بين بنود الشروط الخاصة بعضهما البعض ويراعى أنه من الضروري أن يعهد بجميع مهام الصياغة هذه والإعداد الكلي لمستندات العطاء لأشخاص من ذوي الخبرة في النواحي التعاقدية والتقنية والإشترائية، ويختتم الفيديك هذه الطبعة بأمثلة لنماذج خطاب العطاء وإتفاقية العقد وبدائل لإتفاقية مجلس فض المنازعات، وتعطي إتفاقية مجلس فض المنازعات نموذج صياغة للإتفاقية التي يفترض إبرامها بين رب العمل والمقاول من جهة والشخص الفرد المعين للقيام بدور مجلس فض المنازعات أو كعضو في مجلس فض المنازعات من ثلاثة أعضاء أو أكثر وتضمن هذه الإتفاقية كملحق للشروط العامة وقد أصدر الفيديك دليلا لإستخدام شروط عقد مقاولات أعمال التشييد وعقد مقاولات الأعمال الصناعية والتصميم بناء وعقد مقاولات تسليم مفتاح (الأعمال المتكاملة) الصادرة في سبتمبر 1999م⁽²⁾.

رأي الباحث: ان الفيديك يقوم بعدد كبير من الانشطة واهم هذه الانشطة هو اعداد ونشر نماذج للعقود المتعلقة باعمال المقاولات بانواعها المختلفة سوا كانت اعمال مدنية انشائية او اعمال ميكانيكية او كهربية، وحقيقة الامر ان هذه النماذج المعدة من قبل الفيديك تعبر عن خبرات السابقين الذين قاموا بهذه الاعمال علي ارض الواقع ولانها تودي الي الاستفادة من تراكم الخبرات المتتالية وتجارب الاخرين في نفس التخصص ونفس المجال.

⁽¹⁾المرجع السابق، ص20.

⁽²⁾المرجع السابق، ص20.

المبحث الثالث: طرق التعاقد في المشاريع الهندسية

معظم المشاريع الهندسية تتضمن مشاركة كل من المالك والمصمم والمقاول والموردين وعموما فان المالك هو الذي يحدد نوعية العقد بناء علي دراسات مستفيضة وبمجرد تحديد نوعية العقد واخذ قرار تنفيذ المشروع فمن الضروري عمل الاستشارات الهندسية والتصميمات الازمة والتي تخدم اهداف المشروع وبناء عليه يشرع المقاول في تنفيذ المشروع وتجدر الاشارة بان اتفاقية العقد ومهام كل طرف في المشروع تعتمد علي طبيعة وحجم المشروع وهذه المهام يجب ان تقيم وتدرس جيدا لكي تحدد علاقة كل طرف بالآخر خلال زمن تنفيذ المشروع وبالتالي يمكن القول بان هناك خمسة انواع اساسية للتعاقد في المشروعات الانشائية .

المطلب الأول: طريقة التعاقد العام:

هي طريقة تعاقد بين المالك والمقاول الرئيسي بحيث يتم تمثيل المالك بواسطة شركة تقوم باعداد التصاميم الهندسية وكل مايتعلق بالعقد (في مشاريع البناء عادة ماتكون شركة تصميم معمار) بحيث يكون دور كل طرف اثناء التعاقد واضحا ومعروفا في الشروط العامة لمستندات العقد⁽¹⁾. وفي العادة يتم الاعلان علي المشروع في الوسائل العامة لاشعار الاطراف المعنية (المقاولين) علي اخر موعد تقديم العطاء هذه العطاءات تفتح وتقرأ في وجود المقاولين وفي الغالب يتم ترسية المشروع الاقل عطاء من حيث السعر وبقية العطاءات تبقي مفتوحة وبخاصة العطاء الثاني والثالث من حيث السعر الي حين توقيع العقد بين المالك والمقاول مع ملاحظة ان هذه الاجراءات لها ضوابط قانونية، اما بالنسبة لطريقة التعاقد في القطاع الخاص فان الخطوات تشبه تلك التي في القطاع العام ولكن ليست بنفس الضوابط والمعايير.

وعلي سبيل المثال يكون فتح العطاء في جلسة مغلقة وعليه يحدد المقاول وفي بعض الاحيان قد يلجا المالك الي التفاوض في تكلفة المشروع بسعر اقل مما هو مذكور والمقدم من المقاول وهذا بالطبع ليس مالوفا ولنخص من هذا سواء كانت طريقة التعاقد خاصة او علي مستوي القطاع الحكومي فان اتفاقية التعاقد تكون متشابهة، وايضا علي سبيل المثال يمكن ان يكون المقاول الرئيس متخصص في اعمال معينة في بنود اعمال المشروع المختلفة (خرسانه, تركيبات منشآت معدنية ... الخ) اضافة الي ذلك فقد يكون المقاول الرئيس لا يوجد لديه خبرات معينة لتنفيذ بعض بنود المشروع وبناء عليه فان يتعاقد من الباطن مع مقاول يقوم بتلك الاعمال ويكون المقاول بالباطن مسؤولا علي عمله

(1) احمد اسماعيل، مرجع سابق، ص11.

والمعدات والموارد والادارة لبنود الاعمال الموكله اليه، ومن المتعارف عليه في كثير من الاحيان في مشروعات البناء العادية ان يكون هناك حوالي ثلاثة مقاوليين بالبطان علي الاكثر لتنفيذ بنود مختلفة داخل المشروع⁽¹⁾.

اما في مشروعات البناء التخصصية المستشفيات فانه من المحتمل ان يصل عدد مقاولي الباطن الي سبعين مقاول، في مشاريع البناء الثقيل الجسور فانه في غالب الاحيان نحتاج الي عدد قليل من مقاولي الباطن حيث ان المقاول الرئيس لديه الامكانيات (مواد - عمالة - معدات) لتنفيذ معظم بنود المشروع وفي بعض الحالات النادرة الحدوث يقوم المقاول الرئيس بتكليف مقاول بالباطن ليقوم بكل بنود اعمال المشروع وتسمي هذه الحالة بالسمسرة وهي لا تعتبر طريقة مجدية للمالك حيث ان تكلفة المشروع الكلية تتضمن ارباح المقاول الرئيس والمقاول بالباطن هذا تكون مسؤولية التخطيط والاشراف لبنود الاعمال المختلفة للمشروع علي عاتق المقاول الرئيس مهما كان حجم العمل الموكل الي المقاول بالباطن.

وفي هذا النوع من التعاقد يفترض المقاول الرئيس لديه الكفاءة في ادارة المشروع وكذلك مسؤوليته في توفير الموارد المختلفة له، وهذا يعني ان المقاول يجب ان يكون لديه عمالة ذات كفاءة واجهزة مختلفة لانجاز بنود المشروع المختلفة، وبناء علي ماتقدم ذكره يمكن القول بانه اذا ماتوفرت لدي المالك الادارة الاساسية الجيدة في المشروع فان هذه الطريقة لن تكون المفضلة له، بالرغم من ذلك فان هذه الطريقة هي الوحيدة التي تعطي المالك تصورا واضحا علي التكلفة الاجمالية للمشروع برمته قبل البدء في مرحلة التنفيذ علي قرار طرق التعاقد الاخري والتي يتم تقدير تكلفة المشروع في مرحلة التصميم الهندسية او في مراحل مبكرة من تنفيذ المشروع⁽²⁾.

رأي الباحث: ان التعاقد العام يتم الاعلان له في الوسائل العامة وذلك لاعلام المقاولين المعنيين لآخر يوم لتقديم عطاءاتهم بحيث يكون فتح العطاءات امام كافة المقاولين الذين قدموا عطاءاتهم للمشروع الذي تم الاعلان عنه، وفي الغالب يكون ترسية المشروع علي العطاء الاقل من حيث السعر وبقية العطاءات تبقي مفتوحة وبالاخص الثاني والثالث وذلك في حالة عدم الاتفاق او عدم تكملة ارساء العطاء علي المقاول الاول لدي الشركة او المالك مقدم المشروع ان يختار من العطاء الثاني او الثالث مايناسب المشروع ويتم بعد ذلك التوقيع علي العقد.

(1) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 12.

(2) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 14.

المطلب الثاني: طرق التعاقد المنفصل:

في هذه الطريقة يكون التعاقد بين المالك ومقاولين متخصصين للقيام باعمال بنود المشروع المختلفة، وهي طريقة تشبه طريقة التعاقد العام لكن بدون مقاول رئس للمشروع وهذا يعني ان علي المالك الاشراف علي المشروع وبناء عليه يجب ان يكون لديه الكفاءة والقدرة علي ذلك وبالتالي فان الفائدة الاساسية في هذا النوع من التعاقد ان الارباح التي قد تذهب الي المقاول الرئيس تحفظ من قبل المالك، اما في الحالات التي يفتقر فيها المالك الي الامكانيات الادارية داخل الموقع فبامكانه التعاقد مع مؤسسة او هيئة لتقوم بمهام الاشراف اثناء مراحل تنفيذ المشروع.

وتجدر الاشارة الي ان مهام هذه المؤسسة يجب ان تكون واضحة عند التعاقد معها حيث ان مقاولي المشروع ملزميين بلجهود الادارية والتنسيقية الصادرة من هذه المؤسسة، فمن الواضح انه يمكن ان تنشأ نزاعات بين المقاولين والمؤسسة الجهة المشرفة وبناء عليه يجب علي المالك في مثل هذه الحالات القيام باعمال الادارة والاشراف اثناء مراحل تنفيذ المشروع، ان من الشروط الاساسية لتطبيق هذه الطريقة في التعاقد هي امكانية الحصول علي مدير فني او مهندس ادارة مشروعات ذي كفاءة بحيث يشرف علي البنود المختلفة للمشروع، وبناء عليه تكون هذه الطريقة ملائمة للمشاريع ذات الطبيعة التي تتضمن مقاولين متخصصين يمكن الاستعانة بهم في بنود المشروع التخصصية⁽¹⁾. ومما تجدر الاشارة اليه ان هذه الطريقة تعرض المالك الي الكثير من المخاطر مقارنة بطريقة التعاقد العام (لان يوجد مقاول رئيس)، اضافة الي كونه تقلل جدا من الارباح التي قد يحصل عليها المقاول الرئيس اثناء تنفيذه لمشروع ما بناء علي تقييم المالك للاعمال المنفذه، وتكون ارباح المقاول الرئيس في العادة اقل من 3% من التكلفة الاجمالية للمشروع، وعلي ذلك يمكن القول بان هذه الطريقة ليست شائعة الاستخدام في المشاريع الانشائية⁽²⁾.

رأي الباحث: ان طريقة التعاقد المنفصل لكي تطبق في اي مشروع انشائي لا بد ان تتوفر شروط معينة متعلقة بالمالك الذي سوف يلعب دوريين اساسيين في هذا المشروع اذ انه المالك وفي نفس الوقت المقاول الرئيس اذا لا بد ان تتوفر فيه مواصفات المقاول الرئيس من حيث الكفاءة والخبرة الازميتين وذلك لكي ينجح المشروع بالطريقة المثلي، اما من ناحية الفائدة التي ترجع للمالك في استخدام هذه الطريقة في التعاقد فان الربح الذي يؤل اليه من جرا استخدامه لطريقة التعاقد المنفصل

(1) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص15.

(2) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص16.

يعتبر فائدة مادية ضخمة لانه كما ذكرنا سابقا يلعب دور المقاول الرئيس وما كان سوف يؤل الي المقاول من ربح جرا هذا التعاقد فانه تلقائيا يؤول الي المالك وتكون بذلك الفائدة او الارباح مضاعفة.

المطلب الثالث: طريقة الحساب الاجباري:

في هذه الطريقة لا يوجد كتابة عقد لتنفيذ الاعمال الانشائية لمشروع ما حيث ان المالك تكون لديه امكانيات من حيث الموارد البشرية قادرة علي تنفيذ المشروع من الناحية التقنية، وبناء عليه فان المالك يجب عليه تزويد الموقع بالموارد والعمالة والمعدات وكذلك الاشراف اثناء تنفيذ بنود المشروع المختلفة.

ويمكن القول بان المالك يمثل دورا اساسيا مدير المشروعات بينما يمثل المصمم دورا غير اساسي، ومن الجدير بالذكر ان المالك يستفيد استفادة كبيرة في هذا النوع من التعاقد حيث يتم الغاء التكاليف المتكبدة لمتابعة مقاول ما في المشروعات الانشائية وبعبارة اخري تعفي المالك من التكاليف فيما لو كلف مقاول ما لتنفيذ المشروع، هذه الطريقة مناسبة بصفة خاصة في المشاريع الصغيرة مشاريع صيانة والتي تتصف بالبساطة وبناء عليه فمن المنطقي ان يكون لدي المالك خلال شركته اطقم عمل ماهرة للقيام بالاعمال الانشائية المختلفة للمشروع⁽¹⁾.

رأي الباحث: أن هذه الطريقة في التعاقد من وجهة نظرها انها تتميز بالبساطة من حيث طريقة التعاقد ومن حيث المشروع الذي سوف يتم تنفيذه بهذا الشكل من التعاقد بمعنى ان هذه الطريقة من طرق التعاقد يكون المالك هو الطرف الاساسي بها بحيث انه هو من تتوفر لديه الموارد والعمالة وكل ما يتعلق بالمشروع وهو ايضا المشرف والمقاول والمهندس وكل اطراف العقد الهندسي تتمثل في المقاول ومن الجدير بالذكر ان المالك يستفيد استفادة كبيرة في هذا النوع من التعاقد بحيث يتم الغاء التكاليف المكبدة لمتابعة المشروع لانشائي.

المطلب الرابع: طريقة التعاقد باسناد التصميم الهندسية للمقاول:

في هذه الطريقة من التعاقد يتم توظيف شركة انشاءات ومن ثم الاستفادة من خبراتها في مرحلة التصميم الهندسي علي وجه الخصوص حيث يكلف المالك المقاول الرئيس للقيام باعمال التصميم والتنفيذ وفي بعض الاحيان يطلق عليها بعض المتخصصين في هذا المجال بعقد تسليم والتنفيذ مفتاح، وبناء علي ذلك فان المسؤولية التقنية تنحصر من ناحية التصميم والتنفيذ في جهة واحدة

(¹) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص17.

المقاول اضافة الي اعمال اخري قد توكل اليه اثناء مرحلة التنفيذ، وتجدر الاشارة بان احتمالية تنفيذ المشروع تكون في زمن قياسي باستخدام هذا النوع من التعاقد.

ويمكن القول بان هذا النوع من التعاقد يشبه الي حد ما طريقة التعاقد العام ولكن مسؤولية المقاول كما اسلفت تتضمن التصميم الهندسي وتنفيذ المشروع، وعموما فان هذه الطريقة يكثر استخدامها في المشاريع الكبيرة وذات الطبيعة الصناعية كمحطات تكرير النفط البتروكيميائية، يقوم المقاول باعمال التصميم الهندسي والتنفيذ في نفس الوقت فعليه يمكن القول بان اعمال التنفيذ فعليا قبل الانتهاء من التصاميم الهندسية بحيث يمكن ترجمة تلك التصاميم اول باول الي واقع اعمال وخاصة في البداية المبكرة من تنفيذ المشروع وعموما فان هذه الطريقة تحظى باقبال واسع عندما يكون معدل التضخم عاليا في قطاع الانشاءات⁽¹⁾.

رأي الباحث: أن في هذه الطريقة من التعاقد الاستغناء التام عن المهندس المصمم للمشروع حيث يلعب المقاول دور المقاول الرئيس ودور مصمم المشروع ويقوم بتصميم والتنفيذ في ان واحد.
المطلب الخامس: طريقة التعاقد المتخصص:

تعتبر طريقة التعاقد المتخصص من احدي الطرق التي يتم فيها التعاقد مع شركة انشاءات لكي تقوم باعمال تخصصية بحتة، وفي اغلب الاحيان يتم توظيف مدير فني للمشروع قبيل مرحلتي التصميم والتنفيذ اضافة الي ذلك فقد يكون المدير الفني للمشروع عنصرا رئيسا في اختيار الشركة التي تقوم بالتصاميم الهندسية⁽²⁾، وخلال تلك الفترة فان المدير الفني للمشروع يقوم بمراجعة وتقييم المشروع من ناحية التكلفة وزمن التنفيذ وعن مدي امكانية التقليل من التكلفة الاجمالية للمشروع. وعليه فان المدير الفني للمشروع يعمل في الواقع لمصلحة المالك اما علي طريقة دفع اتعاب من قبل المالك فانها تعتمد علي حجم المشروع (المشاريع ذات التكلفة العالية تعطي مردودا ماديا عاليا للمصمم)، ونلخص من ذلك ان المدير الفني للمشروع يتم توظيفه من قبل المالك لكي يتأكد من ان المشروع ذو جدوي اقتصادية ويحقق اهدافه، ويقوم المدير الفني بتقويم المشروع ومن ثم يعطي ضمانات للمالك علي التكلفة الاجمالية للمشروع، وبناء علي ما تقدم ذكره فانه من الممكن لمدير المشروع عمل ترتيبات مع المالك من حيث مقاسمة اموال موفرة فيما لو قلت تكلفة المشروع الفعلية علي التكلفة الاجمالية⁽³⁾.

(1) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص18.

(2) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص19.

(3) أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص20.

رأي الباحث: ان هنالك طرف جديد في العقد الهندسي وهو المدير الفني للمشروع والذي يلعب كل الادوار فهو بذلك مهندس مصمم للمشروع وهو ايضا مقاول يقدر تكلفة المشروع وزمن التنفيذ كما يعتبر في هذه العلاقة التعاقدية الطرف الشامل لكل التزامات اطراف العقد الهندسي.

الفصل الخامس

حقوق والتزامات اطراف العقد الهندسي

تمهيد:

ان العقود المبرمة بين اطراف التعاقد في المشاريع الانشائية تحدد وتنظم العلاقة بين المالك والمقاول وذلك من خلال الشروط الواردة في بنود العقد اضافة الي تحديد مسؤوليات اطراف التعاقد المختلفة وبناء عليه تكون هناك قضايا تخص الالتزامات المالية والقانونية التي يجب القيام بها خلال تنفيذ المشروع وهي الواقع تمثل ادارة العقد وذلك للوصول بالمشروع الي تحقيق اهدافه دون اية مخاطر او غرامات، وسوف تتناول الباحثة في هذا الفصل حقوق والتزامات اطراف العقد الهندسي.

المبحث الاول: حقوق والتزامات صاحب العمل في العقد الهندسي

المطلب الاول: حقوق صاحب العمل في العقد الهندسي:

اذا كان صاحب العمل يقع علي عاتقه الوفاء ببعض الالتزامات في اطار عقد التشييد او عقد المقاوله الموحد لاعمال الهندسة المدنية وذلك سواء تجاه المقاول او تجاه المهندس الاستشاري فانه في المقابل تنقرر له بعض الحقوق في مواجهتهما⁽¹⁾.

الفرع الاول: حق صاحب العمل في اختيار المهندس الاستشاري:

فقد نص عقد المقاوله الموحد فيديك (عقد التشييد) علي ان يقوم صاحب العمل بتعيين المهندس للقيام بالواجبات المحددة له في العقد ويجب ان يكون مستخدمو المهندس من مهندسين ومهنيين متمتعين بالكفاية الائتقة ومؤهلين لاداء مثل هذه الواجبات⁽²⁾، وقد اشار العقد أيضاً إلى ان (مصطلح المهندس ينصرف مدلوله الي ذلك الشخص الذي يعينه صاحب العمل للقيام بمهام المهندس لاغراض هذا العقد والمسمي في ملحق عرض المناقصة بهذه الصفة او اي شخص اخر يقوم صاحب العمل بتعيينه كبديل للمهندس من وقت لآخر ويبلغ المقاول عن ذلك التعيين)⁽³⁾. فعندما يريد صاحب العمل القيام بمشروع لانشاء احد المباني فانه يبدا بالبحث عن اهل الخبرة والاختصاص والذين يجب ان يكونوا علي درجة من الكفاءة في تكوين الراي المستنير والمتصبر قبل الاقدام علي هذا العمل الانشائي، فالفكرة الرئيسية والاساسية للمشروع تنبع من عمل المهندس الاستشاري او المكتب الخاص

⁽¹⁾ عصام عبدالفتاح مطر، مرجع سابق، ص 129

⁽²⁾ راجع المادة 1/3 من عقد التشييد (الفديك).

⁽³⁾ راجع المادة 4/2/1/1 من عقد التشييد (الفديك).

بالدراسات الهندسية وتقديم المشورة فالتصور العام وخطة الانشاء او الرسومات المقدمة من المهندس تاخذ دور التطبيق بدءا من وضع خطة للمشروع ثم تنفيذه اي ان وظيفة المهندس الاستشاري هي اعطاء المعلومات الخاصة بالمجال الهندسي هي التي تساهم في تكوين الراي المستنير والمتبصر لتنفيذ العمل الانشائي⁽¹⁾.

ومن مقتضيات مبادا حسن النية القائم علي الاعتبار الشخصي في المهندس الاستشاري ان تجعله الامين علي مصلحة رب العمل الموضوعية بين يديه مترفعا عن كل غرض مادي محاولا اقناعه بمسلك معين او بوجه نظر فنية تحت تاثير تخصصه الرفيع وثقة العميل في فنه وعمله مع ترك اتخاذ القرار لصاحب العمل في النهاية، فاذا كان المهندس الاستشاري مكلف بتقديم مشورته الفنية لغرض انجاح مشروع معين بوضع نماذج متبعة لتطويره من خلال الاستفادة من التقنيات الحديثة التي تستخدم لديه فان هذا المعني يقرب الي الاذهان المقصود بعقد المشورة حيث يتعلق باداءات المعرفة في شكل دراسة وتقرير لمصلحة العميل⁽²⁾.

ويعد المهندس من افراد صاحب العمل حيث حددت المادة 6/2/1/1 من عقد الفيديك ان المقصود بافراد صاحب العمل هم المهندس ومساعديه المشار اليهم في المادة 2/3 وغيرهم من موظفي وعمال المهندس وصاحب العمل، ويلاحظ انه كما يمتلك صاحب العمل حق اختيار المهندس فانه يملك ايضا حق استبدال المهندس بغيره وفي هذا الشأن فقد نصت المادة 4/3 من عقد الفيديك علي انه: (اذا اعتزم صاحب العمل استبدال المهندس فانه يتعين عليه قبل مهلة لا تقل عن 42 يوما من تاريخ الاستبدال ان يشعر المقاول بذلك وان يحدد في اشعاره اسم وعنوان وتفاصيل خبرة المهندس البديل)، الا انه ليس لصاحب العمل ان يقوم بتعيين المهندس البديل اذا كان للمقاول اعتراض معقول عليه علي ان يقوم المقاول باشعار صاحب العمل باعتراضه مع بيان التفاصيل المؤيدة لذلك⁽³⁾.

الفرع الثاني: حق صاحب العمل في الموافقة علي شكل الضمان:

يقع علي عاتق المقاول ان يقوم باستصدار ضمان للاداء وذلك حتي نهاية الاشغال الا انه يجب لسريان هذا الضمان ان يوافق عليه صاحب العمل، وفي هذا الشأن فقد نص عقد المقاوله الموحد للاعمال الانشائية علي انه (يتعين علي المقاول ان يستصدر علي حسابه ضمان الاداء لغاية الانجاز

(¹) محمد ناجي ياقوت، مسنولية المعمارين بعد اتمام الاعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، (منشأة المعارف: بيروت، 1984) ص(33)

(²) احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1995م) ص(94)

(³) راجع المادة 4/3 من عقد الفيديك.

اللائق للاشغال وذلك بالقيمة ونوع العملة المحددين في الملحق عرض المناقصة واذا لم يكن قد تم تحديد المبلغ في ذلك الملحق فعندها لا تطبق احكام هذه المادة⁽¹⁾. ويتعين علي المقاول ان يقدم ضمان الاداء الي صاحب العمل خلال (28) يوما من تاريخ تسليمه كتاب القبول وان يرسل نسخة منه الي المهندس. وينبغي ان يكون الضمان صادرا من كيان ومن دولة (او سلطة اخري) موافقة ليها من قبل صاحب العمل وان يتم اعداده حسب النموذج المرفق بالشروط الخاصة او بصيغة اخري يوافق عليها صاحب العمل⁽²⁾.

الفرع الثالث: حق صاحب العمل في الموافقة علي وثائق التامين:

فقد نص عقد المقاوله الموحد للاعمال الانشائية الفيديك 1999 علي انه (حيثما يكون المقاول هو الفريق المؤمن فانه يتعين عليه ان يقوم بالتامين لدي جهات تامينية وبشروط تامين مقبولة لدي صاحب العمل وبحيث تكون هذه الشروط متوائمة مع اي شروط عامة اتفق عليها الفريقان قبل تاريخ القبول⁽³⁾).

الفرع الرابع: حق صاحب العمل في اصدار الاوامر والتعليمات:

حيث يتمتع صاحب العمل في عقد المقاوله الموحد للاعمال الانشائية بسلطة اصدار الاوامر والتعليمات سواء ماتعلق منها بالاختبارات او ماتعلق منها بالاحداث تغييرات في كميات الانواع حيث يملك صاحب العمل سلطة اصدار اوامر بتاخير الاختبارات التي يجريها المقاول في الموقع وبحضور المهندس.

وقد اشار عقد المقاوله الموحد انه (يجوز لصاحب العمل اصدار اوامر بتاخير الاختبارات عند الانجاز وذلك في حالة استخدامه لبعض الاشغال بالموقع)⁽⁴⁾. الا ان الفقرة الثانية من ذات المادة اشارت الي انه اذا قام صاحب العمل بتاخير الاختبارات عند الانجاز بدون مبرر يتم تطبيق احكام الفقرة الخامسة من المادة 4/7 او المادة 3/1 بخصوص التدخل في اجراءات الاختبارات. يحق لصاحب العمل اصدار تعليمات باحداث تغييرات في كميات او نوعية او خصائص اي بند من بنود

(1) راجع المادة 3/4 من عقد المقاوله الموحد للأعمال الإنشائية.

(2) عصام عبدالفتاح مطر، مرجع سابق، ص(131).

(3) حددت المادة 3/1/1/1 المقصود بكتاب القبول وقررت انه يعني كتاب القبول الرسمي الموقع من قبل صاحب العمل لكتاب عرض المناقصة شاملا لاية مذكرات يتم الاتفاق عليها بين الفريقين ويقومان بتوقيعها واذا لم يتم اصدار كتاب القبول فان مصطلح كتاب القبول يعني اتفاقية العقد و عندها يعتبر التاريخ الذي يتم فيه توقيع اتفاقية العقد هو تاريخ اصدار كتاب القبول .

(4) راجع المادة 9/1 من عقد المقاوله الموحد للأعمال الإنشائية الفيديك 1999م.

الاشغال او تغيير ابعادها او مناسيبيها او تنفيذ اي عمل اضافي او الغاء اي عمل اذا اقتضت ظروف العمل⁽¹⁾.

الفرع الخامس: حق صاحب العمل في انتهاء العقد:

فقد نص عقد المقاوله الموحد فيديك 1999 علي انه (يحق لصاحب العمل انتهاء العقد في الحالات الاتية:

- أ. اذا اخفق المقاول في تقديم ضمان الاداء بموجب المادة 2/4 او في الاستجابة لاشعار بالتصويب كما ورد بالمادة 1/15.
- ب. اذا تخلي المقاول عن تنفيذ الاشغال او اذا تبين بوضوح من ممارسته انه لا ينوي الاستمرار في تنفيذ العقد بموجب العقد.
- ج. ان المقاول قد اخفق بدون عذر مقبول في مواصلة العمل وفقا لاحكام الفصل الثامن اضافة الي التقيد باي اشعار صادر بموجب اي من المادة 5/7 المتعلقة بالرفض او المادة 6/7 المتعلقة باعمال الاصلاحات خلال 28 يوما من تاريخ تسليمه للاشعار⁽²⁾.

رأي الباحث: ان حقوق رب العمل التي كفلها له القانون بالاهمية بما كان حيث ان رب العمل هو اساس قيام المشروع فمن حقه اختيار المهندس كما من حقه اختيار المقاول والقيام ايضا بالاختبارات والموافقة علي وثائق العقد من خطابات ضمان ووثيقة التامينات كما من حقه ايضا انتهاء العقد كليا باسباب كافية ومقنعه ولكل ماسبق نجد انه يتميز بحقوق قانونية قوية.

المطلب الثاني: التزامات صاحب العمل في العقد الهندسي:

الفرع الاول: تسليم الموقع الي المقاول:

فقد نص لفيديك 1999 علي انه (يتعين علي صاحب العمل ان يعطي المقاول حق الدخول الي جميع اجزاء الموقع وتمكينه من حيازتها في الوقت او الاوقات المحددة في ملحق عرض المناقصة⁽³⁾، واذا نص في العقد علي ان صاحب العمل مطلوب منه ان يعطي المقاول حق حيازة اي اساسات او منشآت او تجهيزات الية او طريق الوصول فانه يعتين علي صاحب العمل القيام بذلك في المواعيد وبالطريقة المحددة في المواصفات الا انه يجوز لصاحب العمل حبس حق الدخول او الحيازة حتي تسليم الضمان واذا لم يتم تحديد ميعاد محدد لتسليم الموقع في ملحق عرض المناقصة

⁽¹⁾ راجع المادة 1/13 من عقد المقاول الموحد للاعمال الانشائية فيديك 1999

⁽²⁾ المادة 2/15 من عقد المقاوله الموحد.

⁽³⁾ المادة 1/2 الفيديك 1999م.

فانه يتعين علي صاحب العمل ان يعطي المقاول حق الدخول الي الموقع وحيازته ضمن الاوقات التي تمكن المقاول من مباشرة تنفيذ الاشغال والسير فيها وفقا لبرنامج العمل المشار اليه في المادة 3/8. ويتم التسليم في الميعاد المحدد بالعقد واذا لم يقم الطرفان بتحديد ميعاد محدد لاستلام الموقع فيجب ان يمكن صاحب العمل المقاول من دخول الموقع وحيازته وذلك لتنفيذ برنامج العمل⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بمساعدة المقاول:

حيث نصت المادة 2/2 من عقدا فيديك لعام 1999 علي انه يقوم صاحب العمل (اذا كان في وضع يمكنه من ذلك) بتقديم المساعدة المعقولة للمقاول عند طلبه بخصوص الحصول علي نسخ قوانين البلد المتعلقة بالعقد مما هو غير متوافر بصورة عادية والتصاريح او التراخيص او الموافقات المطلوبة بموجب قوانين البلد حيث يتعين علي صاحب العمل ان يكون قد حصل او سيحصل علي النصائح اللازمة بشأن تعليمات التخطط او التنظيم او التراخيص المتعلقة بالاشغال الدائمة او اية تراخيص اخري يتم تحديدها في المواصفات. ويجب علي صاحب العمل في هذا السياق حماية المقاول ضد اي ضرر نتيجة اخفاق صاحب العمل في القيام بذلك⁽²⁾.

الفرع الثالث: الالتزام بامداد المقاول بمعلومات عن الموقع:

فقد نص عقد المقاوله الموحد فيديك 1999 من الشروط العامة علي انه (يتعين علي صاحب العمل ان يكون قد وضع تحت تصرف المقاول لاطلاعه قبل موعد التاريخ الاساسي مايتوفر لديه من البيانات الخاصة بالظروف تحت السطحية والهيدرولوجية في الموقع بما في ذلك الظواهر البيئية. كما يتعين عليه ان يضع تحت تصرف المقاول اية معلومات يحصل عليها بعد موعد التاريخ الاساسي الا ان المقاول يعتبر مسئولاً عن تفسيره لجميع تلك المعلومات، ومفاد ماتقدم انه ينبغي علي صاحب العمل اعطاء المقاول بيانات كاملة ووافية عن الموقع الذي سوف يتم اقامة البناء عليه وتشمل هذه البيانات بيان نوع التربة هل هي رملية او طينية ونسب المياه بها وكافة الخصائص المتعلقة بالارض المراد اقامة البناء عليها والغرض من تقرير هذا الالتزام هو تبصير المقاول بالخصائص الطبيعية للارض وذلك بغرض حشد كافة امكانياته وتقرير المناسب منها لمواجهة كافة الظروف المتعلقة بالارض المراد اقامة البناء عليها⁽³⁾).

⁽¹⁾ انظر المادة 3/8 من عقد الفيديك 1999

⁽²⁾ راجع المادة 3/1 من الفيديك 1999

⁽³⁾ انظر المادة 1/16 ز من عقد المقاوله الموحد الفيديك الشروط العامة

الفرع الرابع: التزام صاحب العمل بدفع مستحقات المقاول:

يبرم صاحب العمل عقده مع المقاول وذلك لقاء اجر معين علي المشروع باكماله ويتم الاتفاق بين الطرفين علي طريقة الوفاء بالمبالغ المستحقة للمقاول حيث قد تم الوفاء بها في نهاية كل مرحلة من مراحل عقد المقاوله وقد يتم سدادها علي دفعات او اقساط بصرف النظر عن انجاز احد مراحل عقد المقاوله من عدمه⁽¹⁾.

الفرع الخامس: التزام صاحب العمل بالتامين:

بداية فقد اشارت المادة 1/18 من الشروط العامة لعقد الفيديك 1999 الي ان مصطلح الفريق المؤمن الوارد في الفصل الثامن عشر لكل نوع من التامينات يقصد به ذلك الفريق المسئول عن استصدار وادامة التامين المنصوص عليه في اي من مواد هذا الفصل، كما قررت انه حيثما يكون صاحب العمل هو الفريق المؤمن فانه يتعين ان يتم التامين لدي جهات تامينية وبشروط متوائمة مع التفاصيل المرفقة بالشروط الخاصة.

واذا كان مطلوباً في وثيقة التامين تقديم تعويض لتامين مشترك اي للفريقين مجتمعين فانه يجب تطبيق التغطية التامينية لكل فريق مؤمن له بصورة مستقلة وكأنه قد تم استصدار وثيقة منفردة له⁽²⁾.

الفرع السادس: التزام صاحب العمل بتحمل المخاطر:

وقد اشارة المادة 3/17 الاشارة الي بعض هذه المخاطر والتي تشمل الآتي:

- أ. الحرب والاعمال العدوانية وسواء كانت الحرب معلنة او غير معلنة والغزو وفعل الاعداء الاجانب ضمن حدود الدولة.
- ب. الاضرابات المسلحة واعمال الارهاب والثورة او اعصيان او الاستيلاء علي الحكم بالقوة او الحرب الاهلية ضمن حدود الدولة.
- ج. الاشعاعات النووية او التلوث بالاشعاعات النووية او الفضلات النووية الناتجة عن اشغال الوقود النووي او المواد السامة او التركيبات المتفجرة باستثناء ما هو ناتج عن استعمالات المقاول لمثل هذه المواد المشعة⁽³⁾.

(1) انظر المادة 3/12 من عقد الفيديك 1999 الشروط العامة

(2) عصام عبدالفتاح مطر، مرجع سابق، ص 119

(3) راجع المادة 3/17 من الشروط العامة لعقد الفيديك 1999م.

د. الاضطرابات او المشاغبات او حركات الاخلال بالنظام مما يؤثر علي الموقع او الاشغال الا اذا كانت ناتجة عن جهاز المقاول او موظفيه الاخرين⁽¹⁾.

الفرع السابع: التزام صاحب العمل بتسليم الاشغال:

يعد تسلم لاشغال بعد انجازها امرا في غاية الاهمية اذ به تبرا ذمة المقاول مؤقتا لحين انتهاء مدة الضمان تلك التي ما كان لها ان تبدأ في السريان الا بعد تمام الاشغال⁽²⁾.

وإذا كان تسليم الاعمال او الاشغال بعد انتهائها التزاما يقع علي كاهل المقاول يلتزم هذا الاخير بادائه في الزمان والمكان المحددين اتفقا اي عرف وهو يتم بوضع العمل المنجز تحت تصرف صاحب العمل بحيث يستطيع هذا الاخير الاستيلاء عليه، وممارسه كافة حقوقه المتعلقة به دون عائق مادي او قانوني فانه للمجرى العادي للامور و الالتزاما بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يلتزم صاحب العمل من جانبه بتسليم الاشغال المنجزه وذلك بوضع يده عليها فعلا او حكما بحيث تبرا ذمه مدينه من التزامه قبله اذ يجب للتسليم كي تترتب عليه اثاره القانونيه ان يقترن به تسلم سواء كان هذا التسلم فعليا او حكما فكل من الالتزامين مرتبط بالآخر وكلاهما وجهان لعملة واحدة، وقد نص القانون المدني الفرنسي المقصود بالتسليم حيث عرف بانه ذلك العمل الذي بواسطته يقر رب العمل بقبوله العمل⁽³⁾.

وقد نص القانون المدني المصري بانه (متى اتم المقاول العمل ووضعته تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الاخير ان يبادر الى تسلمه في اقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات)⁽⁴⁾.

الفرع الثامن: التزامات صاحب العمل في مواجهة المهندس الاستشاري:

صاحب العمل يبرم عقدين اولهما مع المقاول والثاني مع المهندس الاستشاري والتزامات صاحب العمل في مواجهة المهندس الاستشاري والتي تتمثل في التزام صاحب العمل بتوفير المعلومات كما يقع علي عاتق صاحب العمل ان يصدر قراره كتابة ودون تاخير في جميع الامور التي يحيلها اليه الاستشاري كتابة بشكل مناسب وفي خلال زمن معقول. ويتعين علي صاحب العمل في بلد تنفيذ المشروع ان يحرص علي مساعدة الاستشاري وافراده وتابعيه في الحصول علي الوثائق

⁽¹⁾ راجع المادة 17 / 3 من عقد المقاوله الموحد فيديك 1999

⁽²⁾ عبدالرازق حسين ياسين، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء شروطها نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثه، (جامعة اسيوط: القاهرة، 1987م) ص(137).

⁽³⁾ انظر المادة 6/ 1792 من القانون المدني الفرنسي.

⁽⁴⁾ انظر المادة 655 من القانون المدني المصري.

اللازمة. ويجب علي صاحب العمل ان يوفر للاستشاري دون مقابل لغرض اداء الخدمات المعدات والتسهيلات اللازمة لاداء العمل كما يجب علي صاحب العمل حماية الاستشاري من الاثار السلبية الناجمة عن جميع المطالبات شاملة تلك المطالبات من اطراف ثالثة التي تنشأ بسبب الاتفاقية او متعلقة بها وذلك باستثناء ان يكون هذه المطالبات مغطاة بتأمينات او حدثت بعد انتهاء فترة المسؤولية المقررة للمهندس عن اعماله. كما له ان يدفع للاستشاري مقابل الخدمات العادية⁽¹⁾.

تعتبر التزامات رب العمل الرئيسية في توفير حق الوصول الي الموقع وحيازته وتقديم المساعدة المطلوبة للمقاول للحصول علي التصاريح والتراخيص والمصادقات وتوفير ترتيبات تمويل المشروع. وعلي رب العمل ان يخطر المقاول بتفاصيل اية مطالبة ضده ويتيح كل مالديه من بيانات تتعلق بظروف ماتحت سطح الارض وهيدرولوجية الموقع بما في ذلك الظواهر البيئية لجميع المتناقصين⁽²⁾.

رأي الباحث: ان التزامات رب العمل في العقود الهندسية تختلف عن ماجاءت في قانون المعاملات المدنية السوداني عندما تحدث عن عقد المقاولة حيث اشار الي ان من يتحمل المخاطر الناتجة عن القوة القاهرة هو المقاول وليس رب العمل.

المبحث الثاني: حقوق والتزامات المقاول في العقد الهندسي

مهمة المقاول تتمثل في تنفيذ الاعمال طبقا للتصميمات التي وضعها المهندس واعتمدها كل من صاحب العمل والجهة الادارية التي تصدر الترخيص، ولاشك ان تخصصه في هذا الشأن يستوجب منه ان يراعي في مهمته هذه اصولها الفنية كما ان عليه ككل متعاقد ان يتقيد بالشروط والمواصفات التي تضمنتها الصفقة التي ابرمها مع صاحب العمل، وتعبيرا عن هذا المعني جاء في احد العقود النموذجية التي وضعت في فرنسا عام 1948 انه يتعين علي المقاول ان يتخذ كل ما هو ضروري من الاعمال بغرض انجاز العمل علي اكمل وجه بحيث يتقدم هذا العمل في ضوء ما وصل اليه الفن المعماري وكل عناصر الثبات والاستمرار وبان يتقيد في كل مراحل التنفيذ بما وصل اليه هذا الفن وباصول الحرفة التي يزاولها⁽³⁾.

⁽¹⁾ جمال الدين نصار، ماجد خلوصي، قانون وتشريعات عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الكتاب الابيض الجديد، (ب ن: القاهرة، 2005) ص(35)

⁽²⁾ جمال الدين نصار، مرجع سابق، ص(101).

⁽³⁾ دكتور محمد شكري سرور، مسنولية مهندس ومقاولي البناء، (دار الفكر العربي: بيروت، 1985م) ص(114)

2- عصام عبدالفتاح مطر - مرجع سابق - ص(187)

وعلي الرغم من ان المقاول يستقل من الناحية القانونية عن المهندس المعماري حيث يرتبط كل منهما بصاحب العمل بعلاقة عقدية منفصلة الا ان مسؤولية كل منهما لا تقدر في الاغلب بمعزل عن مسؤولية الاخر وذلك بالنظر الي ارتباطهما علي المستوي العملي، ولذلك فليس من الغريب ان يكون علي المقاول فضلا عن مهمة التنفيذ البحتة معاونة المهندس فضلا عن صاحب العمل وابداء الراي عليهما في التعليمات التي تعطي اليه وفي المشاكل التي تعترض التنفيذ او في العيوب التي تتضمنها التصميمات.

المطلب الاول: التزامات المقاول في العقد الهندسي:

الفرع الاول: التزام المقاول في التصميم ونقل المعدات:

ينبغي علي المقاول ان يقوم باعداد التصميم الي المدي الذي ينص عليه في الملحق وعليه ان يقدم ذلك التصميم الذي يتم اعداده من قبله بدون توازن الي صاحب العمل ويتعين علي صاحب العمل خلال 14 يوما من تاريخ تسليمه للتصميم ان يشعر المقاول باية تعليقات له بشأنه واذا لم يكن التصميم المقدم متوافقا مع العقد فيحق لصاحب العمل ان يرفضه مبينا الاسباب، كما يتعين علي المقاول ان لا يقوم بتنفيذ اي عنصر من الاشغال الدائمة المصممة من قبله خلال فترة 14 يوما واذا كان قد تم رفض التصميم المتعلق به،

علي المقاول ان يعدل التصميم ويعيد تقديمه الي صاحب العمل اخذ في الاعتبار تعليقات صاحب العمل بشأنه علي النحو اللازم⁽¹⁾.

ويبقى المقاول مسئولا عن التصميم المطلوب منه بموجب عرضه وفي شان تنظيم احكام التزام المقاول بالتصميم فقد نص عقد الفيديك علي الاتي (يتعين علي المقاول ان يصمم الي المدي المنصوص عليه في العقد وان ينفذ الاشغال وينجزها بموجب احكام العقد وفقا لتعليمات المهندس وان يصلح اية عيوب بها)⁽²⁾.

الا ان المقاول قد لا يقف عند دوره الاساسي ويتعداه الي القيام بدور المهندس المعماري من وضع للتصميمات والرسوم والنماذج واذا كان الغالب ان المهندس المعماري يكون وكيلا عن صاحب

⁽¹⁾ المرجع السابق، ص(189).

⁽²⁾ أنظر المادة 1/4 من عقد الفيديك.

العمل وكالة صريحة او ضمنية فانه قد يحدث احيانا ان يوكل صاحب العمل المقاول في بعض شؤونه المتعلقة بالعمل محل العقد وكالة صريحة ضمنية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التزام المقاول بتقديم ضمان التنفيذ:

ضمان التنفيذ هو عبارة عن مستند تحت الطلب يصدره احد البنوك في صورة خطاب اعتماد او خطاب ضمان يكون عادة في حدود 10 % من قيمة العقد ويتم تقديمه عقب حصول المقاول علي اخطار بقبول عطائه وقبل التوقيع علي مستندات العقد الرسمية، ويلاحظ انه اذا وجد المقاول انه من المستحيل عليه تقديم ضمانه التنفيذ بعد قبول عطائه مباشرة فانه يكون مخلا بشروط العقد ومسئولا عن تعويض صاحب العمل عما يلحقه من اضرار الا اذا قبل صاحب العمل من المقاول ضمانته بديله او شكلا اخر من التامينات⁽²⁾.

وقد نص عقد الفيديك علي انه (يتعين علي المقاول ان يستصدر علي حسابه ضمان الاداء لغاية الانحياز الاثني للاشغال وذلك بالقيمة ونوع العملة المحددين في الملحق عرض المناقصة واذا لم يكن قد تم تحديد المبلغ في ذلك الملحق فندها لا تطبق احكام هذه المادة، ويتعين علي المقاول ان يقدم ضمان الاداء الي صاحب العمل خلال 28 يوما من تاريخ تسليمه كتاب القبول وان يرسل نسخه منه الي المهندس)⁽³⁾.

ينبغي ان يكون الضمان صادرا عن كيان ومن دولة او سلطة اخري موافق عليهما من قبل صاحب العمل وان يتم اعداده حسب النموذج المرفق بالشروط الخاصة او بصيغة اخري يوافق عليها صاحب العمل، ويتعين علي المقاول ان يتأكد من ان يظل ضمان الاداء ساري المفعول الي ان ينفذ المقاول الاشغال وينجزها ويصلح اي عيوب فيها⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: التزام المقاول بمعاينة الموقع:

فقد نص عقد الفيديك علي انه (يتعين علي صاحب العمل ان يكون قد وضع تحت تصرف المقاول لاطلاعه قبل موعد التاريخ الاساسي مايتوفر لديه من بيانات الخاصة بالظروف تحت السطحية والهيدرولوجية في الموقع بما في ذلك الظواهر البيئية كما يتعين عليه كذلك ان يضع تحت تصرف

⁽¹⁾ دكتور عبدالرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء شروطها نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، (ب ن: القاهرة، 1987م) ص(423)

⁽²⁾ راجع المادة 54 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في الامارات رقم 4 لسنة 1997

⁽³⁾ راجع المادة 2/4 من عقد الفيديك 1999م.

⁽⁴⁾ دكتور عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 194.

المقاول اية معلومات يحصل عليها بعد موعد التاريخ الاساسي الا ان المقاول يعتبر مسئولاً عن تفسيره لجميع تلك المعلومات (1).

كما انه والي المدي الممكن علميا مع الاخذ في الحسبان عاملي الوقت والكلفة يعتبر المقاول انه قد حصل علي المعلومات الضرورية المتعلقة بالمخاطر والاحتمالات الطارئة والظروف الاخري التي تؤثر علي عرضه او علي الاشغال والي المدي ذاته يعتبر المقاول انه قد عاين وتفحص الموقع وماجاوره وانه اطلع علي جميع المعلومات التي سبق ذكرها وانه قد اقتنع شخصيا قبل تقديم عرض المناقصة بكل الامور ذات الصلة شاملة وليس بالحصص شكل وطبيعة الموقع بما في ذلك احوال الطبقات تحت السطحية - الاحوال الهيدرولوجية والمناخية - مقدار وطبيعة العمل واللوازم لتنفيذ الاشغال وانجازها واصلاح اي عيوب فيها - قوانين الدولة واجراءات العمالة وممارستها فيها - متطلبات المقاول فيما يتعلق بالدخول الي الموقع والسكن والمرافق والمستخدمين والطاقة والمواصلات والماء وغيرها من الخدمات (2).

ويري البعض انه اذا اخفق المقاول في زيارة الموقع او في فحص المعلومات المقدمة الية من صاحب العمل فلا يلومن في هذه الحالة الانفسه اذ ان ذلك سيحد من قدرته فيما بعد علي التقدم بالمطالبات الخاصة بالتسويات او التقريبات المادية او زيادة مدة تنفيذ العقد وغيرها من البنود التي كان من الممكن ان تكون واضحة له اذا كان قد قام بزيارة الموقع (3).

الفرع الرابع: التزام المقاول بتقديم برنامج تنفيذ العمل:

نص عقد الفيديك علي انه يتعين علي المقاول ان يقدم للمهندس برنامج زمني مفصل خلال 28 يوما من تاريخ تسليمه لاشعار المباشرة بموجب المادة 1/8 كما يتعين عليه ايضا ان يقدم برنامجا معدلا في اي وقت يتبين فيه ان البرامج السابق لم يعد يتمشي مع التقدم الفعلي او مع اي التزامات المقاول علي ان يشمل كل من هذه البرامج الترتيبات التي يعتزم المقاول تنفيذ الاشغال بمقتضاه بما في ذلك التوقيت المتوقع لكل مرحلة من مراحل التصميم ان وجدت واعداد وثائق المقاول والشراء وتصنيع التجهيزات الالية والتوريد الي الموقع والانشاء والتركيب والاختبار وايضا بيان ادوار المقاولين الفرعيين المسمين لكل مرحلة من مراحل العمل وبيان تسلسل ومواعيد المعينات والاختبارات المحددة في العقد اضافة الي تقديم تقرير مساندا يتناول الوصف العام لاساليب التنفيذ

(1) راجع المادة 3/4 من عقد البيع.

(2) عصام مطر، مرجع سابق، ص(203).

(3) محمد محمد بدران، عقد الاتشاءات في القانون المصري، (دار النهضة: بيروت، 2001م) ص(144).

المنوي اعتمادها لكل مرحلة رئيسية من مراحل التنفيذ وبيان تقديرات المقاول المعقولة لاعداد مستخدمى المقاول مصنفةن حسب المهارات وسجل معدات المقاول منظمة حسب الانواع مما يلزم تواجدة فى الموقع لكل مرحلة من مراحل التنفيذ الرئيسية⁽¹⁾.

وفى اليمى فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على انه يجب وضع برنامج زمنى لمواعيد التنفيذ وبحسب المدة المحددة بالعقد وعلى النحو التالى (على المقاول الذى رست عليه المناقصة تنفيذ الاعمال محل التعاقد بموجب برنامج زمنى مقدم منه للجنة الفنية بالجهة يوضح فيه الاجراءات التى ستتبع فى تنفيذ الاعمال والمواعيد والمراحل المختلفة لانجاز وتكلفة كل مرحلة بحسب فئات واسعار العقد ويحق للجنة الفنية تعديل البرنامج الزمنى المقدم من المقاول وعلى المقاول الالتزام بذلك ولايعفيه ذلك من واجباته ومسئولياته المنصوص عليها بالعقد)⁽²⁾.

الفرع الخامس: التزام المقاول باءاء الاعمال والغناية بها:

ينبغى على المقاول ان ينفذ الاشغال بطريقة سلمية ويتعين عليه فى هذا السياق ان يوفر الايدي العاملة والمواد والتجهيزات الالية ومعدات المقاول مما يلزم للتنفيذ وبصفة عامة يكون المقاول مسئولا عن اءاء الاعمال كاملة بما يشمل الطرائق التى تتم الاعمال بها.

نص عقد الفيدىك على انه يتعين على المقاول ان يصمم الى المدة المنصوص عليها فى العقد وان ينفذ الاشغال وينجزها بموجب احكام العقد ووفقا لتعليمات المهندس وان يصلح اية عيوب فيها، تعين على المقاول ان يقدم التجهيزات الالية ووثائق المقاول المحددة فى العقد وجميع افراد جهازة المنفذ واللوازم والمستهلكات وغيرها من الاشياء والخدمات سواء كانت ذات طبيعة مؤقتة او دائمة مما هو مطلوب منه لءاء مهام التصميم والتنفيذ وانجاز الاشغال واصلاح اية عيوب فيها، يعتبر المقاول مسئولا عن كفاية واستقرار وسلامة جميع عمليات الموقع وعن جميع اساليب الانشاء⁽³⁾.

واذا تكبد المقاول تاخرا فى تنفيذ الاشغال او فى كلفتها بسبب تنفيذ اشغال اعتمادا على معلومات مغلوطة فى النقاط المرجعية ولم يكن بمقدور مقاول خبير ان يكتشف مثل هذه الاءاء بصورة معقولة وان يتلافى التاخير او زيادة الكلفة المترتبة عليها فانه يتعين على المقاول ان يرسل اشعارا الى المهندس لتقدير استحقاقاته بشانه مع مراعاة احكام المادة 1/20 لما يلى:

أ. اى تمديد لمدة الانجاز بسبب ذلك التاخير اذا كان الانجاز قد تاخر او سوف يتاخر.

(¹) عبدالفتاح مطر، مرجع سابق، ص 205-206

(²) راجع المادة 98 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنى

(³) عصام الدين مطر، مرجع سابق، ص(211).

ب. أي كلفة كهذه مع هامش ربح معقول لاضافتها الي قيمة العقد⁽¹⁾.

الفرع السادس: التزام المقاول باحترام القوانين واللوائح:

يجب علي المقاول الالتزام والامتثال للاوامر الواردة في التشريعات والقوانين واللوائح الصادرة عن السلطات الرسمية في الدول التي يعمل بها فقد نص عقد الفيديك علي انه (يتعين علي المقاول ان يقوم بارسال الاشعارات وتسديد الضرائب والرسوم والحصول علي التصاريح والموافقات التي تتطلبها القوانين فيما يتعلق بتنفيذ الاشغال وانجازها واصلاح اية عيوب فيها كما ينبغي علي المقاول ان يحمي صاحب العمل وبقية من اي ضرر نتيجة اخفاق المقاول في القيام بذلك)⁽²⁾.

كما نص عقد الفيديك علي انه (ينبغي علي المقاول التقيد بكل قوانين العمل الواجبة التطبيق علي مستخدميه بما في ذلك القوانين المتعلقة بالتوظيف والصحة والسلامة العامة والرعاية والاقامة والهجرة وان يراعي كل حقوقهم القانونية كما يتعين علي المقاول ان يطلب من مستخدميه اطاعة القوانين الواجبة التطبيق بما فيها انظمة السلامة في العمل)⁽³⁾.

وفي اليمن فقد نصت المادة 103 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات علي انه علي المقاول ان يتبع جميع لوائح ونظم الشرطة والمرور والبلديات والصحة والاثار وغيرها ويتحمل كافة ما يترتب علي ذلك من مصروفات ومسئوليات كما يعتبر مسئولاً عن عماله وحفظ النظام بمواقع العمل كما يعتبر مسئولاً عما يحدث من وفيات واصابات للعمل او اي شخص اخر او الاضرار بممتلكات الدولة او الافراد او اي جهات اخري ويتحمل الاضرار المترتبة علي اهماله واهمال عماله اثناء سير العمل او تنفيذه او خلال فترة الصيانة او لاي سبب اخر كان طرفاً فيه بصورة مباشرة او غير مباشرة ادت الي الوقوع لتلك الاضرار⁽⁴⁾.

الفرع السابع: التزام المقاول بمساعدة المقاولين الاخرين:

وفقاً للشروط العامة في عقد الفيديك فانه يقع علي عاتق المقاول التزام بمساعدة المقاولين الاخرين وهؤلاء المقاولون قد يكونوا مقاولين اخرين او فرعيين تم تسميتهم في العقد او مقاولين من الباطن تم احالة جزء من الاعمال اليهم للقيام بتنفيذه والمقاول الفرعي هي اي شخص يسمي في العقد

⁽¹⁾ انظر 7/4 من عقد الفيديك

⁽²⁾ راجع المادة 13/1/ب من عقد الفيديك.

⁽³⁾ راجع نص المادة 4/6 من عقد الفيديك.

⁽⁴⁾ محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، (مكتب صبرة للتأليف والترجمة: الجيزة، 2003م) ص(212)

كمقاول فرعي اوي اي شخص يتم تعيينه كمقاول فرعي لتنفيذ جزء من الاشغال والخلفاء القانونيين لاي من هؤلاء⁽¹⁾.

وفقا للمادة 4/4 من عقد الفيدك فانه لا يحق للمقاول ان يلزم الاشغال بكاملها الي المقاولين فرعيين ويعتبر المقاول مسئولاً عن افعال واخطاء اي مقاول فرعي او وكيله او مستخدميه كما لو كانت تلك الافعال او الاخطاء صادرة من المقاول نفسه ومالم تنص علي غير ذلك في الشروط الخاصة فانه لا يطلب من المقاول الحصول علي الموافقة بشأن موردي المواد او بشأن اي مقولة فرعية ثم ذكر اسم المقاول الفرعي بخصوصها نصا في العقد ويتعين علي المقاول الحصول علي الموافقة من المهندس مسبقا علي المقاوليين الفرعيين ويتعين علي المقاول ان يرسل اشعارا الي المهندس بمدة لا تقل عن 28 يوما من تاريخ المستهدف لمباشرة عمل اي مقاول فرعي وعن مباشرة الفعلية لمثل هذا العمل ويشترط في اتفاقية كل مقولة فرعية ان تحتملي علي نصوص تخول صاحب العمل ان يتم التنازل عن هذه المقولة الفرعية اليه بموجب المادة 5/4 عندما يلزم تطبيقها او في حالة انتهاء العقد من قبل صاحب العمل بموجب احكام المادة 2/15⁽²⁾.

كما نص عقد الفيدك على انه (في حالة استمرار التزامات المقاول الفرعي الي مابعد انقضاء فترة الاشعار باصلاح العيوب وقيام المهندس قبل هذا التاريخ بالطلب الي المقاول ان يقوم بالتنازل عن هذه المقولة الفرعية)⁽³⁾.

الفرع الثامن: التزام المقاول بحماية الاشخاص والممتلكات:

حيث يتعين علي المقاول ان يعرض ويحمي من الضرر كل من صاحب العمل او افراده ووكلائهم ضد جميع المطالبات والاضرار والاعباء والنفقات بما فيها اتعاب ونفقات التقاضي وذلك فيما يتعلق بي الاصابات الجسدية او المرض او الاعتلال او الوفاة التي تلحق باي شخص مهما كان اذا كانت ناجمة عن او اثناء او بسبب تصاميم المقاول ان وجدت او عن تنفيذ الاشغال وانجازها واصلاح اية عيوب فيها مالم تكن مزوة الي الاهمال او الفعل المتعمد او نقص للعقد من قبل صاحب العمل او افراده او اي من وكلائهم.

⁽¹⁾ راجع المادة 8/2/1/1 من عقد الفيدك

⁽²⁾ راجع المادة 8/2/1/1 من عقد الفيدك.

⁽³⁾ راجع المادة 5/4 من عقد الفيدك.

الضرر او الخسارة التي قد تلحق الممتلكات العقارية او الشخصية فيما عدا الاشغال وذلك الي المدي الذي يكون فيه هذا الضرر او الخسارة ناجمة عن او اثناء او بسبب تصاميم المقاول ان وجدت او عن تنفيذ وانجاز الاشغال واصلاح اية عيوب فيها.

يعزي اي اهمال او فعل معتمد او نقص للعقد من قبل المقاول او مستخدميه او اي من وكلائهم او اي شخص مستخدم من قبل اي منهم بصورة مباشرة او غير مباشرة(1).

ويلاحظ انه يقابل هذا الالتزام التزام اخر ومقابل يقع علي عاتق صاحب العمل القيام به الا وهو ان يعوض ويحمي المقاول ومستخدميه ووكلائهم ضد اية مطالبات او اضرار او خسائر او نفقات بما فيها نفقات واتعاب التقاضي بخصوص الاصابات الجسدية او المرض او الاعتلال او الوفاة التي تعزي الي الاهمال او الفعل المعتمد او نقص العقد من قبل صاحب العمل او افراده او اي من وكلائه اي امور اخري تكون المسؤولية عنها مستثناه من التغطية التامينية(2).

الفرع التاسع: التزام المقاول باجراء الاختبارات:

باستقراء عقد الفيديك وبنوده يلاحظ ان هناك نوعان من الاختبارات يجريهما المقاول اثناء تنفيذه للعقد اولهما اثناء تنفيذه للعقد والاخر عقد انجازه للاعمال. وفيما يتعلق بنوع الاول فقد نص عقد الفيديك والتي تقرر انه (يتعين علي المقاول ان يقدم جميع الادوات والمواد المساعدة والوثائق وغيرها من المعلومات والكهرباء والمعدات والمحروقات والمستهلكات والادوات والعمالة والمواد وكادر مؤهلا وخبيرا مما يلزم لاجراء الاختبار المنصوص عليها بطريقة فعالة كما يتعين عليه ان يتفق مع المهندس علي وقت ومكان اجراء الاختبار لاي من التجهيزات الالية او المواد والاجزاء الاخري من الاشغال) (3).

ويجوز للمهندس ان يغير مكان او تفاصيل الاختبارات المنصوص عليها وان يامر المقاول بالاختبارات اضافية واذا تبين نتيجة لهذه الاختبارات المتغيرة او الاضافية ان التجهيزات او المواد او المصنوعات التي تم اختبارها لا تتوافق ومتطلبات العقد فان كلفة تنفيذ هذه التغيرات يتحملها المقاول بغض النظر عن احكام العقد الاخري.

(1) انظر المادة 1/17 من عقد الفيديك

(2) راجع البند الفرعي الاخير من المادة 1/17 من عقد الفيديك

(3) المادة 4/7 من عقد الفيديك.

ويتعين علي المهندس ان يرسل اشعار بمدة لاتقل عن 24 ساعة الي المقاول يعلمه فيه عن نيته لحضور الاختبارات واذا لم يحضر المهندس في الموعد والمكان المتفق عليهما فانه يجوز للمقاول اجراء الاختبارات الا اذا صدرت له تعليمات من المهندس بخلاف ذلك⁽¹⁾.

واذا طلب المهندس اعادة الاختبار لاي من التجهيزات الالية او المواد او المصنوعات فانه يجب اعادة اجراء الاختبارات تحت الشروط والظروف ذاتها واذا تبين لذلك ان صاحب العمل قد تكبد كلفة اضافية بسبب الرفض واعادة الاختبار فانه يتعين علي المقاول اعمالا للمادة 5/2 ان يدفع هذه الكلفة الاضافية⁽²⁾.

الفرع العاشر: التزام المقاول باصلاح العيوب:

عقب قيام المهندس باعطاء المقاول شهادة تسلم الاشغال او الاعمال سواء بالنسبة لجزء من الاعمال او الاعمال كلها يدخل المقاول عندئذ في فترة المسؤولية عن العيوب التي يجب ان تنظم احكام سريانها في ملحق العطاء فاذا كانت هناك اعمال متبقية يجب ادؤها خلال فترة المسؤولية عن العيوب فانها لا تطلب فترة منفصلة او جديدة للمسؤولية عن العيوب فكل الاعمال تعتبر كاملة متي اصدر المهندس شهادة انقضاء المسؤولية عن العيوب حيث يتطلب عقد الفيديك من المقاول القيام بالاتي:

أ. انجاز اي عمل متبق اعتبارا من التاريخ المحدد في شهادة تسلم الاشغال خلال مدة معقولة وفقا لتعليمات المهندس.

ب. تنفيذ جميع الاعمال المطلوبة لاصلاح العيوب او الضرر وفقا لتعليمات صاحب العمل او من ينوب عنه بتاريخ او قبل انقضاء فترة الاشعار باصلاح العيوب في تلك الاشغال او في اي قسم منها حسب واقع الحال واذا ماظهر عيب او حدث ضرر فانه يتعين علي صاحب العمل او من ينوب عنه ان يرسل للمقاول اشعارا بها⁽³⁾.

وتنظم المادة 2/11 تكلفة اصلاح العيوب حيث تقرر انه يتحمل المقاول كلفة جميع الاعمال المشار اليها في الفقرة 1/11-ب علي مسؤوليته ونفقته الخاصة اذا كانت والي المدي الذي تعزي فيه

⁽¹⁾ عصام مطر، مرجع سابق، ص(232)

⁽²⁾ راجع المادة 5/2 من عقد الفيديك

⁽³⁾ انظر المادة 1/11 من عقد الفيديك

هذه الاعمال الي اي تصميم يعتبر المقاول مسؤولا عنه وتقديم تجهيزات الية او مواد او مصنعية مخالفة لشروط العقد واي اخفاق من جانب المقاول في التقيد باي التزام⁽¹⁾.

رأي الباحث: ان التزامات المقاول التزامات شاملة كل بنود العقد حيث يتمركز تنفيذ العقد ويدور حول قيام المقاول بجميع التزاماته المنصوص عليها لانها بالاهمية بما كان وذلك لان المقاول طرف رئيسي في العقد.

المبحث الثالث: حقوق والتزامات المهندس في العقد الهندسي

يتميز قطاع البناء والتشييد عن باقي القطاعات بطبيعته الخاصة وهو قطاع يتطور باستمرار ويكبر مع الزمن وينمو بنمو السكان وتختلف المشاريع الهندسية بعضها عن بعض ويمكن تقسيمها الي اربعة اقسام المشاريع الضخمة او الثقيلة كالسدود والقناطر والطرق والمواني والسكك الحديدية والمفاعلات الذرية ومشاريع الطاقة كمحطات توليد الطاقة ونقل الطاقة ومشاريع المباني والمشاريع الصناعية. ويعمل في مشروع البناء عدد كبير من اصحاب المهن وترتب علي ذلك تشابك العلاقات القانونية فهناك رب العمل وهو من يتم العمل لحسابه ويسمي بالعميل وهناك المصممون وهم المهندسون وتكون مهمتهم تحويل رغبات وحاجات صاحب العمل الي رسوم ومخططات من خلالها يتم انجاز المشروع⁽²⁾.

ويطلق لفظ المهندس ويراد به المعماري والمدني والكهربائي والانشائي فهناك عقود المشاريع الضخمة وعقود المشاريع الصناعية وعقود مشاريع المباني. ولاهمية الدور الذي تلعبه العقود الهندسية في اقتصاديات الدول كان لابد ان يلم المهندس المتعامل مع صناعة التشييد بالانظمة التي تحكمها سواء من الناحية الفنية او المالية او القانونية⁽³⁾.

وبوجه عام فان خدمات الهندسة الاستشارية انما تعطي كل التخصصات الهندسية ويستطيع المهندس الاستشاري ممارسة عمله في اي تخصص هندسي عام او في اي تخصص فرعي دقيق وهم يقومون علي وجه الخصوص بدراسة الجدوي والدراسات الاقتصادية ودراسات التميل وتخطيط

(¹) عصام عبدالفتاح مطر، مرجع سابق، ص(238)

(²) د. عصام مطر، مرجع سابق، ص255.

(³) دكتور عصام مطر مرجع سابق 256.

المناطق الريفية والحضرية وتصميم المشروعات الانشائية الكبرى ومشروعات المرافق العامة ومشروعات الاسكان والمباني العامة والمشروعات الصناعية ومشروعات الكهرباء والمواني⁽¹⁾.

المطلب الأول: التزامات المهندس في العقد الهندسي:

الفرع الأول: تقديم المشورة والنصيحة:

عندما يقوم صاحب العمل بعملية انشاء مباني فانه يقوم بعرض كافة البيانات المختلفة والمتعلقة باعمال الانشاءات سواء من ناحية البنية الاساسية وسواء من ناحية المنشا نفسه ولما كانت المهمة الاصلية المكلف بها المهندس الاستشاري هي تقديم الراي والمشورة لصاحب العمل ومن ثم فان المهندس يقوم باجراء دراسة جادة لكافة المعلومات والبيانات التي قام صاحب العمل بعرضها عليه وله ان يستعلم منه عن حاجياته وان يؤسس دراسته علي تحليل علمي للبيانات المقدمة من العميل او صاحب العمل وفي ضوء ذلك يقدم استشارة تتم عن اخبرة ومهارة وقدرة وكفاءة مميزة في تخصصه ومن مقتضي هذا الالتزام ان يضع المهندس امام صاحب العمل كافة النماذج والتصميمات وكيفية تنفيذها والاعمال التمهيديّة اللازمة لهذا التنفيذ وهذا يستلزم ان يضع نصب عينيه الايجابيات والسلبيات التي قد تحقق اثناء التنفيذ.

فالالتزام بتقديم المشورة والنصيحة والاعلام يقع علي عاتق المهندس الاستشاري لصالح صاحب العمل وذلك بتزويده بكافة المعلومات التي تتعلق بحقيقة العمل المنشا بكافة جوانبه لان من شان ذلك العلم التأثير في اتخاذ قراره بالبناء من عدمه⁽²⁾.

ويري البعض ان هنالك مرحلتان لتنفيذ الاستشاري للالتزامه الاولي بذل النصيحة التي يطلبها صاحب العمل ويقع علي عاتق المهندس التزامه بالقيام بعمل محدد وهو النصح اي انه بهذا العمل يجب عليه تحقيق النتيجة المتمثلة في شكل الفعل المادي الصادر علي شكل الاستشارة سواء الشفوية او المكتوبة ويبيدي رائه بعد دراسة المعطيات التي يمدّها به صاحب العمل⁽³⁾.

الفرع الثاني: اصدار التعليمات الي المقاول:

فقد نص عقد الفيديك علي انه (للمهندس ان يصدر الي المقاول في اي وقت تعليمات ومخططات اضافية او معدله اذا كانت لازمة لتنفيذ الاشغال او اصلاح اية عيوب فيها عملا باحكام

⁽¹⁾ دكتور عصام مطر مرجع سابق 255.

⁽²⁾ احمد محمد رفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1994م) ص 110

⁽³⁾ محمد عبدالظاهر، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، (ب ن: القاهرة 1993م) ص 319

العقد⁽¹⁾. ولا يتلقى المقاول التعليمات الا من المهندس او اي من مساعديه المفوضين رسميا بموجب احكام هذا الفصل. ويتعين علي المقاول ان يتقيد بالتعليمات التي تصدر اليه من المهندس او مساعدة المفوض في اي امر يتعلق بالعقد وكما كان ذلك عمليا فان التعليمات يجب اصدارها خطيا اما اذا قام المهندس او مساعده المفوض باصدار امر شفوي وتسليم تثبتا خطيا من المقاول بخصوص الامر الشفوي خلال يومي عمل من تاريخ صدورها ولم يقم بالرد عليه خطيا بالرفض او اصدار تعليمات بشأنه خلال يومي عمل من تاريخ تسلمه اشعار المقاول عندئذ يعتبر تثبيت المقاول لمثل هذا الامر الشفوي وكأنه امر خطي صادر من المهندس او مساعده المفوض حسب واقع الحال، ومؤدي هذا النص ان المهندس اذا لم يقتصر عمله فقط علي اجراء التصميمات اللازمة للمشروع وامتد ليشمل الاشراف علي الاعمال التنفيذ فانه يباشر مهامه من خلال اصداره للتعليمات الي المقاول بخصوص الاعمال الانشائية ويجوز ان يصدر هذه التعليمات من مساعدي المهندس وتعتبر كما لو كانت صادرة منه هو⁽²⁾.

وإذا تاخر المهندس في اصدار المخططات او التعليمات مما ترتب عليها اعاقه العمل او تاخره فقد نص عقد الفيديك على انه (اذا تكبد المقاول اي تاخير او كلفة بسبب اخفاق المهندس في اصدار اية مخططات او تعليمات ضمن وقت معقول مما كان المقاول قد اشعره بشأنها مع بيان اسباب الحاجه اليها فانه يتعين علي المقاول ان يقدم اشعارا اخر الي المهندس لتقدير استحقاقات المقاول بشأنها)⁽³⁾.

الفرع الثالث: اصدار الموافقات والمصادقات للمقاول:

عمل المهندس قد يقتصر علي التصميم فقط وان هذا العمل قد يمتد ليشمل الاشراف علي اعمال التنفيذ للمشروع وعلي الرغم من عدم وجود عقد محرر بين المهندس والمقاول بخصوص تنفيذ اعمال المشروع الا ان عقد الفيديك قد منح المهندس سلطة اصدار بعض الاوامر والموافقات والمصادقات علي اعمال المقاول ولا يجوز للمقاول مباشرة او مزاوله او استكمال اعمال المشروع بدون الحصول علي هذه الموافقات والمصادقات واهم هذه الموافقات والمصادقات موافقة المهندس علي برنامج عمل المقاول فقد نص عقد الفيديك علي انه يتعين علي المقاول ان يقدم للمهندس برنامج زمني مفصل خلال 28 يوما من تاريخ تسليمه لاشعار المباشرة بموجب المادة 1/8 كما يتعين عليه

(¹) راجع المادة 3/3 من عقد الفيديك.

(²) عصام مطر، مرجع سابق، ص 161

(³) انظر المادة 9/1 من عقد المقاوله الموحد للاعمال الانشائية فيديك 1999

ايضا ان يقدم برنامجا معدلا في اي وقت يتبين فيه ان البرنامج السابق لم يعد يتمشي مع التقدم الفعلي او مع التزامات المقاول للبرنامج بالتعليق عليه واعلام المقاول عن مدي عدم مطابقة البرنامج للعقد فالمقاول حينئذ الحق في ان يقوم بالتنفيذ بموجبه مع مراعاة التزاماته الاخرى وفقا للعقد⁽¹⁾.

كما يعتبر افراد صاحب العمل مخولين بالاعتماد علي ذلك البرنامج عند التخطيط لاداء انشطتهم والغرض من قيام المقاول باتخاذ هذا الاجراء وهو عرض برنامج العمل علي المهندس هو الوقوف علي مدي مطابقة البرنامج المناسب للعقد و1لك ضمانا للسير الطبيعي للاعمال بغية انجازها في الوقت المناسب⁽²⁾.

اشترط عقد الفيديك ان يقوم المقاول بتعيين ممثل له ونعني به ذلك الشخص الذي يسميه المقاول في العقد او من يعنيه من وقت لآخر لمتابعة تنفيذ الاعمال في المشروع⁽³⁾.

الفرع الرابع: فحص واختبار الاعمال:

منح عقد الفيديك المهندس صلاحية فحص المواد والالات المنوي استخدامها في اعمال الانشاء كما منحه ايضا صلاحية اجراء بعض الاختبارات للاعمال واذا ماتبين له ان هناك بعض الاعمال غير مطابقة فله سلطة اصدار التعليمات بازالتها فورا من الموقع.

فقد نص عقد الفيديك على انه (يتعين علي المقاول ان يقدم الي المهندس العينات التالية للمواد والعينات والمعلومات المتعلقة بها للحصول علي موافقته قبل استعمال تلك المواد في الاشغال عينات الصانعين القياسية للمواد والعينات المنصوص عليها من العقد وذلك علي نفقة المقاول، اية عينات اضافية يطلبها المهندس كتغييرات وازافت الفقرة الثالثة من المادة السابعة انه يجب ان يتمتع افراد صاحب العمل منهم المهندس في كل الاوقات المعقولة الدخول ببسر الي كل اجزاء الموقع والي جميع الاماكن التي يتم الحصول علي المواد الطبيعية منها. ان يتمكو خلال الانتاج والتصنيع والانشاء في الموقع وخارجه من الفحص والمعاينة والقياس واختبار المواد والمصنعية والتحقق من تقدم تصنيع التجهيزات الالية وانتاج وصناعة المواد)⁽⁴⁾.

اذا وجد نتيجة لاي فحص او معاينة او قياس او اختبار ان ايامن التجهيزات الالية او المواد او المصنعيات معيب او انه لا يتوافق مع متطلبات العقد فان للمهندس ان يرفض تلك التجهيزات الالية

⁽¹⁾ راجع المادة 3/8 من عقد الفيديك.

⁽²⁾ محمد شكري سرور، مسنولية مهندسي ومقاولي البناء، (دار الفكر العربي: بيروت، ب ت) ص 77

⁽³⁾ انظر المادة 5/2:1/1 من عقد الفيديك

⁽⁴⁾ جميل الشراقي، محاضرات في العقود الدولية، (دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994م) ص(205)

او المواد او المصنعيات باشعار يرسله الي المقاول مع بيان الاسباب الداعية للرفض ويتعين علي المقاول ان يصلح العيب في البندالمرفوض حتي يصبح متوافقا مع متطلبات العقد واذا طلب المهندس اعادة الاختبار لاي من التجهيزات الالية او المواد او المصنعيات فانه يجب اعادة اجراء الاختبارات تحت الشروط ذاتها⁽¹⁾.

الفرع الخامس: وقف الاعمال بالموقع:

قد يري المهندس وقف الاعمال مؤقتا ومن ثم فهو يصدر تعليماته الي المقاول بهذا الشأن. فقد نص عقد الفيديك علي انه (للمهندس في اي وقت ان يصدر تعليماته الي المقاول لتعليق العمل في اي جزء من الاشغال او فيها كلها وعلي المقاول خلال هذا التعليق ان يحمي ويحافظ علي الاشغال او ذلك الجزء منها ضد اي خسارة او ضرر وللمهندس ان يبين اسباب التعليق في اشعاره)⁽²⁾. قد يترتب علي وقف العمل مؤقتا بالموقع حدوث بعض الاضرار للمقاول ومن ثم فقد نص عقد الفيديك علي تبعات تعليق العمل وذلك بنصها علي الاتي (اذا تكبد المقاول تاخرا في مدة الانجاز او كلفة مابسبب امثاله لتعليمات المهندس بتعليق العمل او استئناف العمل فللمقاول ان يقدم اشعارا الي المهندس ذلك لتقدير مايستحقه المقاول عملا باحكام المادة 1/20 بخصوص اي تمديد في مدة الانجاز بسبب هذا التاخير اذا كان الانجاز قد تاخر او سوف يتاخر واي كلفة لاضافتها الي قيمة العقد).

وبعد تسليم المهندس للاشعار يتعين عليه النظر فيه للاتفاق عليه او اعادة تقديراته بشأن هذه الامور علما بانه لا يحق للمقاول اي تمديد في مدة الانجاز او استرداد الكلفة التي تكبدها بسبب قيامه باصلاح ما هو ناتج عن عيب في تصاميمه او مواده او مصنعيته او عن اي اخفاق من قبله في الحماية او التخزين او المحافظة علي الاشغال⁽³⁾.

وأيضاً نص على (أن المقاول يستحق ان تدفع له قيمة التجهيزات الالية او المواد كما هي بتاريخ تعليق العمل والتي لم يتم توريدها بعد الي الموقع في الحالتين الاتيتين اذا كان العمل في التجهيزات الالية او توريد التجهيزات قد تم تعليقه لمدة تتجاوز 28 يوما واذا قام المقاول بالاشارة الي ان تلك التجهيزات الالية او المواد قد اصبحت ملكا لصاحب العمل وفقا للتعليمات الصادرة عن المهندس)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ انظر المادة 5/7 من عقد الفيديك.

⁽²⁾ راجع المادة 8/8 من عقد الفيديك.

⁽³⁾ عصام احمد البهجي، عقود الفيديك واثرها علي التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، (دار الجامعة الجديدة للنشر: القاهرة، 2008م) ص 237.

⁽⁴⁾ انظر المادة 10/8 من عقد الفيديك.

الفرع السادس: قياس الاعمال وتقدير قيمتها:

حيث يجب علي المهندس ان يحقق من قيمة الاعمال عن طريق القياس وفقا للعقد وتدفع هذه القيمة الي المقاول والمهندس في قيامه بهذه المهمة عليه ان يخطر المقاول او وكيله بحضور عملية القياس⁽¹⁾.

وتتلخص القواعد التي تحكم اخطار المقاول وقياس الاشغال فيما يلي:

عندما يطلب المهندس كيل تقدير او قياس اي جزء من الاشغال فان عليه ان يرسل اشعارا معقولا الي ممثل المقاول والذي يتعين عليه ان يمثل دون توان اما بالحضور او ان يرسل ممثلا اخر مؤهلا لمساعدة المهندس في اجراء القياس وان يقدم جميع التفاصيل التي يطلبها منه المهندس واذا تخلف المقاول عن الحضور او ارسال ممثل عنه فعندها يعتبر القياس او الكيل الذي يعده المهندس او من ينوب عنه مقبولا لكيلا او قياس صحيح.

وباستثناء ما هو منصوص عليه خلافا لذلك في العقد حيث يتم قياس الاشغال القائمة من القيودات فانه يتعين علي المهندس اعدادها وعلي المقاول حيث يدعي لذلك ان يحضر لتفحص القيودات وللاتفاق عليها مع المهندس ومن ثم التوقيع عليها عند الموافقة فاذا تخلف المقاول عن الحضور تعتبر القيودات مقبولة وصحيحة⁽²⁾.

ويتم قياس الاشغال قياسا هندسية صافيا للكميات الفعلية من كل بند من بنود الاشغال الدائمة ويكون اسلوب القياس وفقا لجداول الكميات او اية جداول اخري واجبة التطبيق⁽³⁾.

الفرع السابع: اصدار انواع عديدة من الشهادات المتعلقة بالعمل:

يمر العمل بمراحل متعددة وفي كل مرحلة يصدر المهندس شهادة معينة ومن اهم الشهادات شهادة الدفع المرحلية حيث نص عقد الفيديك علي انه (يتعين علي المقاول ان يقدم الي المهندس بعد نهاية كل شهر كشف المطالبة بالدفع من 6 نسخ وبحيث يكون الكشف منظما علي النموذج المعتمد من قبل المهندس ومبين فيه تفاصيل المبالغ التي يعتبر المقاول انها تستحق له ومرفقا به الوثائق

⁽¹⁾ محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشيد والبناء دراسة في ضوء عقد الفيديك، (دار النهضة العربية: ب م، 2004م) ص 96

⁽²⁾ راجع المادة 1/12 من عقد الفيديك.

⁽³⁾ نصت المادة 10/1/1/1 علي ان جداول الكميات يقصد بها جداول العمل بالمياومة كما تعني اي وثائق مسماة كذلك ومشمولة في العقد.

المؤيدة بما في ذلك التقرير الشهري عن تقديم العمل خلال هذا الشهر⁽¹⁾. ويجب ان يشتمل كشف المطالبة بالدفع المفردات التالية حسب انطباقها والتي يجب ان يعتبر عنها بعمليات الدفع المختلفة التي تدفع بها قيمة العقد. وايضا شهادة الاداء حيث لا يعتبر المقاول قد تم اداء التزاماته الا بعد ان يقوم المهندس باصدار شهادة الاداء للمقاول مبينا فيها تاريخ الذي يعتبر فيه المقاول انه قد اكمل الالتزامات المطلوبة منه بموجب العقد ويتعين علي المهندس ان يصدر شهادة الاداء خلال 28 يوما من بعد انقضاء اخر فترة من فترات الاشعار باصلاح العيوب او في اقرب فرصة ممكنة بعد ان يكون المقاول قد قدم جميع وثائق المقاول وانجز الاشغال وتم اختبارها بكاملها بما في ذلك اصلاح اية عيوب فيها كما يتم ارسال نسخة من شهادة الاداء الي صاحب العمل وان شهادة الاداء وحدها دون غيرها تعتبر ممثلة لقبول الاشغال⁽²⁾.

اضافة الي شهادة الدفعة الختامية (المستخلص النهائي) حيث ينبغي علي المقاول ان يقدم الي المهندس خلال فترة 56 يوما من تاريخ تسليمه شهادة الاداء مسوده المستخلص النهائي علي 6 نسخ من الوثائق المؤيدة بالنموذج الذي يوافق عليه المهندس. بعد ذلك اذا تم فض الخلاف نهائيا بموجب المادة 4/20 او تمت تسويته بموجب المادة 5/20 فانه يتعين علي المقاول عندئذ اعداد وتقديم المستخلص النهائي الي صاحب العمل والمهندس⁽³⁾.

الفرع الثامن: التزامات المهندس الاستشاري تجاه صاحب العمل:

ومن الالتزامات المهندس اتجاء صاحب العمل والمقررة بموجب عقد الخدمات الهندسية المبرم بينه وبين صاحب العمل والتي تشمل الاتي:

تقديم كفالة حسن الاداء فقد نصت المادة الخامسة من عقد الخدمات الهندسية علي انه علي الاستشاري بعد ابلاغه قرار الاحالة وقبل توقيع العقد ان يقدم لصاحب العمل كفالة حسن الاداء ضمانا لتقديمه الخدمات الهندسية وقيامه بكامل التزاماته بموجب العقد ولمدة تزيد ثلاثة اشهر علي مدة العقد وتكون الكفالة بنسبة 10% من قيمة العقد القبولة صادرة عن بنك او مؤسسة مالية معتمده رسميا وحسب نموذج الكفالة الوارد في ملحق العقد واذا تطلب الامر تمديد الكفالة فيحق لصاحب العمل

⁽¹⁾ راجع المادة 3/14 من عقد الفيديك.

⁽²⁾ عصام عبدالفتاح مطر، مرجع سابق، ص 179.

⁽³⁾ انظر المادة 11/14 من عقد الفيديك.

تمديدها .التزام المهندس الاستشاري ببذل العناية وتحقيق نتيجة حيث يري البعض انه اقتصر دور المهندس الاستشاري علي التصميم فقد واعداد الرسومات الهندسية فان التزام المهندس يكون التزام ببذل عناية⁽¹⁾.

واذا امتد دور المهندس الاستشاري الي الاشراف علي التنفيذ وتولي الرقابة علي الاعمال فانه يلتزم بتسليم بناء خال من العيوب ومتطابق مع الخطط التي تمت الموافقة عليها من صاحب العمل وكذلك مع قواعد العقد⁽²⁾.

رأي الباحث: ان التزامات المهندس اتجاه المقاول تاخذ حيز كبير من التزامات المهندس حيث ان المهندس يعتبر وكيل لصاحب العمل وتكون العلاقة بينه وبين المقاول مباشرة لذلك تعتبر التزاماته اتجاه المقاول اكبر واشمل من التزاماته اتجاه صاحب العمل حيث لانتفاوت التزاماته اتجاه صاحب العمل الي اكثر من ثلاثة بنود وفق لعقد الخدمات الهندسية.

⁽¹⁾ ميرفت ربيع عبدالعال، عقد المشورة في مجال المعلومات، (ب ن: عين شمس، ب ت) ص 343.

⁽²⁾ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 232.

الخاتمة

لقد وصلنا إلى ختام هذا البحث بحمد الله ونعمته، تناولت في هذه الدراسة أحكام العقود الهندسية وأثرها دراسة تطبيقية في عقود الإنشاءات واستهدفت إبراز أهمية العقود الهندسية فقد تناولت في الفصل الأول أسباب اختياري لموضوع هذا البحث وتناولت أيضاً أهمية الموضوع في المجتمعات المعاصرة مع تطورات مشاريع البناء والتشييد كما تناولت أهداف ومشاكل وحلول الدراسة وجاء ذلك في الفصل الأول منها أما الفصل الثاني فجاء بتعريف العقد بصورة عامة في القانون واللغة والفقہ حيث تناولت أركان وشروط العقد في مباحث مختلفة.

كما تناولت في الفصل الثاني مفهوم وخصائص وشروط عقد المقاوله وفقاً لقانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، أما الفصل الرابع فتناولت فيه مفهوم العقد الهندسي وأنواعه وطرق التعاقد في المشاريع الهندسية، وكان ختام هذه الدراسة هو الفصل الخامس الذي تحدثت فيه عن حقوق والتزامات أطراف العقد الهندسي. لا نود الخوض في تفاصيل ما اشتمل عليه البحث من مواضيع وما عالجه من قضايا في هذا الموضوع وإنما سنقصر الحديث على أهم النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

- توصلت الباحثة من خلال هذا البحث إلى نتائج عديدة من أهمها الآتي:
1. توصلت الباحثة إلى أن تعريف العقد جاء منصب في أن العقد هو الجمع بين شيئين أو أكثر وهو أيضاً نغيض الحل وأيضاً يعني الأحكام والتوثيق وجاء هذا أيضاً في الكتاب والسنة حيث يأمران بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود والنهي عن الغدر ونقض العهود.
 2. وتوصلت أيضاً إلى أن فكرة التعاقد أو العقد هي أوسع من أن تقف مهمتها عند نشأة الالتزام بل أن مهمتها تمتد أيضاً حتى انتهاء الالتزام وانقضائه.
 3. توصلت الباحثة إلى أن فقهاء المسلمين اعتبروا أن العاقدان ركن من أركان العقد وهما الشخصان المعبران عن طرفي العقد والطرفين اللذان تقع عليهما التزامات العقد وقد يكونان شخصين منفردين أو متعددين وقد يكونان أصليين أو نائبين عن غيرهما ويجب أن يتمتع كل منهما بالأهلية.
 4. تشير كثير من المصادر إلى أن عقد المقاولة لم يكن فيما مضى عقداً مستقلاً بل كان متداخلاً مع عقود أخرى كعقد البيع وعقد الوكالة إلا أن أحكامه كان لا بد أن تتطور مواكبة للتطور الاقتصادي والعمراني الذي يشهده العالم المعاصر.
 5. كما توصلت الباحثة إلى أن التطور التاريخي للقوانين المتعلقة بعقد المقاولة يفصح لنا طبيعة هذا العقد المتطورة ولا يمكن القول بأن نظاماً معيناً شكل الخلفية للنظام القانوني الذي يحكم عقد المقاولة إنما ساهمت كل تلك النظم في إخراج عقد المقاولة بالصورة التي نراها اليوم.
 6. توصلت الباحثة أيضاً إلى أن هنالك خاصية في عقد المقاولة وه خاصية استقلال المفاوض في تنفيذه لعقد المقاولة فهو يؤدي عمله دون أن تدخل من رب العمل في كيفية التنفيذ وهذه الخاصة تميزه عن عقد العمل والوكالة.
 7. أيضاً توصلت الباحثة إلى أن العقد الهندسي من عقود المدة وقد يمتد تنفيذه في المشروعات المتوسطة أو الكبيرة لسنوات ومن ثم كان لا بد من أن تتميز أحكامه بالمرونة الكافية التي تسمح له بالتلاؤم مع الظروف المتغيرة دائماً.
 8. إذا كان دور المفاوض لا يقتصر على تقديم العمل وإنما يشمل المادة والعمل معاً فإنه يلزم أن يكون من باب أولى بالغا من الرشد لأنه يعتبر بائعاً بالنسبة للمادة التي يقدمها ويشترط في البائع أن تتوافر فيه الأهلية.

9. قد يكون العقد الهندسي بالنسبة لرب العمل من أعمال الإدارة كالعقد الذي يبرمه صاحب العمل مع المقاول لترميم منزل فمثل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ويكفي فيها أن يتوفر في رب العمل أهلية الإدارة ومن ثم يجوز للوفير المميز أن يبرم عقد المقاول في هذه الأعمال بصفته رب العمل دون حاجة إلى إذن ولية أو وصيه.
10. توصلت الباحثة إلى أن المشروعات الهندسية تستقطب العديد من الوظائف المختلفة وتستهلك موارد أساسية وخامات أكثر من أي صناعة أخرى ذلك ونظراً للحاجة الشديدة والمتنامية لخدمات صناعة التشييد.
11. توصلت الباحثة إلى أن المشروعات الهندسية تستقطب العديد من الوظائف المختلفة وتستهلك موارد أساسية وخامات أكثر من أي صناعة أخرى ذلك ونظراً للحاجة الشديدة والمتنامية لخدمات صناعة التشييد.
12. توصلت الباحثة إلى أن العقد الهندسي الإنشائي ذو طبيعة خاصة حيث أنه يعتمد بالأساس على اعتبارات فنية صرفة.
13. توصلت الباحثة إلى أن المشرع السوداني لم يعرف العقد الهندسي وإنما عرف عقد المقاول.
14. توصلت الباحثة إلى أن أعمال التشييد والبناء تتميز بأن تنفيذها يستغرق مدة طويلة وتحتاج إلى أكثر من عقد وقد يتم في صورة عقود منفصلة أو سلسلة من العقود بين أكثر من طرف محلي أو أجنبي وأكثر من تخصص فني كما تخصص لها رؤوس أموال طائلة.
15. تشكل صناعة الهندسة نسبة 40-50% سنوياً من حجم الاستثمارات في الدول النامية ومنها السودان.
16. توصلت الباحثة أن طرفا العقد الهندسي يقومان بتوقيع الاتفاقية خلال 28 يوماً من تاريخ تسليم المقاول لخطاب القبول.
17. توصلت إلى أن العقد الهندسي من العقود الرضائية.
18. توصلت الباحثة إلى أن العقد الهندسي ذو طبيعة خاصة ومتعدد الأطراف (المالك- المقاول - الممول - الاستثماري - المقاول من الباطن - المورد).
19. توصلت الباحثة إلى أن الشروط الخاصة في العقود الهندسية تعطي المالك مرونة واسعة في إحداث بعض التعديلات في بنود المشرع دون التأثير في زيادة الأسعار.

20. توصلت الباحثة إلى أن الشروط الخاصة في العقود الهندسية تقيد بنود التأمينات التي نص عليها في الشروط العامة وكذلك وضع شروط غرامة التأخير وكيفية تحمل المخاطر.
21. توصلت الباحثة إلى أن هنالك شروط على المقاول في العقد الهندسي بعدم انشغاله بأعمال إنشائية أخرى في الوقت الذي يتم فيه تنفيذ المشروع حتى لا يتعرقل سير المشروع المتعاقد عليه.
22. كما توصلت أيضاً إلى أن من محتويات العقد الهندسي المواصفات وهي عبارة عن مواصفات فنية يشار إليها في مستندات العقد.
23. توصلت الباحثة إلى أن المواصفات القياسية توضع من جهة رسمية مسئولة على تنفيذ المشروعات التخصصية وتكون ملزمة للكافة.
24. توصلت الباحثة إلى أن زمن المشروع يعتبر عنصراً أساسياً في عقود الإنشاءات الهندسية حيث أن المالك عادة ما يكون لديه احتياجات وأهداف معينة فور الانتهاء من تنفيذ المشروع.
25. توصلت الباحثة إلى أن المقاول غير مسئول عن أي تأخير يثبت من المالك أما إذا كان التأخير ناشئاً على أسباب أخرى فعلى المقاول أن يتحمل تكاليف الإشراف خلال فترة التأخير إضافة إلى غرامة التأخير التي نص عليها العقد.
26. توصلت الباحثة إلى أن خطاب الضمان يضمن قيام المقاول بأعمال صيانة للمشروع لمدة زمنية بعد تسليم المشروع وعادة ما تكون سنة كاملة لضمان كفاءة المشروع بدون تكاليف إضافية يتكبدها المالك.
27. توصلت الباحثة إلى أن أنواع العقود الهندسية متعددة وتختلف على حسب العمل الإنشائي المطلوب القيام به فعلى حسب نوع المشروع يبرم العقد.
28. توصلت إلى أن المهندس يتقاضى أتعابه من رب العمل فهو بذلك سوف يضع مصلحة رب العمل دوماً في المقام الأول.
29. توصلت الباحثة إلى أن الفيديك يقوم بعدد من الأنشطة وأهم هذه الأنشطة إعداد ونشر نماذج للعقود المتعلقة بأعمال المقاولات بأنواعها المختلفة.
30. توصلت الباحثة إلى أن الكتاب الأبيض يتضمن التزامات ربا لعمل ومن ضمنها تقديم كافة المعلومات المتوفرة لديه عن المشروع.
31. توصلت إلى أن من التزامات المهندس الاستشاري تعويض رب العمل عن إخلاله بالتزاماته.

32. توصلت الباحثة إلى أن الفيديك يوصي باستخدام النماذج الجديدة بشكل عام عندما تتم الدعوة إلى العطاءات على أساس دولي وقد يتطلب الأمر التعديل إذا ما استخدمت هذه الشروط في العقود المحلية.
33. توصلت الباحثة إلى أن الفيديك يعتبر النسخة باللغة الإنجليزية هي النصوص الرسمية والمعتمدة عند حدوث أي خلاف حول الترجمة.
34. توصلت الباحثة إلى أن المشرع السوداني لم يبين طرق التعاقد في المشاريع الهندسية.
35. لم يعرف المشرع السوداني المهندس الاستشاري بينما عرفه الفيديك.
36. توصلت الباحثة إلى أن العقود المبرمة بين أطراف التعاقد في المشاريع الإنشائية تحدد وتنظم العلاقة بين المالك والمقاول وذلك من خلال الشروط الواردة في بنود العقد.
37. توصلت الباحثة إلى أنه يتضمن على المقاول أن يقدم ضمان الأداء إلى صاحب العمل خلال 28 يوماً من تسليمه كتاب القبول وأن يرسل نسخة إلى المهندس.
38. توصلت الباحثة إلى أن من التزامات صاحب العمل تحمل المخاطر والتي تشمل الحرب والأعمال العدوانية وأعمال الإرهاب والإشعاعات النووية وغيرها من المخاطر.
39. تعتبر التزامات رب العمل الرئيسية في توفير حق الوصول إلى الموقع وحيازته وتقديم المساعدة المطلوبة للمقاول للحصول على التراخيص والتصاريح.
40. توصلت الباحثة إلى أن المشرع السوداني قد حمل المخاطر الناتجة عن القوة القاهرة إلى المقاول بينما الفيديك قد حملها إلى رب العمل.
41. توصلت الباحثة إلى أن دور المهندس الاستشاري يكمن في تقديم النصيحة والإرشاد والمشورة لصالح رب العمل وتزويده بكافة المعلومات لأن من شأن ذلك العالم التأثير في اتخاذ قراره بالبناء من عدمه.

ثانياً: التوصيات:

1. توصي الباحثة المشرع السوداني بوضع تعريف للعقد الهندسي على النحو التالي (العقد الهندسي هو عقد يحمل في طياته عدة عقود وذلك لتعدد الأطراف فيه وهو يعتبر من العقود الرضائية وهو عقد ذو طبيعة خاصة جداً حيث يبرز الجانب الفني فيه أكثر من الجانب القانوني).
2. توصي الباحثة المشرع السوداني بوضع نصوص تبين طرفي التعاقد في المشاريع الهندسية.
3. توصي الباحثة بأن تدرس مادة العقود الهندسية في الجامعات والدبلوم العالي والماجستير وذلك لأهميتها في الحياة المعاصرة.
4. توصي الباحثة بتدريس طلبة كلية الهندسية المدنية مادة العقود الهندسية إضافة إلى الجانب القانوني المتمثل في التزامات وحقوق الأطراف وكيفية معرفة حل المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ المشروع الهندسي.
5. توصي الباحثة المشرع بوضع نصوص تحدث عن عقود الفيديك وأهميتها وأنواعها.
6. توصي الباحثة المشرع بأن ينص على أن يتحمل مخاطر القوة القاهرة كل عن رب العمل والمقاول مناصفة.
7. توصي الباحثة بأن يكون اختيار المهندس الاستشاري بصورة مشتركة بين كل من المقاول ورب العمل ويتحملان أتعاب المهندس مناصفة وذلك تجنب عن أن ينحاز المهندس إلى رب العامل نسبياً لأنه يعمل بصورة واضحة ومعلنة.
8. توصي المشرع بوضع تعريف للمهندس الاستشاري والمورد والممول والمقاول من الباطن وذلك لقصور القانون على تعريف المقاول ورب العمل فقط في قانون المعاملات المدنية عندما تحدث في أحد مواده عن عقود المقاول.
9. توصي الباحثة الجهات الرسمية المختصة بوضع مواصفات قياسية ملزمة للكافة على أن تقوم بنشر تلك المواصفات لتكون علم للجميع.
10. توصي الباحثة بأن تقوم الجامعات والتعليم العالي بتوفير كتب الفيديك في المكتبات العامة وذلك لأهميتها في الوقت الحاضر نسبة لتطور العالم في مسألة البناء والتشييد.
11. توصي الباحثة الدولة بفتح باب الاستثمار في الإنشاءات والتشييد بصورة سهلة دون تقييد سواء كان ذلك للأجانب أو المواطنين.

12. توصي المشرع بوضع قانون خاص بالمناقصات والمزايدات لمساعدة قطاع الإنشاءات في اختيار المتعاقد الأنسب فنياً ومالياً لإنجاز المشروع.
13. أن يتصدى المشرع السوداني لتعديل قانون تنظيم البناء بولاية الخرطوم لسنة 1997م وذلك بتوسيع اختصاص الجهات المانحة للترخيص وإضافة مواد تجعل منها الجهة المختصة التي تتولى الرقابة على أعمال المباني والمنشآت الثابتة في كل مراحلها.
14. توصي الباحثة المشرع بأن يضع أقصى العقوبة على كل من يتجاوز المواصفات القياسية الملزمة للكافة وذلك لخطورة ما يترتب على مخالفات المباني من أضرار تتفاوت في جسامتها.
15. توصي الباحثة المشرع بوضع قانون ينظم التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية لأطراف العقد الهندسي.
- أخيراً هذا جهد قليل نتمنى من الله عز وجل أن يجعله فائدة للجميع ولا نقول أنه من الكماليات لأن الكمال لله وحد وأنا بشر نصيب ونخطي ولا نملك في الختام غير الدعاء بالذكر الحكيم.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم.
الكتب العلمية.

أولاً: الكتب والمصادر:

1. أبو ذر الغفاري بشير عبد المجيد، العقد والإرادة المنفردة، ط6 (مطبعة العملة : الخرطوم، 2006م)
2. أبو ذر الغفاري بشير عبد المجيد، العقد والإرادة المنفردة، ط4 (مطبعة العملة: الخرطوم، 2001،
3. أبو غدة عبد الستار، خطابات الضمان بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، ط2 (دار القلم: دمشق، ١٤١٨هـ)
4. أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4 (دار الفكر: دمشق، 1979)
5. احمد محمد رفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1994م)
6. احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1995م)
7. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين، (دار النهضة العربية: القاهرة، 2009م)
8. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1998م)
9. الامام محمد ابوزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (دار الفكر العربي: القاهرة، 1996)
10. البعلي محمد ابن أبي الفتح الحنبلي، المطلع، (دار الطبع: بيروت، المكتب الإسلامي، 1970م)
11. الحسن بن أحمد بن حسن، خطابات الضمان المصرفية وتكليفها الفقهي، (مؤسسة شباب الجامعة: الإسكندرية، 1999م)

12. الزبيدي محب الدين أبو فيض السيد، شرح القاموس المسمى تاج العروس من جواهر القاموس، (دار الفكر للطباعة والنشر: القاهرة، ج1، ب ت)
13. السالوس علي أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، (مكتبة الفلاح، القاهرة، 1986م)
14. الشيخ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (دار القلم: دمشق، 1998)
15. الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في الفقه الشافعي، (دار الكتب العلمية: مصر، 1948)
16. الغليقة صالح بن عبد العزيز بن صالح، صيغ العقود في الفقه الإسلامي، (جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية)
17. المترك عمر بن عبد العزيز، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، ط2 (دار العاصمة: الرياض، 1417هـ)
18. بن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد، روضة الناظر وجنة المناظر، (مؤسسة الريان، بيروت، 1972م)
19. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإجارة، المقاوله، (مكتبة دار الثقافة للنشر: عمان، 2016م)
20. جمال الدين احمد نصار، العميل الاستشاري نموذج اتفاقية خدمات الكتاب الأبيض الجديد، (ب ن: ب م، ط3، 1998م)
21. جمال الدين احمد نصار، شروط عقد التشييد النسخة التوافقية لبنوك التنمية المتعددة الاطراف شاملة للشروط العامة والشروط الخاصة والنماذج، (ب ن: مصر، 2001/)
22. جمال الدين نصار، أسلوب طرح العطاءات، (الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاري: القاهرة، ط2، 1994م)
23. جمال الدين نصار، الترجمة العربية شروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية، (جامعة عين شمس: القاهرة، ب ت)
24. جمال الدين نصار، ماجد خلوصي، قانون وتشريعات وعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الكتاب الابيض الجديد، (ب ن: القاهرة، 2005)

25. جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، (دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994م) .
26. خليل إبراهيم القطان، أصول التشييد والبناء هندسياً وقانوناً، (مكتبة الكويت الوطنية: الكويت، 2001م)
27. داوود خلف الله، دليل عقود الإنشاءات، (ب ن: عمان، 2002م)
28. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1968)،
29. زين الدين الجبعي، مسالك الأفهام (دار النشر العربي: بيروت، ب ت)
30. سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني أبو القاسم، معجم الطبراني الكبير، (مكتبة بن تيمية: القاهرة، 2008)
31. شبير محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، (دار الفكر: الأردن، ١٤١٨هـ)
32. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، (دار البحوث العلمية: الكويت، 1975)
33. عبد الأمير كاظم زاهد، أحكام النهر الدولي في الفقه الاسلامي، (مؤسسة العارف للمطبوعات: العراق، 2008)
34. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 (دار احياء التراث العربي: بيروت، 1952)
35. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (دار الكتب العلمية: القاهرة، 2003)
36. عبد العزيز فهمي، مدونة جستنيان في الفقه الروماني، مجلد 2 (دار الكتاب المصري: القاهرة، 1946م)
37. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، (دار الفكر الإسلامي الحديث: القاهرة، 2001)
38. عبدالرازق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء شروطها نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثة، (جامعة أسيوط: القاهرة، 1987م)
39. عبدالرازق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، (ب ن: ب م، ب ت)

40. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، (مؤسسة الرسالة ناشرون: بيروت، 2005)
41. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، (شركة الطبع والنشر الاهلية: العراق، 1977)
42. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، (مكتبة دار الثقافة، القاهرة، 1996م)
43. عصام احمد البهجي، عقود الفيديك واثرها علي التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، (دار الجامعة الجديدة للنشر: القاهرة، 2008م)
44. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، (دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية، 2008م)
45. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتاب العربي: بيروت، 1974م)
46. فايز السيد للمساوي وأشرف فايز للمساوي، عقود البيع، (المركز القومي للإصدارات القانونية: القاهرة، 2009)،
47. فتحي قره، أحكام عقد المقاولة، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 1992م)
48. محمد أحمد غانم، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة، (المكتب الجامعي الحديث: الاسكندرية، 2011م)
49. قذري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة، (دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م)
50. مجتبي محمد عمر احمد موسي، النظرية العامة في الالتزامات، (ب ن: ب م، ب ت)،
51. محجوب إبراهيم محمد الأمين، المسؤولية القانونية للمقاول، (دار النهضة العربية: القاهرة، 2010م)
52. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، مصادر وأحكام الالتزام، (المطبعة الوطنية: الخرطوم، 2006)
53. محمد جواد، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة، (مؤسسة النشر الإسلامي: مصر، ب ت)
54. محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشيد والبناء دراسة في ضوء عقد الفيديك، (دار النهضة العربية: ب م، 2004م)
55. محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية، (دار النهضة العربية: القاهرة، 2004م)
- محمد سلام مذكور، المدخل للفقہ الإسلامي، (الدار العلمية: القاهرة، 1960)
56. محمد شتا أبو سعد، أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني، (مكتبة المجلس الوطني الاتحادي: الخرطوم، 1985م)

57. محمد شكري سرور، مسئولية مهندس ومقاولي البناء، (دار الفكر العربي: بيروت، 1985م)
58. محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، (دار الفكر العربي: بيروت، ب ت)
59. محمد صالح علي محمد، شرح قانون المعاملات المدنية السوداني، ج 1 (دار جامعة ام درمان الاسلامية للطباعة والنشر: الخرطوم، 2010)
60. محمد عبدالظاهر، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، (ب ن: القاهرة 1993م)
61. محمد غانم مطر، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة الفيديك، (المكتب الجامعي، الاسكندرية، 2011م)
62. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، (منشأة المعارف: الإسكندرية، 2018م)
63. محمد ماجد خلوصي، العقود الهندسية، (دار الكتب القانونية: مصر، 2003م)
64. محمد محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، (دار النهضة: بيروت، 2001م)
65. محمد محمد بدران، نماذج عقود الفيديك، (شبكة المعلومات القانونية، تاريخ الإرسال 2005/05/17م).
66. محمد ناجي ياقوت، مسئولية المعماريين بعد اتمام الاعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، (منشأة المعارف: بيروت، 1984)
67. محمد يوسف محسن، هندسة المكتب الفني، (كتاب الكتروني: القاهرة، 2016م)
68. محمود عبد الحميد حلمي، عقود ومواصفات الأعمال في الهندسة المدنية، (دار الراتب الجامعية: لبنان، 1992م)
69. محمود عبد الحميد حلمي، عقود ومواصفات الأعمال في الهندسة المدنية، (دار الراتب الجامعية: القاهرة، 1991)
70. محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، (مكتب صبرة للتأليف والترجمة: الجيزة، 2003م)

71. منى حسب الرسول، المسؤولية المدنية لمهندسي ومقاولي البناء، (جامعة النيلين، الخرطوم، 2007م)
72. منى حسب الرسول، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب المباني والمنشآت الثابتة بعد التسليم - المسؤولية العشرية، (ب ن: ب م، 2007م)
73. ميرفت ربيع عبدالعال، عقد المشورة في مجال المعلومات، (ب ن: عين شمس، ب ت)
74. هاني صلاح سري الدين، اتفاقية الكونسرتيوم، (دار النهضة العربية: القاهرة، 1999م)
75. ومقاول البناء شروطها نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، (ب ن: القاهرة، 1987م)
76. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط 4 (دار الفكر: بيروت، 1997)
77. محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط3 (دار المشر: بيروت، 2010م) ص(259)

ثانياً: المواد القانونية واللوائح:

1. نصت المادة 10/1/1/1 علي ان جداول الكميات يقصد بها جداول العمل بالمياومة كما تعني اي وثائق مسماة كذلك ومشمولة في العقد.
2. راجع المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي.
3. أنظر المادة 168.
4. أنظر المادة 262 من كتاب مرشد الحيران.
5. أنظر المادة 122 من تنقيح القانون المدني المصري.
6. راجع المادة 133 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
7. راجع المادة 113 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م. المادة 83 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983
8. راجع نص المادة 33 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.
9. راجع المواد 33-52 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.

10. المادة 34 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.
11. المادة 1-35.
12. المادة 3/402 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
13. المادة 2/35.
14. المادة 53 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م.
15. المادة 92 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
16. المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م، ج1،
17. المادة 78 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م
18. المادة 1/84 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
19. المادة 2/84 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
20. المادة 233 من قانون حمورابي.
21. المادة 1779 من القانون الفرنسي القديم سنة 1804.
22. المادة 646 القانون المصري.
23. المادة 661 القانون الكويتي.
24. المادة 780 القانون الأردني.
25. المادة 378 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
26. المادة 380 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
27. المادة 1/114 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
28. المادة 3/415 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
29. المادة 55 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
30. المادة 61 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
31. المادة 82 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
32. المادة 1/391 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

33. المادة 2/79 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
34. المادة 378 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.
35. راجع المادة 1/3 من عقد التشييد (الفيديك).
36. راجع المادة 4/2/1/1 من عقد التشييد (الفيديك).
37. راجع المادة 4/3 من عقد الفيديك.
38. راجع المادة 3/4 من عقد المقاوله الموحد للأعمال الإنشائية.
39. راجع المادة 9/1 من عقد المقاوله الموحد للأعمال الإنشائية الفيديك 1999م.
40. راجع المادة 1/13 من عقد المقاول الموحد للأعمال الإنشائية فيديك 1999
41. المادة 2/15 من عقد المقاوله الموحد.
42. المادة 1/2 الفيديك 1999م.
43. انظر المادة 3/8 من عقد الفيديك 1999
44. راجع المادة 3/1 من الفيديك 1999
45. انظر المادة 1/16 ز من عقد المقاوله الموحد الفيديك الشروط العامة
46. انظر المادة 3/12 من عقد الفيديك 1999 الشروط العامة
47. راجع المادة 3/17 من الشروط العامة لعقد الفيديك 1999م.
48. راجع المادة 3 / 17 من عقد المقاوله الموحد فيديك 1999
49. انظر المادة 6/ 1792 من القانون المدني الفرنسي.
50. انظر المادة 655 من القانون المدني المصري.
51. أنظر المادة 1/4 من عقد الفيديك.
52. راجع المادة 54 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في الامارات
رقم 4 لسنة 1997
53. راجع المادة 2/4 من عقد الفيديك 1999م.
54. راجع المادة 3/4 من عقد البيع.

55. راجع المادة 98 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني
56. انظر 7/4 من عقد الفيديك
57. راجع المادة 13/1/ب من عقد الفيديك.
58. راجع نص المادة 4/6 من عقد الفيديك.
59. راجع المادة 8/2/1/1 من عقد الفيديك
60. راجع المادة 8/2/1/1 من عقد الفيديك.
61. راجع المادة 5/4 من عقد الفيديك.
62. انظر المادة 1/17 من عقد الفيديك
63. راجع البند الفرعي الاخير من المادة 1/17 من عقد الفيديك
64. المادة 4/7 من عقد الفيديك.
65. راجع المادة 5/2 من عقد الفيديك
66. انظر المادة 1/11 من عقد الفيديك
67. راجع المادة 3/3 من عقد الفيديك.
68. انظر المادة 9/1 من عقد المقاوله الموحد للاعمال الانشائية فيديك 1999
69. راجع المادة 3/8 من عقد الفيديك.
70. انظر المادة 5/2:1/1 من عقد الفيديك
71. انظر المادة 5/7 من عقد الفيديك.
72. راجع المادة 8/8 من عقد الفيديك.
73. انظر المادة 10/8 من عقد الفيديك.
74. راجع المادة 1/12 من عقد الفيديك.
75. راجع ال مادة 3/14 من عقد الفيديك.
76. انظر المادة 11/14 من عقد الفيديك.
77. المادة 13، الطبعة الرابعة، الكتاب الأحمر.

المجلات العلمية:

1. أبو زيد بكر، **خطابات الضمان**، (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: جدة، عدد 2، ب ت)
2. المذكرة التفسيرية للقانون المدني لسنة 1971م.
3. المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني الملغي لسنة 1971م.
4. المهندس الاستشاري المدني Rimmer، بحث بعنوان شروط العقود الهندسية، العدد الرابع، فبراير 1939م.
5. جميل الشرقاوي، **مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية**، مارس 1974م، ص ص 51-52.
6. عبد الأمير كاظم زاهد، **فقه الوقف دراسة استدلالية**، (مجلة الاجتهاد والتجديد ع6: الكوفة، 2007)
7. عبد الأمير كاظم زاهد، **نظرية العقد في الفقه الإسلام**، (مجلة حولية المنتدى الإصدار 7: الكوفة،
8. عبد الرازق السنهوري، **نظرية العقد**، مجلد مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، 1407هـ - 1986م.
9. مجلة الأحكام العدلية، م50.
10. مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصاد، مارس، 1974م.
11. محمد رواس قلعة جي، **المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة**، (دار النشر: الأردن، ب ت) أبو زيد بكر، **خطابات الضمان**، (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: جدة، عدد 2، ب ت)
12. محمد رواس قلعة جي، **المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة**، (دار النشر: الأردن، ب ت)
13. محمد سلام زنتاتي، **ترجمة قانون حمورابي**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1971م،
14. محمد غازي الجلاي، **الاتجاهات الحديثة في عقود التشييد**، (رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، 1997م)

المواقع على الشبكة العنكبوتية:

www.bonah.org1-

1 www.bo nah.org.

2 موقع المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، [.https://hrdiscussion.com](https://hrdiscussion.com)

3 موقع المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، [.https://hrdiscussion.com](https://hrdiscussion.com)

4 sites.google.com.

5 www.bonah.org

المحاضرات والندوات:

1 أحمد إسماعيل عمر، محاضرات في العقود الهندسية.

2 محمد أبو العينين، صناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، ندوة

الأفاق الجديدة للتحكيم الهندسي المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،

بتاريخ: 2003/04/19م.