



الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية في عقد التشييد (فيديك 99)
ومدى توافقها مع القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة

**The legal nature of the variation orders in the construction
contract (FIDIC 99) and their compatibility with the
Jordanian Civil Law and comparative legislation.**

إعداد:

محمد يوسف نبيه عمر

المشرف الأستاذ الدكتور: أحمد الحوامدة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على

درجة الماجستير في التحكيم التجاري الدولي

كلية الحقوق - الدراسات العليا

جامعة جرش

كانون أول، 2021

التفويض

جامعة جرش

التفويض

أنا محمد يوسف نبيه عمر، أفوض جامعة جرش بتزويد نسخ من رسالتي "الطبعة القانونية للأوامر التغييرية في عقد التشييد (فيديك 99) ومدى توافقها مع القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة" للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع:.....

التاريخ:.....

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة (الطبعة القانونية للأوامر التغييرية في عقد التشييد (فيديك 99) ومدى
توافقها مع القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة) وأجيزت بتاريخ.....

<u>أعضاء لجنة المناقشة</u>	<u>الصفة</u>	<u>التوقيع</u>
الأستاذ الدكتور أحمد الحوامدة	مشرفاً و رئيساً	
الأستاذ الدكتور منصور الصرايرة	عضواً من داخل الجامعة	
الأستاذ الدكتور أسيد الذنبيات	عضواً من خارج الجامعة	

الإهداء

إلى حبيبي وقرّة عيني ومن أنار دربي، إلى مثلي الأعلى في الحياة
أبي رحمه الله ...

إلى قنديل العمر وزهر الشوق ونبع الدفء والعطاء
أمي الغالية أطال الله في عمرك

إلى السند والعضد والساعد

إخواني وأخواتي

إلى رفيقة الدرب وخليلة القلب ومن ساعدني على تجاوز الصعب
زوجتي الغالية

إلى أولادي وعائلي وأصدقائي

أهديكم هذا البحث

الشكر

لا يسعني بعد الانتهاء من إعداد هذه الرسالة إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل:

الأستاذ الدكتور أحمد الحوامدة

الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، حيث قدم لي العون والإرشاد طيلة فترة الإعداد، فله كل الشكر والتقدير.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من:

الأستاذ الدكتور منصور الصرايرة

الأستاذ الدكتور أسيد الذنيبات

الذين تفضّلوا بالمشاركة في لجنة مناقشة هذا البحث.

وأخيراً؛ أشكر جامعتي "جامعة جرش الأهلية" ممثلة برئيس الجامعة وأعضاء الهيئة التدريسية كافة في كلية الحقوق.

الباحث.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
قرار لجنة المناقشة.....	ج
الإهداء.....	د
شكر وتقدير.....	هـ
فهرس المحتويات.....	و
الملخص باللغة العربية.....	ز
الملخص باللغة الإنجليزية.....	ي
المقدمة.....	1
الفصل الأول: الأوامر التغييرية في عقد التشييد (fidic 99) ونظرية العقد	8
المبحث الأول: الأوامر التغييرية في عقد التشييد (fidic 99).....	8
المطلب الأول: ماهية الأوامر التغييرية.....	8
المطلب الثاني: أنواع الأوامر التغييرية.....	13
المطلب الثالث: محل الأوامر التغييرية.....	17
المبحث الثاني: نظرية العقد وعقد المقاولة.....	19
المطلب الأول: نظرية العقد.....	19
الفرع الأول: العقد والمذهبان الشخصي والمادي.....	20
الفرع الثاني: الرضا والمحل.....	23
المطلب الثاني: عقد المقاولة.....	37

39.....	الفرع الأول: العمل في عقد المقاولة.....
42.....	الفرع الثاني: الأجر في عقد المقاولة.....
46.....	الفصل الثاني: مدى توافق الأوامر التغييرية في عقد التشييد (fidic 99) مع القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة.....
46.....	المبحث الأول: توافر الرضا في الأوامر التغييرية.....
46.....	المطلب الأول: الرضا في الأوامر التغييرية من منظور المذهبين الشخصي والمادي.....
50.....	المطلب الثاني: الوعد بالتعاقد في الأوامر التغييرية.....
53.....	المبحث الثاني: المحل في الأوامر التغييرية.....
54.....	المطلب الأول: العمل في الأوامر التغييرية.....
72.....	المطلب الثاني: الأجر في الأوامر التغييرية.....
89	الخاتمة.....
93	المراجع.....

الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية في عقد التشييد (فيديك 99) ومدى توافقها مع

القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة

إعداد:

محمد يوسف نبيه عمر

المشرف الأستاذ الدكتور: أحمد الحوامدة

الملخص

إن لعقد التشييد (FIDIC 99) أهمية كبيرة بقطاع الإنشاءات دولياً بعدة عقوداً نموذجياً تعتمد عليه مشاريع إنشائية عديدة في مختلف البلدان، ولهذا، فإن مشكلة هذه الرسالة أن هذا العقد النموذجي يستخدم في بيئات تشريعية مختلفة، دون إيجاد مدى توافق شروط الأوامر التغييرية مع القواعد الآمرة والنظام العام في كل بيئة تشريعية يستخدم فيها، وكذلك التشريعات المقارنة؛ فمن خلال الدراسات الدولية تبين أن حجم النزاعات الناتجة عن هذه الأوامر يحتل المراتب الأولى في نسبتها، لذا، فإن هذه الرسالة تهدف إلى دراسة الطبيعة القانونية لهذه الأوامر التغييرية في مختلف التشريعات والمقارنة فيما بينها، ولذلك، تكمن أهمية هذه الرسالة في بيان توافق هذه الشروط مع أحكام القوانين الناظمة في مختلف البيئات التشريعية، وقد اتبعت هذه الرسالة المنهج التحليلي والمنهج المقارن، بحيث تمت مناقشة المفاهيم الأساسية المرتبطة بالدراسة، وإجراء المقارنة بالقانون المدني الأردني كونه أساساً للدراسة والتشريعات المختلفة.

وتوصل البحث إلى مجموعة من النتائج؛ أهمها: أن ركن الرضا المحقق للعقد الأساسي لا يوفر لصاحب العمل أحقية إلزام المقاول بتنفيذ العمل الجديد الناتج من الأمر التغييري، دون تحقق ركن الرضا على المحل الجديد وفقا للقانون المدني الأردني، والمستمدة أحكامه من عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، على العكس من المدرسة اللاتينية والقانون الإنجليزي، وأيضاً، فإن ركن المحل الممثل في العمل غير محقق في بعض أنواع الأوامر التغيرية بالإضافة إلى ركن الأجر في حالة عرض المقاول للأجر ولم يتم الاتفاق عليه، وقد أوصى هذا البحث بإعادة النظر في شروط الأوامر التغيرية الواردة في عقد التشييد (FIDIC 99) ضمن التشريعات الناظمة في كل بلد، وتكيف هذه الشروط بما يتواءم مع القوانين الناظمة.

الكلمات المفتاحية: الأوامر التغيرية، عقد التشييد، عقد المقاول، الفيدك 99.

The legal nature of the Variation orders in the construction contract (FIDIC 99) and their compatibility with the Jordanian Civil Law and comparative legislation.

Prepared by:

Mohammed Yousef Nabeeh Omar

Supervised by: Dr. Ahamd Al-Hawamdeh

Absract

The construction contract (FIDIC 99) has a great importance in the construction sector internationally as it is a model contract adopted by many construction projects in different countries, and therefore the problem of this research is that this model contract is used in different legislative environments without finding the extent to which the terms of the variation orders are compatible with the rules Judgment and public policy in every legislative environment in which it is used, as well as comparative legislation, as through international studies, it was found that the volume of disputes resulting from these orders occupies the first ranks in their proportion, so this research aims to study the legal nature of these variation orders in various legislation And compare them, here lies the importance of the research to show the compatibility of these conditions with the provisions of the regulating laws in the various legislative evidence, and this research followed the analytical and comparative approach, where the basic concepts associated with the study were

discussed, and the comparison with the Jordanian civil law was made as a basis for the study and the various legislations.

The research reached a set of results, the most important of which is that the acceptance of the basic contract does not provide the employer with the right to obligate the contractor to implement the new work resulting from the variation order without the acceptance of the new work in accordance with the Jordanian civil law, and its provisions are derived from the contracting contract in Islamic jurisprudence, on the contrary, from the Latin school and English law, as well as the subject of the work represented in the unrealized work in some types of variation orders in addition to the price in the event that the contractor offered price and did not agree to it, and the most important recommendations made by this research is to reconsider the terms of the variation orders contained in the Construction contract (FIDIC 99) by the regulating legislation in each country adaptation of these conditions in line with the regulating laws.

Keywords: Variation orders, Construction ContractK, Contracting Contract, Fidic 99

المقدمة

إن عقد التشييد (FIDIC 99) من العقود الأكثر استخداماً على المستوى الدولي في مجال الإنشاءات، إذ يتمتع بانتشار واسع واستمرارية في إصدار التعديلات عليه سعياً لزيادة مواءمته ظروف المشاريع الإنشائية والتطور التكنولوجي المستمر، إلا أن بعض التوجهات التي يتخذها هذا العقد ما زالت تبرح مكانها دون تعديل، رغم ظهور الخلافات والنزاعات الناجمة عنها وتزايدها، ونخص بالذكر، هنا، موضوع بحثنا هذا، وهو الأوامر التغييرية، وإننا لا ننكر أن الأوامر التغييرية أحد أهم الموضوعات العقدية الواجب تنظيمها واستقرار أحكامها؛ لما لها من أثر كبير في مكونات المشروع الإنشائي من الناحية المالية والزمنية، إلا أن هناك إصراراً من الفيديك على إبقاء شروط العقد المتعلقة بهذه الأوامر على ما هي عليه، رغم الدراسات العديدة التي أجريت في العالم، والتي خرجت بأن النزاعات الناجمة عن الأوامر التغييرية تحتل النصيب الأكبر من إجمالي نزاعات قطاع الإنشاء، فقد كان من المفروض على الجهات النازمة لهذه الشروط إعادة النظر في الأسباب التي تنشئ هذه النزاعات، وتعديل الأحكام النازمة لها، وبما أن هذا الإجراء لم يتم؛ فقد رأينا أن نبحث في ماهية هذه الشروط، وبيان مدى توافقها مع القوانين المختلفة وفقاً لبيئات التشريعات النازمة.

ولأن دراسة المدى تحتاج إلى معيار محدد لتبنى عليه النتائج؛ فقد كان المعيار في هذا البحث توافر أركان العقد في الأوامر التغييرية؛ في كل من التعديل في العمل أو العمل الإضافي أو إلغاء العمل، وفي كل من تعديل العمل والعمل الإضافي، فقد اختلف فيهما ركن المحل عن ركن المحل الأساسي للعقد الوارد عليه القبول والرضا، فهذا يعني أن إتمام عقد جديد يتطلب توافر أركانه لكي تثبت صحته، ومن هنا، تعمقنا في دراسة نظرية العقد لتبين مفاهيم هذه النظرية في مختلف التشريعات.

ولعل أهمية ذلك تكمن في اختلاف المدارس التشريعية، فكل منها له أحكامه الناظمة، فعندما يتم إعداد عقد معين؛ فإن المعدين له ينظموه وفقا للبيئة التشريعية التي ينتمون إليها، وهذا ليس بالضروري أن يكون متطابقا مع البيئات التشريعية الأخرى، والتي ذكرنا سابقا أنها تختلف في أحكامها، وكذلك باتباعها المذاهب.

كما يغلب على الأوامر التغييرية التي أعدت في بيئة تشريعية المدرسة الإنجليزية واللاتينية، ونجد تأثيرها بالمذهب الشخصي، والذي يجعل من الرابطة الشخصية محورا أساسيا في إنشاء العقود، بعكس الفقه الإسلامي الذي ينتمي إلى المذهب المادي، والذي يجعل من الأثر على المعقود عليه المحور الأساسي في إنشاء العقد، وهنا، يتبين لنا الاختلاف في الشروط المتعلقة بالأوامر التغييرية، والواردة في عقد التشييد (FIDIC 99)، والقوانين التي تتبع أحكامها مدرسة الفقه الإسلامي، ومنها القانون المدني الأردني.

وبناء على ذلك؛ فقد جاءت التوصيات بألا يعاد النظر بالشروط المتعلقة بالأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99) فقط، بل في شروطه وأحكامه كافة أيضا، وكذلك في أي عقد دولي يتم إعداده وفقا لتشريعات تختلف عن التشريعات الناظمة في المملكة الأردنية الهاشمية، وبشكل عام، وعند تطبيق العقد الدولي في أي بلد؛ تجب دراسة مدى توافق أحكامه مع القوانين الناظمة في تلك البلد.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في بيان مدى تطابق الشروط المتعلقة بالأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99) مع أحكام القانون المدني الأردني، ومقارنته أيضا بالتشريعات المختلفة، إذ إن شروط عقد التشييد (FIDIC 99) النازمة للأوامر التغييرية يوجد فيها تعارض مع القواعد في القانون المدني الأردني والتشريعات المختلفة، لذا، فقد جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على هذا التعارض، وهل هذا التعارض مع قواعد أمره تجعل من هذه الشروط باطلة ليس لها أثر قانوني أم لا؟.

ويتبلور من مشكلة هذه الدراسة السؤال التالي، والذي ستجيب الدراسة عنه من خلال البحث:

ما هي أوجه التعارض بين شروط عقد التشييد (FIDIC 99) المتعلقة بالأوامر التغييرية مع

قواعد القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة؟

وفي حال وجود هذا التعارض، هل هو تعارض مع قواعد أمره أم مكمله؟ وبالتالي؛ هل يترتب

على ذلك بطلان هذه الشروط؟

أهداف الدراسة

ويكمن الهدف الأساسي لهذه الدراسة بيان التعارض ما بين شروط عقد التشييد (FIDIC 99) مع أحكام القانون المدني الأردني وقواعده، والتشريعات المقارنة، وبيان هذا التعارض من خلال دراسة مدى توافر صحة أركان العقد في الشروط الناظمة للأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99)، بحيث تنطوي أهمية هذه الدراسة في الأغراض الآتية:

- 1- تحديد ما إذا كان التراضي الوارد على العقد الأساسي ينطبق على الأمر التغييري، أم أنه في حاجة إلى رضا جديد.
- 2- تحديد أنواع الأوامر التغييرية، وبيان ركن المحل المتمثل بالعمل في كل نوع.
- 3- بيان صحة ركن المحل المتمثل بالعمل في كل نوع من أنواع الأوامر التغييرية.
- 4- تحديد مدى تأثير وجود الأجر للأمر التغييري على صحة ركن المحل المتمثل بالأجر في الأمر التغييري.
- 5- بيان كيفية تعيين الأجر في الأمر التغييري في عقد التشييد (FIDIC 99).

منهج البحث

إتبعت الدراسة المنهجين التحليلي والمقارن، إذ إنه اعتمد المنهج التحليلي، وذلك من خلال شرح المفاهيم المختلفة الواردة في الدراسة، وتحليلها، ومناقشتها، والمتعلقة بعقد التشييد (FIDIC 99)، والأوامر التغييرية، ونظرية العقد وأركانها، وفقاً للمذهبين المادي والشخصي.

وكذلك، اعتمد الباحث المنهج المقارن؛ لتتم مقارنة هذه المفاهيم في كل من القانون المدني الأردني أساس هذه الدراسة مع التشريعات المختلفة، والمتمثلة في المذهب الحنفي من الفقه الإسلامي، والمدرسة اللاتينية والقانون الإنجليزي.

مصطلحات الدراسة:

إن مصطلحات هذه الدراسة وفقاً لعقد التشييد (fidic 99):

- عقد المقاول: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر.
- صاحب العمل: يعني الشخص المسمى بصاحب العمل في ملحق عرض المناقصة، وكذلك خلفاؤه القانونيون.
- المهندس: يعني الشخص الذي يعينه صاحب العمل للقيام بمهام المهندس لأغراض هذا العقد، والمسمى بملحق عرض المناقصة بهذه الصفة، أو أي شخص آخر يقوم صاحب العمل بتعيينه بديلاً للمهندس من وقت إلى آخر، ويبلغ المقاول بهذا التعيين وفقاً للمادة (4/3).
- المقاول: يعني الشخص (الأشخاص) المسمى بالمقاول في كتاب عرض المناقصة الذي وافق عليه صاحب العمل، ويشمل ذلك خلفاءه القانونيين.
- الأمر التغييري: يعني أي تغيير في الأشغال يتم إصدار التعليمات به، أو الموافقة عليه، كتغيير بموجب أحكام "الفصل الثالث عشر".
- الأشغال: تعني الأشغال الدائمة والأشغال المؤقتة، أو أي منها حسبما هو مناسب.
- جدول الكميات: يعني الوثائق المسماة كذلك (إن وجدت)، والمشمولة ضمن "الجدول".
- المواصفات: يعني الوثيقة المسماة المواصفات و التي تحدد مواصفات الأشغال المشمولة في العقد و أي تعديلات عليها أو إضافات تتم وفقاً لأحكام العقد.
- المخططات: تعني مخططات الأشغال كما هي مشمولة في العقد، وأية مخططات إضافية ومعدلة يصدرها صاحب العمل (أو من ينوب عنه) بموجب أحكام العقد.

الدراسات السابقة:

1- أطروحة: شمس الدين الخزاعلة (2013)، بعنوان "إشكاليات الأوامر التغييرية في عقد

التشييد (FIDIC 99) وآلية تسويتها" جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

هدفت هذه الدراسة للوقوف على الآلية التي سعت فيها قواعد عقود الفيديك الكتاب الأحمر،

لحل مشكلة البناء والتشييد في مجال الأمر التغييري، ومدى قدرتها على ذلك في ظل

غياب النصوص التشريعية في مجال القواعد العامة، وكذلك نظرت هذه الدراسة في

المسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة بين أطراف العقد.

وتتميز دراستنا عنها في هذا البحث بأنها عالجت التكيف القانوني لأنواع الأوامر التغييرية

في عقد التشييد (FIDIC 99) كافة وفقاً للتشريعات المختلفة، وبيان مواطن التعارض بين

شروط هذا العقد والتشريعات الناظمة، في حين كانت دراسة الدكتور شمس الدين الخزاعلة

تتمحور حول كيفية حل إشكاليات الأوامر التغييرية وآلية تسويتها.

الفصل الأول: الأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99) ونظرية العقد

لا بد من أن يتم توضيح ماهية الأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99) وأنواعها ونطاقها، وكذلك نظرية العقد، حيث إنه من الضروري توضيح المفاهيم التي سيتم دراسة طبيعتها القانونية كافة في هذه الرسالة، والتي تعد مدخلا للقارئ مهما كان خلفيته العلمية، لتمكنه من فهم المفاهيم التي سوف يتم بيانها كافة.

المبحث الأول: الأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99)

إن عقد التشييد (FIDIC 99) من العقود التي لاقت انتشارا وقبولا عالميا، وهو صادر عن الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية، وكلمة (FIDIC) اختصار لاسم هذا الاتحاد باللغة الفرنسية Ing´enieurs–Conseils F´ed´eration Internationale Des، وإن عقد التشييد (FIDIC 99) يحتوي على شروط عامة وخاصة تعالج أغلب المواضيع الفنية في المشاريع الإنشائية والأعمال الهندسية، ولعل من أهم هذه المواضيع الأوامر التغييرية، بحيث سيخصص هذا البحث لدراسة الطبيعة القانونية لهذه الأوامر وأنواعها ونطاقها، ولهذا، فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: ماهية الأوامر التغييرية

إن تاريخ إنشاء الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية يأتي قبل بدء الحرب العالمية الأولى، حيث تم عقد مؤتمر بحضور 59 دولة في بلجيكا، وتم التوافق على إنشاء هذا الاتحاد بتاريخ 1913/7/22، وتعد كل من بلجيكا وفرنسا وسويسرا الدول المؤسسة لهذا الاتحاد، حيث انضمت دول أخرى مثل أمريكا وأستراليا وجنوب أفريقيا، وبهذا الانضمام الذي تم عام 1950؛ أصبح هذا

الاتحاد ذا طابع دولي، واستمر انضمام الدول لهذا الاتحاد إلى أن وصل عدد الدول المنضمة له 80 دولة⁽¹⁾.

وفي عام 1957 قام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك) بإعداد عقد نموذجي وصياغته، بحيث يتضمن شروطاً عقديّة؛ ليتم تطبيقها على المستوى الدولي، والتي تعنى بعقود مقاولات أعمال الهندسة المدنية (Conditions of Contract for Works Civil Engineerin) (Construction)، وهذا النموذج مستوحى من نموذج عقد (I.C.E)، والذي قام بإعداده معهد المهندسين في إنجلترا (Institute of Consulting Engineer)، وقد أصدر الفيديك عدة إصدارات إلى أن بلغ إقنانه في الإصدار الرابع في عام 1987⁽²⁾.

إن عقد التشييد (FIDIC 99) الذي تم اعتماده في عام 1987، هو عقد التشييد (the 4th Edition of the red book)، والذي تمت إعادة طباعته عام 1989، ومن ثم عام 1992 بعد إجراء تعديلات عليه⁽³⁾، وإننا في هذا البحث سوف نتناول عقد التشييد (FIDIC 99)، وهو الإصدار الأكثر استخداماً على المستوى الإقليمي. ولعل من أهم ما نريد بيانه في نشأة عقد التشييد (FIDIC 99)، هو البيئة التشريعية التي تشكل فيها هذا العقد، والمدارس الفقهية التي ينتمي إليها، حيث إن هذا البحث سوف يعتمد على تأصيل المواد العقدية الخاصة بالأوامر التغييرية موضوع البحث، ومن ثم دراسة أصول هذه المواد والمدارس الفقهية التي تشكلت وفقاً لها؛ ليسهل بعدها إيجاد إمكانية تطبيقها في بيئات تشريعية مختلفة، لها طبيعتها القانونية الخاصة بها.

لذا، وكما تم ذكره سابقاً، فإن عقد التشييد (FIDIC 99) تمت صياغته على غرار عقد

(1) Baker, Ellias (2009) " FIDIC Contracts: Law and Practice" Page:01

(2) البهجي، عصام (2008)، " عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول ورب العمل"، ص 8

(3) Baker, Ellias (2009), " see op.cit" , Page:01

ICE، والذي تم اعتماده عقدا محليا في المملكة المتحدة، والتغيرات التي تم إجراؤها لتحويل هذا الشكل المحلي إلى مستوى دولي كان ضئيلا، وبهذا، فإن عقد التشييد (FIDIC 99) أساسه المبادئ القانونية للقانون العام (common law)⁽¹⁾، والذي يمثل البيئة التشريعية السائدة في المملكة المتحدة، والتي تعد إحدى المدارس الفقهية في القانون، وهنا، فإنه لا مفر من حدوث بعض التعارض بين قانون عقد التشييد (FIDIC 99)، وهو القانون العام (common law)، وقانون البلد التي سيتم تطبيقه فيها. كما أن اللجنة المختصة القائمة على وضع عقد التشييد لم تقم بأي محاولة للتعامل مع هذه المشكلة، وتم عدّ الشروط العامة ملائمة لأغلبية القوانين المختلفة⁽²⁾.

لذا، فإن هذا البحث يأتي لتسليط الضوء على هذه التعارضات، والتي يجب أن يتم بيان مدى توافقها مع قانون الدولة الذي يتم تطبيقه في هذه العقود الدولية، وقد ارتأينا أن نقوم بدراسة أحكام الفصل الثالث عشر، المادة الأولى من عقد التشييد (FIDIC 99)، والذي يعنى بالأوامر التغييرية؛ لما لها من أهمية كبيرة جدا في العقود الإنشائية، حيث إن نسبة النزاعات التي تنشأ بين أطراف العقد بسبب الاختلاف على الأوامر التنفيذية مرتفعة جدا، فقد جاء في دراسة، تم إعدادها عن أسباب النزاعات في مجال الإنشاءات، أن الأوامر التنفيذية من أكثر الأسباب التي تؤدي إلى حدوث النزاعات في المشاريع الإنشائية في مختلف الدول⁽³⁾.

(1) Buuni, neal "The FIDIC of contract", Third edithion (2005), page 49

(2) " see op.cit" – Buuni, neal page 50

(3) – (2015) Al mutairi, Saud, Kashiwag, Jachab, Kashiwag, Daen, Sullivan, kennth journal of the advancement of performance information and value vol.7 no.1

(5) Factors causing ligation in Saudi Arabia page

عرضت هذه الدراسة جدولا يبين ملخصا لمختلف الدراسات التي تم إجراؤها في عدة دول، والتي تبين أكثر الأسباب التي تؤدي إلى حدوث نزاعات في المشاريع الإنشائية، حيث كانت الأوامر التنفيذية في المركز الأول في السعودية (Gamdi,2008)، وفي المركز الثاني في إنجلترا (Klingar,2009)، وفي المركز السادس في كوريا (Acharga and Lee,2006)، وفي المركز الأول في أمريكا (Killian,2005).

وبعد إتمام العقد بين صاحب العمل والمقاول، وذلك لتنفيذ الأعمال الإنشائية المتفق عليها، وتحقق أركانه بتوافق إرادتي الطرفين، وكذلك تحديد محل العقد؛ يبدأ المقاول بتنفيذ هذه الأعمال، والتي تعدّ محل العقد الذي تم إبرامه، وإن طبيعة هذه الأعمال يتم تحديدها من خلال المخططات الهندسية والمواصفات التي يتم إدراجها في العقد، إلا أن هذه المخططات والمواصفات لا يمكن أن تحدد طبيعة المحل بنسبة كاملة، فقد يحدث بعض النقص في الأعمال المدرجة فيها، والتي يجب تنفيذها لإتمام محل العقد بالصورة التي يطلبها صاحب العمل، كما أنه من الممكن أن يطرأ تعديل أو تغيير على هذه الأعمال لأسباب متعددة، أو زيادة في نطاق الأعمال، وهذه الصور كلها تحتاج إلى تعديل على محل العقد الأصلي الذي تم إبرامه فيه، وقد عالج عقد التشييد (FIDIC 99) هذه التغييرات بإعطاء الصلاحية لصاحب العمل أو مندوبه في المشروع، وهو المهندس، بإصدار التعليمات للمقاول بتنفيذ أي عمل تغييري يخص محل العقد الأصلي، وأوجب على المقاول التقيد بهذه التعليمات، ومن هنا، يتضح لنا أن الأمر التغييري هو عملية إحداث تغيير على محل العقد الأصلي، سواء أكان: 1. تعديلا على هذا المحل. 2. أم الإنقاص فيه. 3. أم الزيادة، وقد نصت المادة 1/13 من عقد التشييد (FIDIC 99) على طبيعة الأمر التغييري وصلاحية إحداثه⁽¹⁾،

(1) عقد التشييد الفيديك (69)، المادة (1\13) "..... يشتمل كل تغيير/ أمر تغييري على ما يلي:

أ- تغييرات في الكميات لأي بند من بنود الأشغال المشمولة في العقد (إلا أن مثل هذه التغييرات لا تشكل أمرا تغييريا بالضرورة).

ب- تغييرات في النوعية أو الخصائص الأخرى لأي بند من بنود الأشغال.

ج- تغييرات في المناسيب والأماكن و/أو الأبعاد لأي جزء من الأشغال.

د- إلغاء أي من الأشغال (إلا إذا كان سينفذه آخرون).

هـ- تنفيذ أي عمل إضافي، أو تقديم تجهيزات أو مواد أو خدمات تلزم للأشغال الدائمة - ما لم وحتى ذلك أي "اختبارات عند الإنجاز" متعلقة بها، أو عمل مجسات أو اختبارات أو أعمال استكشافية أخرى.

وبهذا، يكون الأمر التغييري ضرورة متلازمة مع عقود الإنشاءات، والتي تجعل أمر إتمام المخططات في العقد تفي بالغرض المنشود، حيث إن الأمور التي تستجد في أثناء التنفيذ تغير من مسار تلك الوثائق، سواء بالزيادة أو النقصان⁽¹⁾، وهذه الأمور إما أن تكون إجبارية، كأن يكون هناك مشكلة في التصميم الأصلي للأعمال الإنشائية يتوجب تعديله، أو أن تكون اختيارية، كأن يرغب صاحب العمل بتعديل ديكور معين أثناء التنفيذ، وقد جاء تعريف الأمر التغييري في عقد التشييد (FIDIC99) بصورة محددة في التعاريف، البند رقم 9\6\1\1 بأنه: أي تغيير بالأشغال يتم إصدار التعليمات به، أو الموافقة عليه، كتغيير بموجب أحكام الفصل الثالث عشر⁽²⁾.

وإن الغاية دوماً هي تقليل القدر الممكن من إصدار الأوامر التغييرية في أي مشروع؛ لأن هذه الأوامر لها آثار تعاقدية كبيرة على أطراف العقد، حيث إن هذه الأوامر تؤثر في مدة تنفيذ أعمال العقد، وبالتالي، تمديد هذه المدة لكي يتمكن المقاول من تنفيذ أعمال الأوامر التغييرية، وقد جاء في دراسة أجريت في هونغ كونغ أن 50% من المشاريع التي صدر فيها أوامر تغييرية تأخرت مدة إنجازها⁽³⁾، وهذه المدة يترتب عليها تكاليف إضافية يتكبدها المقاول، كالمصاريف الإدارية وغيرها، ويعود بالمطالبة بها على صاحب العمل، بالإضافة إلى تكلفة الأمر التغييري نفسه، مما يؤدي إلى زيادة تكلفة المشروع الإجمالية، ولا تتوقف آثار الأوامر التغييرية السلبية على المشروع إلى هذا

(~) ز - تغييرات في تسلسل أو توقيت تنفيذ الأشغال.

(1) الخزاعلة، شمس الدين قاسم أحمد (2013) "إشكاليات تنفيذ الأوامر التغييرية في عقد الفيديك وآلية تسويتها" ص10.

(2) عقد التشييد (FIDIC 99) (التعاريف) البند رقم 9\6\1\1.

(3) Mewou, aflab, abdulrahman, ismail, abdulhasan, mohammad (2014), "research journal of applied sciences, engineering and technology "_max well scientific organization. Page 4497

الحد، فإنها أيضا تؤثر في جودة تنفيذ أعمال المشروع، فوجود أوامر تغييرية متكررة تجعل المقاول يلجأ إلى استخدام أساليب غير متوافق عليها تؤثر في جودة العمل؛ لتعويض خسارته⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، نجد أن النزاعات التي تنتج عن الأوامر التغييرية لها الأثر السلبي الأكبر، وكما ذكرنا سابقا، فإن النزاعات الناشئة عن هذه الأوامر تمتلك النسبة الأعلى، ويرجع ذلك إلى أن عقد التشييد (FIDIC 99) يلزم المقاول بتنفيذ أي أمر تغييري صادر عن صاحب العمل ومندوبه المهندس فوراً، دون الاتفاق على بدل هذا العمل الجديد، وهنا، تنتج النزاعات بين أطراف العقد بسبب عدم الاتفاق على هذا البديل، وذلك بعد تنفيذه، والاضطرار إلى استخدام وسائل تسوية النزاعات التي ينص عليها عقد التشييد، لذا، فقد جاء هذا البحث لدراسة الطبيعة القانونية لهذه الشروط العقدية، ومدى توافقها مع القانون.

المطلب الثاني: أنواع الأوامر التغييرية

تحتل مجموعة عقود الفيديك مكانة فريدة في عالم الهندسة على المستوى الدولي، ورغم وجود عقود دولية أخرى منافسة؛ إلا أن عقد الفيديك يحتل المرتبة الأولى دولياً، وهو أكثر العقود استخداماً، خصوصاً مع وجود نماذج متعددة تلبي احتياجات معظم العلاقات التعاقدية التي تنشأ في مجال الهندسة، وقد سعى مطورو عقد الفيديك إلى إنشاء عقود متوازنة وعادلة توزع على الأطراف والمخاطر والحقوق والالتزامات كافة بين صاحب العمل والمقاول، مع إحداث مرونة في تعدد النماذج لتلبي مختلف نماذج العقود الإنشائية⁽²⁾، وعقد الفيديك عبارة عن عقد يتضمن شروطاً

(1) Mewou, aflab, abdulrahman, ismail, abdulhasan, mohammad (2014), "research (1) journal of applied sciences, engineering and technology "_max well scientific .organization. Page 4497

(2) Baker, Ellias (2009) " FIDIC Contracts: Law and Practice", page 17

نموذجية تمت صياغتها مسبقاً، وإدراجها في عقد واحد، وتستخدم هذه الشروط عند إبرام عقود مشابهة، وتنصب على الموضوع نفسه الوارد في عقود الفيديك، فإذا تم الاتفاق عليها من قبل أطراف العقد تصبح نافذة، ومن الممكن أن يتم وضع شروط خاصة لتعديل بعض الشروط النموذجية بما يتلاءم مع طبيعة العلاقة العقدية بين الأطراف، وتعد هذه الشروط الشكل المنطقي الأكثر انتشاراً بين المتعاملين في مجال البناء والتشييد؛ لكونها تتسم بعدة خصائص جعلتها تحوز ثقة المتعاملين في هذا المجال⁽¹⁾.

أما نماذج عقد الفيديك؛ فإن أهم هذه النماذج والأكثر استخداماً في الواقع العملي هو عقد التشييد (الكتاب الأحمر) (conditions of contract for works if civil engineering) (شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية)، وتم اختيار الغلاف الأحمر له، وكما تم ذكره سابقاً، فقد تم إصدار أول كتاب أحمر في عام 1957⁽²⁾، واستمرت إصدارات الفيديك لهذا العقد، وإجراء تعديلات وإضافات عليه، حيث إن الإصدار الذي تم في عام 1999 يحتوي على طبعة جديدة ومطورة، تم فيها تقسيم العقد إلى فصول تحدد فيها التزامات أطراف العقد، وهذا سيكون محور الحديث في هذا البحث.

ويأتي النموذج الثاني من نماذج الفيديك، وهو نموذج الكتاب الأصفر، الذي يحتوي على شروط عقد مقاولات الأعمال الميكانيكية والكهربائية، شاملة أعمال التركيبات في الموقع، وقد تم اختيار اللون الأصفر لغلافه، حيث صدرت الطبعة الأولى منه عام 1963، وتوالت الإصدارات بعدها بعد إجراء تعديلات مستمرة عليه⁽³⁾.

(1) البهجي، عصام (2008)، "عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول ورب العمل" ص2، ص22.

(2) فضل الله، فضل الله "مقال منشور في مجلة الأبحاث القانونية" عدد42 - ص79.

(3) فضل الله، فضل الله، "مرجع سابق" عدد42 ص69.

أما النموذج الثالث لهذا الكتاب فهو الكتاب الفضي (Silver Book)، (conditions of) (contract for ERC\Turnkey projects)، وهو للمشاريع المتكاملة (هندسة، وشراء، وإنشاءات، وتسليم مفتاح)، حيث يكون فيه دور المقاول إعداد التصميم، والتوريد، والإنشاء، وتسليم البناء بالكامل لصاحب العمل، والنموذج الرابع هو الكتاب الأخضر (short for of contract)، ويختص بعقود البناء أو الأعمال الهندسية ذات القيمة المالية الصغيرة نسبياً، أو قصيرة المدة، ويسمى العقد الموجز.⁽¹⁾

قد تتطلب أعمال التشييد إجراء تغييرات لتلافي بعض المخاطر التي تؤثر في سلامة البناء أو استخدامه، أو تهدف لتوسعته أو زيادة جودته، وتتعلق أوامر التغيير بإحداث تعديلات في أعمال التشييد من حيث التصميم والجودة، أو المواد المستخدمة في المشروع، سواء بالإضافة، أم بالحذف، أم بالتعديل، أم باستبدال المواد وكمياتها ومواصفاتها، أم بالتغيير من التزامات صاحب العمل والقيود التي يضعها على دخول الموقع، أم باستخدام جزء من الموقع وطريقة العمل، التي من شأنها أن تؤدي إلى تأخير مدة التنفيذ.

تصنف أوامر التغيير بطريقة أخرى إلى أربعة أصناف هي:

أولاً: التغييرات الناتجة عن التصميم: وهي التغييرات الإجبارية، فأخطاء التصميم تعد تغييرات في عقد التشييد (FIDIC1999)؛ لأنها تحتاج، لا محالة، إلى التعديل، وهذا التعديل سوف يؤثر في عمل المقاول والكلفة، كما يمكن أن يكون التعديل في مصلحة المشروع أو عكسها.

(1) فضل الله، فضل الله، "مرجع سابق" ص81.

ثانيا: التغييرات الجذرية: وهي تغييرات تؤدي إلى تغيير في بنود العقد الأساسي، فينحرف المشروع عن الهدف المتفق عليه عندما يكون حجم التغيير كبيرا لدرجة تغيير طبيعة المشروع، وهذا التغيير يحدث نتيجة إعطاء تعليمات وتوجيهات معينة من صاحب العمل أو ممثله إلى المقاول، أو نتيجة إخفاق صاحب العمل في إعطاء التعليمات اللازمة في الوقت المناسب، وأما أسباب هذه التغييرات؛ فهي كثيرة، ومنها:

- القصور في المخططات والمواصفات، أو عدم دقة المعلومات.
- إخفاق صاحب العمل بالقيام بالالتزامات التعاقدية من حيث التعاون مع المقاول وتسهيل مهمته.
- إخفاق المهندس في القيام بواجباته كما ينبغي، أو التعسف في استخدام الصلاحيات، مثل عدم القيام باستلام الأعمال في المواعيد المطلوبة، أو الإسراف في رفض الأعمال أو قبولها، أو تأخير الاعتمادات للمواد والمخططات.
- استحالة التنفيذ أو عدم القدرة عليه وفق ما ورد في المخططات.

ثالثا: التغيير الذي يتسبب به صاحب العمل: وهي تغييرات يأمر بها صاحب العمل أو من يمثله، وتشمل تغييرا في الخطة أو المواصفات، أو تنفيذ أعمال بأبعاد مختلفة كما هي في جدول الكميات، بحيث تتم إعادة إعداد الوثائق المطلوبة لهذا التغيير، ومن الممكن أن ينتج عن هذا التغيير تقليص في مجال العمل ونطاق ما تم التعاقد عليه سابقا، أو زيادة في مجال العقد الأساسي ونطاقه، وبالتالي، يستحق المقاول تعويضا جراء هذا التعديل.

رابعا: التغيير الذي يتسبب به صاحب العمل (التغييرات الضرورية): وهو تغيير يأمر به صاحب العمل أو من يمثله، وقد ينتج عن إخفاق صاحب العمل في اتخاذ الإجراء الصحيح

المناسب، وقد تشمل التغييرات المترتبة على أفعال صاحب العمل ما يلي: أخطاء في المخططات أو المواصفات، وتغييرات مغلوبة أصدرها مهندس المشروع⁽¹⁾.

ومن منحنى مختلف؛ فإننا نستطيع أن نصنف الأوامر التغييرية من حيث الاتفاق عليها إلى أوامر تغيير اتفاقية، وهي التي يتفق عليها صاحب العمل والمقاول بإضافة أعمال المشروع، أو تعديلها وإلغائها، ويتم إصدار ملحق بهذا الاتفاق، يبين أوامر التغيير من طرف صاحب العمل، والذي يقوم بإلزام المقاول بتنفيذ الأمر التغيير⁽²⁾.

كما أن الأوامر التغييرية تصنف إلى أوامر تغيير إيجابية، وأوامر تغيير سلبية، فالإيجابية هي النافعة للمشروع، والتي يكون الهدف منها سرعة الإنجاز، أو تخفيض الكلفة، أو زيادة الجودة، أو إلغاء الأعمال غير الضرورية، أما الأوامر التغييرية السلبية؛ فهي تلك الأوامر التي تؤثر في المشروع بطريقة سلبية على تنفيذه، بحيث تزيد من كلفته، وتؤدي إلى تأخر مدة الإنجاز عن الموعد المحدد، وتؤثر في جودة الأعمال بشكل سلبي⁽³⁾.

المطلب الثالث: محل الأوامر التغييرية

في قطاع الإنشاءات والأعمال الهندسية تكون الأعمال المراد تنفيذها على شكل مشاريع، وإن لهذه المشاريع مدة محددة لإنجازها، حيث يكون هناك طرف يرغب بالحصول على منشأ معين، فيسمى صاحب العمل، ويوكل عملية تصميم هذا المنشأ ووضع مواصفاته إلى طرف آخر يسمى المصمم، وإذا ما استمر المصمم إلى مرحلة تنفيذ تصميم المنشأ؛ فإنه يكون هو أيضا المهندس، أو

(1) مصطفى، ماهر (2015) "دراسة أسباب أوامر التغيير وكيفية تأثيرها السلبي في مشاريع التشييد" - مجلة تشرين للبحوث والدراسات العلمية المجلد (37)، العدد 3 ص500.

(2) مصطفى، ماهر (2015) "مرجع سابق" ص500.

(3) شمس الدين الخزاعلة (2013) "إشكاليات تنفيذ الأوامر التغييرية في عقود الفيديك وآلية تسويتها" ص29-30.

أن يتم إنفاذ هذا العمل إلى طرف آخر، يكون حينها المهندس جهة أخرى تختلف عن المصمم، أما عن الطرف الذي يقوم بتنفيذ هذا التصميم؛ فيسمى المقاول، والذي يتم إنفاذ أعمال التنفيذ له على أساس أنه صاحب خبرة وكفاءة للقيام بهذه الأعمال، ونلاحظ من هذه العملية وجود أطراف متعددة في المشاريع الإنشائية، تتمثل أولاً في صاحب العمل، ومن ثم المصمم والمهندس، وأخيراً المقاول، لذا، فإن عقد التشييد (FIDIC 99) (الكتاب الأحمر) قد وضع حقوقاً والتزامات للأطراف الموجودة في مرحلة التنفيذ، وهم: صاحب العمل، والمهندس، والمقاول، وحددنا هنا الكتاب الأحمر؛ لأن النماذج الأخرى مثل الكتاب الفضي، تنحصر أطراف العقد فيه على صاحب العمل والمقاول؛ لأن أعمال التصميم والإشراف تكون جميعها منوطة بالمقاول، فعليه أن يقوم بتسليم صاحب العمل المنشأة المراد إنشاؤها ابتداءً من تصميمها، وتوريد مكوناتها، وتنفيذها، وانتهاءً بالتسليم النهائي لها. ولكننا في هذا البحث سوف نتطرق فقط إلى عقد التشييد (FIDIC 99) (الكتاب الأحمر)، والذي يكون أطراف عقده كما ذكرنا سابقاً هم صاحب العمل والمهندس والمقاول.

حدد عقد التشييد (FIDIC 99) أنواع الأوامر التغييرية التي تحقق لصاحب العمل ووكيله المهندس أن يصدر أوامر للمقاول لتنفيذها، ويتعلق نطاق هذه الأوامر بمحل العقد، وهو في عقد المقابلة مزدوج، العمل والأجر، أما العمل؛ فإن الأمر التغييري إما أن يكون أمراً تغييرياً سلبياً، بمعنى إلغاء عمل من الأعمال التي يجب على المقاول تنفيذها، أو أمراً تغييرياً إيجابياً، وهو إما أن يكون تعديلاً لأعمال منفذة، أو عملاً إضافياً جديداً، وجاءت أنواع الأوامر التغييرية على النحو الآتي:

أ- تغييرات في الكميات لأي بند من بنود الأشغال المشمولة في العقد (إلا أن مثل هذه التغييرات لا تشكل أوامر تغييرية بالضرورة).

ب- تغييرات في النوعية أو الخصائص الأخرى لأي بند من بنود الأشغال.

ج- تغييرات في المناسيب والأماكن و/أو الأبعاد لأي جزء من الأشغال.

د- إلغاء أي من الأشغال (إلا إذا كان سينفذه آخرون).

هـ- تنفيذ أي عمل إضافي، أو تقديم تجهيزات أو مواد أو خدمات تلزم للأشغال الدائمة - ما لم

وحتى ذلك، أي "اختبارات عند الإنجاز" متعلقة بها، أو عمل مجسات أو اختبارات أو

أعمال استكشافية أخرى.

ز- تغييرات في تسلسل الأشغال أو توقيت تنفيذها.⁽¹⁾

وأما الأجر؛ فهو البديل الذي يترتب على قيام المقاول بتنفيذ الأمر التغييري⁽²⁾، أو نسبة ربحه

من إلغاء الأمر التغييري⁽³⁾، وسيتم بيان ركن العمل والأجر بالتفصيل في الفصل القادم.

المبحث الثاني: نظرية العقد وعقد المقاولة

تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول فقد تناول نظرية العقد وفي المطلب الثاني تم

تناول عقد المقاولة وذلك وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: العقد

(1) عقد التشييد (FIDIC 99) - المادة 1/13 .

(2) عقد التشييد (FIDIC 99) - المادة 3/12 .

(3) عقد التشييد (FIDIC 99) - المادة 4/12 " عندما يشكل إلغاء أي عمل جزءاً ما (أو كلا) من التغيير (الأمر

التغييرى)، ولم يكن قد تم الاتفاق على تحديد قيمته، فإنه:

أ- إذا كان المقاول سوف يتكبد (أو قد تكبد) كلفة ما كان مفترضة فيها أن تكون مغطاة بمبلغ يشكل جزءاً

من "قيمة العقد المقبولة" فيما لو لم يحصل الإلغاء .

ب- بإلغاء العمل سوف ينتج عنه (أو نتج عنه) أن هذا المبلغ لا يشكل جزءاً من قيمة العقد.

ج- إن هذه الكلفة لا يمكن عدّها مشمولة في تقدير قيمة أي عمل بديل له، ففي مثل هذه الحالة يتعين

على المقاول إشعار المهندس بذلك مع تقديم التفاصيل المؤيدة. كما يتعين على المهندس، عند تسلمه

هذا الإشعار - عملاً بأحكام المادة (5/3) - أن يتوصل بالاتفاق، أو أن يقوم بإعداد التقدير اللازم لهذه

الكلفة، لإضافتها إلى قيمة العقد."

إنه لمن الأهمية بمكان أن يتم تخصيص مطلب للحديث عن نظرية العقد من الجوانب التي تخص موضوع هذا البحث، والمتعلق بدراسة الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99)، وتكمن هذه الأهمية في أن فئة من القراء سيكونون غير مختصين في القانون، لذلك، يجب توضيح المفاهيم الأساسية المتعلقة بنظرية العقد؛ ليسهل على القراء الربط بين هذه المفاهيم.

الفرع الأول: العقد والمذهبان الشخصي والمادي

العقد في الفقه الإسلامي بمعناه الخاص له تعريفات مختلفة جاءت في بعض الكتب الفقهية⁽¹⁾، ومن هذه التعريفات ما ورد في كتاب مرشد الحيران المادة (168): "بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به الآخر"⁽²⁾، أما في مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾، والتي تستند أيضا إلى المذهب الحنفي؛ فقد جاء في تعريف العقد في المادة 103: "وهو التزام المتعاقدين بتعهدهما أمرا، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"، وعرفت الانعقاد في المادة 104 بأنه: "تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في المعقود عليه".

أما القانون المدني الأردني؛ فقد جاء تعريف العقد في المادة (87) بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه إلتزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"، وتم اعتماد هذا التعريف بناء على ما ورد في المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية، وما ورد في أول عقد البيع من رد المحتار، والمادة 168 من

(1) داود، أحمد محمد علي (2011)، "أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني" ج 1 ص 23 .
(2) باشا، محمد قدري (1891)، " مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان" ص 27 : كتاب في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان .
(3) مجلة الأحكام العدلية: وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية سنة 1286 هجري، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وضمت 1851 مادة.

مرشد الحيران⁽¹⁾.

أما القانون الفرنسي؛ فقد عرفه بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء، أو بفعله، أو بالامتناع عن فعله" (المادة 1101)⁽²⁾، أما فقهاء الإنجليز؛ فيعرفون العقد بأنه: "توع من الاتفاق، بمقتضاه ينشأ التزام قانوني فيما بين الطرفين"⁽³⁾.

وسننظر في هذا المبحث إلى أركان العقد وشروطه الواجب بيانها لتعلقها بموضوع البحث، وهي ركن الرضا (الإيجاب والقبول)، وركن المحل، حيث إن هذين المفهومين متعلقان بمحور هذه الدراسة، حيث سيتم بيان الطبيعة القانونية للأمر التغييري لكل من ركن الإيجاب والقبول، وركن المحل، ومدى توافر هذين الركنين في شروط العقد المتعلقة بالأوامر التغيرية من منظور القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة.

ولعل أهم ما يجب النظر إليه في تعريف العقد النزعة التي ينتمي إليها هذا التعريف في مختلف التشريعات، حيث إنه من الواضح أن تعريف العقد يرتكز على النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي، والذي تبناه المشرع الأردني، بعكس النزعة الذاتية (الشخصية) التي تسود المدرسة اللاتينية، فالعقد ارتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين كما هو سائد في النزعة الذاتية، بل من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه، أي أن المحل يتغير من حالة إلى أخرى، وهنا تبرز النزعة الموضوعية⁽⁴⁾، ونجد، هنا، أن التعريف الشائع

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: 93/4.

(2) نقلا عن السنهوري، عبد الرزاق (1998) "نظريه العقد" (الجزء الأول) ص 80.

(3) نقلا عن السنهوري، عبد الرزاق (1998) "نظريه العقد" (الجزء الأول) ص 83 - هامش (1).

(4) السنهوري، عبد الرزاق، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" (1988) ص 77.

في كتب الفقه الإسلامي لا يتبين منها أن توافق إرادتين مصدر من مصادر الالتزامات، حيث إن التعريف لا ينص على أن توافق إرادتين هو المنشئ للالتزامات، بل إنه توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه، أي أنه يؤدي إلى تحويل شيء من حال إلى حال، وهذه النزعة جعلت الفقهاء الإسلاميين ينظرون إلى النتائج الأخيرة للعقد، ويتخطون النتائج الأولى لانعقاده⁽¹⁾، ولهذا، فإن النزعة الذاتية التي تعبر عن المذهب الشخصي؛ ترى الأمر الجوهري في الالتزام أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، بحيث يكون بمقتضى هذه الرابطة الشخصية الحق للدائن في تقاضي شيء معين من المدين، ويزيد في ذلك فقهاء المدرسة اللاتينية، والتي تتبنى المذهب الشخصي، أن الرابطة الشخصية هي رابطة خضوع المدين للدائن، بحيث يكون للدائن سلطة على المدين، وتسمح له بإخضاع المدين للقيام بعمل فيه فائدة له⁽²⁾، ومن أشهر الفقهاء الذين تناولوا المذهب الشخصي (سافيني) (Savigny)، فقد كان يرى أن الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن، وهي صورة مصغرة من الرق، وقد تكون السلطة التي يمتلكها الدائن تستغرق كل حرية من يخضع لهذه السلطة، وكأنها أصبحت ملكية تامة، أو إلى جزء من نشاط المدين، فيكون له حق خاص يتعلق بعمل معين بأعمال المدين، وهذا طابع القانون الروماني الذي يجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة، رابطة خضوع من الرق، إذ تتسجها على طراز من حق الملكية⁽³⁾، وهذا بخلاف المذهب المادي، والذي تبناه الفقه الإسلامي، وكذلك أيضا الفقه الألماني، حيث إن النزعة الموضوعية هي النزعة السائدة في الفقه الإسلامي، والتي تنظر إلى محل الالتزام على أنه العنصر الأساسي، وتجرده من الرابطة الشخصية، فيصبح الالتزام عنصرا ماليا أكثر من أنه علاقة

(1) شفيق، شحاتة "النظرية العامة للنزاعات في الشريعة الإسلامية" ص 123 - ص 124.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق - ص 15

(3) السنهوري، عبد الرزاق "نظريه العقد" (الجزء الأول) (1998) ص 14

شخصية، وكما بينا سابقاً؛ فإن القانون المدني الأردني قد تبنى تعريف العقد وفقاً للفقهاء الإسلاميين، والذي بدوره انتهج المذهب المادي والنزعة الموضوعية في تعريفه للعقد، فهذا يدل على أن محل الالتزام هو العنصر الأساسي في العلاقة التعاقدية، وليس الرابطة الشخصية، حيث إن الإيجاب والقبول يجب أن يثبت أثره في المعقود عليه، فيرون بغير هذا الأثر ألا وجود لرابطة تعاقدية على الرغم من توافر الإرادتين، وإن أهمية هذا الطرح سيتم بيانها بالتفصيل في دراسة الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية، حيث إن وجود إرادة أطراف عقد التشييد (FIDIC 99) بالالتزام بتنفيذ الأوامر التغييرية لا يكفي لإتمام الرابطة التعاقدية دون توافر شروط المحل الجديد، المتفق عليه وفقاً للبيئة التشريعية السائدة في الأردن، وفي البلدان التي اتبعت المذهب المادي في تعريفها للعقد.

الفرع الثاني: الرضا والمحل

أولاً: الرضا

يعدّ الرضا ركناً للعقد عند المدارس الفقهية كافة، فلا اختلاف على ذلك، ولكن الاختلاف في الأركان العقد الأخرى من المحل والسبب، فللعقد في الفقه الإسلامي ركن واحد وهو الرضا عند الحنفية، وما عدا ذلك من المحل والعاقدين من لوازمه، أما عند جمهور الفقهاء؛ فإن أركان العقد هي: الرضا، والعاقدان (أو العاقد)، والمحل (أو المعقود عليه)⁽¹⁾، وأما أركان العقد في الفقه الغربي فهي: التراضي، والمحل، والسبب، وعلى كل الأحوال، فإن هذا البحث سيتناول كلا من التراضي والمحل، أما عن ركن السبب؛ فلا جديد يقال فيه؛ لأنه لا أثر له في الأوامر التغييرية، فيجب أن يكون السبب مشروعاً في أي عمل يحتويه العقد، ونبدأ أولاً بالحديث عن ركن الرضا

(1) داود، أحمد محمد علي (2011)، "أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني" ج 1 - ص 34.

من حيث وجود الإيجاب والقبول.

كما تم ذكره سابقاً؛ فإن الإيجاب والقبول ركن لانعقاد العقد عند المدارس الفقهية كافة، فلا يمكن أن يتم العقد إلا بوجود الإيجاب، وهو الكلام الصادر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف⁽¹⁾، وكذلك القبول، وهو الكلام الثاني الذي يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يتم العقد⁽²⁾، وقد سلك القانون المدني الأردني مسلك الحنفية في الإيجاب والقبول، بحيث جاء فيه أن الإيجاب والقبول: "كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو الإيجاب، والثاني هو القبول"⁽³⁾، ولا يكفي وجود الرضا بين المتعاقدين بالإيجاب والقبول الصادر منهما، وإنما يجب أن يكون هذا الرضا صحيحاً لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا من إكراه أو تغيير و غبن أو الغلط، أما إرادة المتعاقدين التي اتجهت إلى تكوين الرضا في التعاقد؛ فإن لها أشكالاً ومحددات، وهو ما يعرف بسلطان الإرادة ومحدداته، وهو ما سنتناوله في هذا البحث؛ حتى تتمكن من دراسة الطبيعة القانونية للأمر التغييري في عقد التشييد (FIDIC 99) من حيث صحة القبول الصادر عن المقاول عند انعقاد عقد التشييد بإنجاز أي أمر تغييري، دون وجود قبول آخر على المحل الجديد المستحدث.

وقبل الحديث عن محددات سلطان الإرادة وفقاً لما جاء في المدارس الفقهية المختلفة، فإن التطرق إلى الحديث عن الحالات الخاصة بالإيجاب، وعلى الأخص حالة الوعد بالتعاقد، هو أمر مهم للغاية؛ لما سيتم بيانه في الفصل الثاني من هذا البحث، والذي سيتناول دراسة الطبيعة

(1) مجلة الأحكام العدلية - المادة (101).

(2) مجلة الأحكام العدلية - المادة (102).

(3) القانون المدني الأردني - المادة (91).

القانونية للأوامر التغييرية.

أ- الوعد بالتعاقد:

الوعد لغة: "الوعد يستعمل في الخير والشر، قالوا في الخير الوعد والعدة، وفي الشر الإيعاد والوعيد، والميعاد: المواعدة، ويقال: تواعد القوم، أي وعد بعضهم بعضاً. هذا في الخير، وفي الشر يقال: اتعدوا، والاتعاد أيضا قبول الوعد⁽¹⁾، أما الوعد اصطلاحاً؛ فقد عرفه الفقيه المالكي ابن عرفة فقال: "إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل"⁽²⁾، وقد عرفه الفقيه الحنفي العيني فقال: "الوعد هو الإخبار بإيصال الخير في المستقبل..... والإخلاف جعل الوعد خلافاً، وقيل عدم الوفاء به"⁽³⁾، وكذلك، فقد عرفه الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: "ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل، لا على سبيل الالتزام في الحال"⁽⁴⁾.

أما عن مدى وجوب الوعد بالتعاقد؛ فقد اختلفت المدارس الفقهية في هذا الشأن، ففي الفقه الإسلامي انقسمت آراء الفقهاء حول قوة الالتزام بالوعد بالتعاقد، إذ رأى بعضهم أنه مستحب وليس واجباً، ورأى آخرون أنه واجب مطلق، أما الرأي الثالث؛ فجعل الوفاء بالوعد واجباً على التفصيل، وفيه أقوال مختلفة، وأما حكم الوعد؛ فإنه مستحب وليس واجباً، وهذا رأى جمهور الفقهاء من أحناف وشافعية وحنابلة وبعض المالكية⁽⁵⁾، وهذا ما جاء في مجلة الأحكام العدلية، وكتاب مرشد

(1) الجوهرى، الصحاح (ج1) ص511 وص512.

(2) الإمام الخطاب، "تحرير الكلام في مسائل الإلزام" ص153 .

(3) العيني، "عمدة القاري، شرح البخاري"، ج1، ص220 .

(4) السنهوري، عبد الرزاق "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" ج1، ص54 .

(5) الإسلامبولي، أحمد محمد خليل "حكم الوعد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة"، مجلة جامعة الملك عبد

الحيران، وذلك أن وفاء الوعد غير لازم قضاء؛ فليس للموعد مطالبة الواعد قضاء بالوفاء به⁽¹⁾.

أما القول بأن الوفاء بالوعد واجب مطلق؛ فقد جاء عند عدد من الفقهاء، مثل ابن شبرمة:

"قول ابن شبرمة بأن الوعد كله لازم، ويقضى به على الواعد ويجبره"⁽²⁾، وجاء أيضا في صحيح بخاري أن هذا قول الحسن البصري، وأن القاضي سعيد بن الأشوع الهمداني قضى بوجوب إنجاز الوعد، وأن ابن الأشوع ذكر أن وجوب إنجاز الوعد مذهب الصحابي سمرة بن جندب رضي الله عنه، ويذكر البخاري أيضا أنه رأي إسحاق بن راهويه، وهو يحتج بحديث ابن الأشوع في القول بإنجاز الوعد⁽³⁾. أما في القانون المدني الأردني؛ فقد نصت المادة (92) على أن "صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد ملزما إذا انصرف إليه قصد العاقدين"، وبهذا، فإن القانون المدني الأردني قد أخذ برأي الوجوب المطلق للوعد بالتعاقد، وخالف بذلك الحنفية والشافعية والحنابلة، وانتهج منهج الفقهاء الآخرين الذين جعلوا من الوعد بالتعاقد واجبا مطلقا، وهذا أيضا ما جاء في المدرسة اللاتينية والقانون الفرنسي، وعلل المشرع الأردني هذا التوجه بأن القانون الحديث يجيز الوعد بالبيع والشراء، وفي جوازه فوائد عملية⁽⁴⁾.

إن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي، حيث إن الواعد بالتعاقد يلتزم ببيع الشيء الموعد ببيعه، فمثلا: إن أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء، وهذا أكثر من الإيجاب؛ لأنه إيجاب إذا اقترن به قبول فهو عقد كامل، ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع لا على البيع ذاته، ولذلك، يكون الوعد بالبيع دون البيع الكامل، فالواعد إذن، لا يلتزم

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - المادة (92).

(2) ابن حزم، "المحلّى" ج8، ص28.

(3) العيني، "عمدة الفارسي" ج3، ص258.

(4) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - المادة (92).

بتنفيذ العقد، بل يقتصر على أن يلتزم بإجراء العقد في الوقت الذي يظهر فيه الطرف الآخر رغبته في إتمام العقد، وبذلك يكون الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائي⁽¹⁾.

والوعد بالعقد عقد كغيره من العقود، يجب أن تتوفر فيه أركانه لثبات صحته، حيث يتفق الطرفان وقت الوعد على جميع أركان العقد الموعود به، وقد نصت المادة 105 من القانون المدني الأردني، والتي تطابق المادة 101 من القانون المدني المصري، والمادة 102 من القانون المدني السوري، والمادة 91 من القانون المدني العراقي⁽²⁾ على أن "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل؛ لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها"⁽³⁾ والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد، فإذا كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثلث، وإذا كان شركة وجب الاتفاق على حصة كل شريك، وهكذا⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى توافر هذه الأركان؛ يجب أيضاً تحديد مدة معينة للموعود له لأن يبدي رغبته في التعاقد، وهذه المدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً، وفي حال تطلب انعقاد العقد شكلاً محدداً؛ يجب

(1) السنهوري، عبد الرزاق "نظرية العقد" ج1، ص263-264.

(2) المذكرة الإيضاحية للمادة 105 - القانون المدني الأردني.

(3) القانون المدني الأردني - مادة 105 - فقرة (1) .

(4) السنهوري، عبد الرزاق: (مصادر الالتزام) المجلد الأول، ص269: هامش رقم (1)، وقد قضت محكمة النقض بأن ثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعقاده، وما يجريه قاضي الموضوع من هذا التثبت - في دعوى صحة التعاقد - يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه؛ ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يغفل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون. فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين الطرفين، وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهولاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع تم على أساسه؛ فإنه يكون مشوباً بقصور أسبابه، متعينا نقضه (نقض مدني في 28 فبراير سنة 1946 مجموعة عمر ه رقم 42 ص 113).

استيفاء هذا الشكل لانعقاده⁽¹⁾.

ويتضح لنا أن القانون المدني الأردني أجاز إلزامية الوعد بالتعاقد، وخالف بذلك الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية، وأخذ بذلك بآراء الفقهاء الإسلاميين، الذين جعلوا الوعد بالعقد واجبا مطلقا، كما هو الحال في الفقه اللاتيني، وكذلك في القانون الإنجليزي الذي جعل الوعد تؤسس عقودا، ولكن بشروط يجب توافرها⁽²⁾.

ب - مبدأ سلطان الإرادة

وبعد أن بينا مفهوم الوعد بالتعاقد، ومدى إلزاميته وشروط انعقاده، سوف نتطرق أيضا إلى الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة، وهو مبدأ تأثر بالمذهبين المادي والمادي، حيث إن ظهوره كان نتيجة المذهب المادي الذي نادى بالحرية الفردية، وعدّها حقا مقدسا، وأن القانون وجد لحماية الحرية الفردية⁽³⁾، وإن أنصار هذا المذهب ذهبوا إلى عدّ مبدأ سلطان الإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد والآثار المترتبة عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، وقد كان لهذا المبدأ حظ كبير من الأثر في القانون الحديث على تطور النظم الاقتصادية، وذلك بعد انتشار المذهب المادي، ولكن استمرار هذه النظم في التطور، وظهور الصناعات الكبيرة، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية؛ جعل للمذاهب الاشتراكية سبيلا للانتشار، والتي عارضت المذهب المادي وانتقصت منه⁽⁴⁾، إلا أن التشريعات المدنية الحديثة قد اعترفت بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء

(1) السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر نوري حمد "شرح القانون المدني": مصادر الحقوق الشخصية - الالتزامات" ص 98 .

(2) (2019 - winter) "Theories of the common law of contracts " Daniel Mavlcooits .

(3) السرحان، عدنان إبراهيم ونوري، محمد خاطر "مرجع سابق" ص 33.

(4) السنهوري، عبد الرزاق "نظرية العقد" ج 1، ص 86.

العقود، غير أنها لم تأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل وضعت له قيوداً لحماية طرفي العقد والغير، وقد ظهر هذا التقييد في القانون الفرنسي، والذي تبني المذهب المادي في مبادئه، بحيث وسعت تشريعات القانون المدني الفرنسي من سلطة القاضي في التدخل في تعديل العقد طبقاً لحماية الطرف الضعيف⁽¹⁾، كما اعترفت الشريعة الإسلامية بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يكون إرادة المتعاقدين في العقد، وجعلته مصدراً للالتزام، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وقد جاء في كتاب الكاساني بدائع الصنائع: "أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف، والمحل قابلاً له، وله ولاية عليه"⁽²⁾، وهذا يدل على اعتراف الفقه الإسلامي بإرادة الإنسان التي على أساسها تنشأ العقود، إلا أن الفقه الإسلامي كان سابقاً بوضع قيود على هذه الإرادة؛ وذلك لحماية مصلحة العقد والغير، وكذلك مراعاة قواعد الشريعة الإسلامية، وهذا أيضاً كان منهج القانون المدني الأردني، والذي اعترف بمبدأ سلطان الإرادة، حيث جاء في المادة 213 أن: "الأصل في العقد رضا المتعاقدين، والتزامهم في التعاقد" إلا أنه وضع محددات وقيوداً على هذه الإرادة أيضاً.

وإنه لمن المهم بيان أهمية تقييد هذا المبدأ، فليس للفرد الحق إلا في المجتمع وبالمجتمع، أما كونه مفرداً منعزلاً؛ فالقانون لا شأن له به، وهذا ينقض أساس نظرية سلطان الإرادة، والتي بنيت على أن الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون، والفرد لا يصلح لأن يكون أساساً للعقد ولا إرادته، بل هي العدالة والمصلحة العامة، وحرية الفرد لا ينفسح لها مجال إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة، فيجب ألا تستند نظرية العقد إلى إلزام إرادة المتعاقدين وحدها، بل إلى سبب صحيح مشروع

(1) السرحان، عدنان إبراهيم ونوري، محمد خاطر "شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات" ص 34 - ص 35.

(2) الكاساني "بدائع الصنائع" ج 3 - ص 259.

يقع ضمن دائرة النظام العام واستقرار التعامل، ولهذا، فإن المشرع في العصر الحديث قد أضعف من مبدأ سلطان الإرادة، حيث إنه يتخطى الظواهر، ويتغلغل في الصميم؛ فلا يرى في الواقع إرادتين حرتين تتفقان، بل يرى قوى غير متكافئة في الميدان الاقتصادي، فيدخل لإنقاذ الجانب الضعيف، ويحميه من استغلال الجانب القوي⁽¹⁾، لذا، لا بد لنا من أن نسلط الضوء على تلك العقود النموذجية، والتي تحمل في ثناياها شروطا تجعل من العلاقة العقدية قوى غير متكافئة ينتج عنها الخلافات، ويجب التدخل ببيان مدى توافق هذه الشروط والنصوص العقدية مع النظام العام، والقواعد الآمرة في القانون، ومبادئ العدالة، وكذلك استقرار التعامل، حيث جاء هذا البحث للقيام بهذه المهمة، وتسليط الضوء على واحد من أكثر العقود استخداما، وفي بعض شروطه عدم تكافؤ ينجم عنه العديد من الخلافات، مما يستوجب مراجعتها وبيان صحتها.

ثانيا: المحل

محل العقد هو العملية القانونية المراد تحقيقها منه، كما أن العمليات القانونية التي تصلح لأن تكون محلا للعقد غير محدودة؛ وفقا لمبدأ الرضائية، والذي يعطي الأطراف حرية عقد ما شأؤوا من العقود، وهذه العقود إما أن تكون عقودا مسماة، نصت على شروطها القوانين، أو غير مسماة، والتي يمكن الاتفاق عليها، ولا تتقيد إلا بقيد مراعاة القانون والنظام العام والآداب⁽²⁾، وللمحل شروط يجب توافرها حتى يكون صحيحا، فوفقا للفقهاء الغربيين؛ فإن شروط محل الالتزام هي:

(1) السنهوري، عبد الرازق "نظرية العقد" ج 1 - ص 108، 107.

(2) السرحان، عدنان إبراهيم ونوري، محمد خاطر "شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات" ص 162.

أولاً: أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل.

ثانياً: أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين.

ثالثاً: أن يكون صالحاً للتعامل فيه.

أما ما يخص شرط صلاحيته في التعامل؛ فيجب أن يكون المحل مشروعاً لا يخالف النظام العام، وسنعرض في هذا البحث الشرطين: الأول والثاني في كلٍّ من: الفقه الغربي، والفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني:

(1) المحل الموجود:

تتفق المدارس الفقهية على شروط وجود المحل في حال قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالاً، فلو لم يكن الشيء موجوداً فعلاً وقت التعاقد؛ فإن العقد يكون باطلاً، حتى لو أمكن وجود الشيء في المستقبل⁽¹⁾.

ومثال على ذلك؛ لو باع شخص ساعة يد لشخص آخر على أنها موجودة فعلاً، وتبين بعد ذلك عدم وجودها، فالبيع باطل؛ لأن الشيء غير موجود، ولا يصح العقد حتى لو توفرت ساعة اليد بعد التعاقد، فيجب أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد ليصح العقد، ولا خلاف في هذا بين المدارس الفقهية بخصوص وجود المحل وقت التعاقد في حال تم الاتفاق على محل موجود، ولكن الاختلاف يظهر في التعامل في المحل الموجود في المستقبل، فإذا قصد المتعاقدان التعامل بشيء ليس موجوداً حالاً، وإنما موجود في المستقبل، وأن وجوده في المستقبل ممكن؛ فإن العقد ينعقد صحيحاً

(1) السنهوري، عبد الرزاق "مصادر الحق في الفقه الإسلامي - محل العقد" - ص7.

في الفقه الغربي⁽¹⁾، وهذا أيضا ما ذهب إليه القانون المدني الأردني، والذي أجاز صحة العقد عندما يكون المحل موجودا في المستقبل، وقد نصت المادة (160) - الفقرة الأولى على أنه: "يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر"⁽²⁾، واستثنى من ذلك التعاقد في تركة إنسان على قيد الحياة في الفقرة الثانية من المادة نفسها⁽³⁾، أما الفقه الإسلامي؛ فقد اشترط أن يكون المحل موجودا، فإن لم يكن موجودا؛ فالعقد باطل، حتى لو كان المحل يحتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل⁽⁴⁾، فقد جاء هذا الشرط عند الحنفية والشافعية، فيجب أن يكون المحل موجودا.

ولا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم، كبيع نتاج النجاج، وهذا الشرط مهم لجميع العقود

(1) نقلا عن السهوري، عبد الرازق: يعتبر القانون الألماني التعامل في الأشياء المستقبلية، وكذلك القانون السويسري، ويقضي المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 26 بأن الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون محلا للعقد.

(2) القانون المدني الأردني المادة 160: انظر أيضا نص المادة 131 من القانون المدني المصري، والمادة (1.129) من القانون المدني العراقي، والمادة 188 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(3) انظر أيضا المادة (113) من القانون المدني المصري، والمادة 188 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) البدائع، جزء 5 ص 138 . ص 139: ((وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأشياء منها أن يكون موجودا، فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم، كبيع نتاج النجاج، بأن قال: بعث ولد هذه الناقة، وكذلك بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم. وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع. وكذا بيع النثر والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدوم، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل ظهور صلاحهما إذا لم يشترط الترك... وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض، كالبطيخ والبادنجان؛ فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال مالك رحمه الله: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه... ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن... وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح؛ لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون، وبيع النوى في التمر، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية؛ لأنها إنما تصير لحما بالذبح والسلخ، فكان بيع المعدوم، فلا ينعقد. وكذا بيع الشحم الذي فيها، وألبيتها وأكارعها ورأسها، لما قلنا. وكذا بيع البحر في السمسم؛ لأنه إنما يصير بحيرا بعد العصر)).

دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات، فالتصرف بالمعدوم باطل، سواء بالبيع، أم بالهبة، أم بالرهن، وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

- عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلية". متفق عليه، واللفظ للبخاري.

- عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمتبع". متفق عليه.

واستثنى هؤلاء الفقهاء هذه القاعدة في منع التصرف بالمعدوم عقوداً قامت الأدلة الشرعية على صحتها، وهي عقود السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع ونحوها⁽¹⁾، فهذه ضروب من التعامل يقع فيها العقد على شيء معدوم حالاً، ولكنه محقق الوجود مآلاً، فأجازها الفقهاء لجريان التعامل بها، وضرورتها⁽²⁾، وما يهمنا في هذا البحث هو عقد الاستصناع، حيث سنبين شروطه وأحكامه في المبحث القادم.

ويرجع السبب في هذا التشدد في الفقه الإسلامي من المحل الموجود في المستقبل إلى الخشية من الغرر، حيث إن في الفقه الإسلامي ثلاثة أمور تعدّ غير مشروعة، ويمعن في تجنبها، وهي: الغرر، والربا، وتعدد الصفقة في العقد الواحد، لذا، فإن الفقهاء المسلمين كانوا حريصين على عدم تسرب عنصر الغرر إلى المعاملات⁽³⁾، ونجد أنه على الرغم من أن القانون المدني الأردني قد أجاز المحل الموجود في المستقبل؛ إلا أنه، وكما ذكرنا في نص المادة 160، اشترط انتقاء الغرر

(1) داود، أحمد محمد علي، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ص 140-141.

(2) السنهوري، عبد الرزاق (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) - محل العقد - ص 34.

(3) السنهوري، عبد الرزاق (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) - محل العقد - ص 14.

في هذا المحل، وهكذا، نستطيع أن نقول: إن المشرع الأردني أخذ بعين الاعتبار سبب التشدد في العقد الذي محله موجود في المستقبل، والذي عُدَّ باطلاً في الفقه الإسلامي، وهو الغرر، واشترط عدم وجوده في إجازته لهذه العقود، وبالتالي، لم يخرج عن الإطار العام للفقه الإسلامي، الأمر الذي لم يتبعه المشرع المصري، والذي لم يشترط انتفاء الغرر في إجازة المحل الموجود في المستقبل⁽¹⁾، وسار مسار الفقه الغربي في ذلك.

ولا بد لنا من التطرق إلى مفهوم الغرر؛ لبيان هذا العنصر الذي واطب الفقهاء الإسلاميون على تجنبه في العقود، فقد قال السرخي من الحنفية: "الغرر ما يكون منشود العاقبة"⁽²⁾، وقال الشيرازي من الشافعية: "الغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته"⁽³⁾، وقال القرافي من المالكية: "أصل الغرر: هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء والسماك في الماء"⁽⁴⁾، وقال ابن تيمية: "الغرر هو المجهول العاقبة"⁽⁵⁾، وقال ابن حزم: "الغرر ما لا يدري المشتري ما اشترى أو البائع ما باع"⁽⁶⁾، وجاء أيضاً تعريفه للأستاذ الزرقاء بأنه: "بيع الأشياء الاحتمالية، غير محققة الوجود أو الحدود، لما فيه من مغامرة وتغيير، ويجعله أشبه بالقمار"⁽⁷⁾، ونجد مما سبق من تعاريف أن الغرر هو الشيء غير متحقق الوجود، وقد قصره بعض الحنفية على ما لا يدري حصوله، وأخرجوا عنه المجهول، ولكن الراجح عند أكثر الفقهاء أن الغرر يشمل ما لا يدري

(1) انظر المادة (131) من القانون المدني المصري.

(2) المبسوط: 12 ص 194.

(3) المهذب: 1 ص 262.

(4) الغرر: 3 ص 265.

(5) الفتاوى لابن تيمية: 3 ص 275.

(6) المحلى: 8/396.

(7) الزرقاء، مصطفى أحمد "المدخل الفقهي العام" ص 97.

حصوله والمجهول⁽¹⁾.

والغرر منهي عنه؛ بسبب جهل أحد عوضي البيع، أو جهل جنس المحل، أو نوعه، أو صفته، أو حتى مقداره، والأمر الثاني: الشك في حصول أحد عوضي البيع والقدرة على تسلم المحل⁽²⁾، وكذلك، فإن الغرر الممنوع أنواع كما قال ابن جزري، حيث إنه ذكر عشرة أنواع للغرر الممنوع، وقد جاء في النوع الثاني: "الجهل بجنس الثمن أو المثلون"، والنوع الثالث: "الجهل بصفة أحدهما"، والنوع الرابع: "الجهل بمقدار أحدهما"، فالغرر إما أن يكون كثيرا أو بسيطا، وفي عقود المعاوضات؛ إما أن يكون مؤثرا مفسدا للعقد في حال كان كثيرا، أو أن يكون غررا يسيرا فلا تأثير له في صحة العقد⁽³⁾.

(2) تعيين المحل

لا يكتفى في المحل أن يكون موجودا في الحال أو المستقبل، وإنما يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، فقد جاء في القانون المدني الأردني المادة 161:

"1 - يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة، بالإشارة إليه، أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو نحو ذلك مما تنتقي به الجهالة الفاحشة.

2 - وإذا كان المحل معلوما للمتعاقدين؛ فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر.

(1) الذحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته"، ج5 - ص411.

(2) العزيز، الصديق "الغرر وأثره في العقود أو العقد الإسلامي".

(3) السنهوري، عبد الرازق (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) ص48 هامش(1).

3 - فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم؛ كان العقد باطلاً⁽¹⁾.

وهذا أيضا كان حكم الشريعة الإسلامية⁽²⁾، وكذلك القانون المدني الفرنسي⁽³⁾، ونجد اتفاق

(1) القانون المدني الأردني - المادة 161، وانظر أيضا:

- القانون المدني المصري: نصت المادة 133 من القانون المدني المصري على ما يأتي:

((1 - إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره، إلا إذا كان العقد باطلاً)).

((2 - ويكفي أن يكون المحل معينا 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 شيئا من صنف متوسط)).

- ونصت المادة 134 من القانون ذاته على ما يأتي:

((إذا كان محل الالتزام نقودا؛ التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر)).

- القانون المدني العراقي: نصت المادة 128 من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

((1- يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد، أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتهي به الجهالة الفاحشة. ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف)).

((2- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوما عند العاقدين، ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر)).

((3- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم؛ فالعقد باطل)).

- قانون الموجبات اللبناني: نصت المادة 189 من القانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي:

((يجب أن يعين الموضوع المحل تعيينا كافيا، وأن يكون ممكنا ومباحا)).

- ونصت المادة 190 من القانون ذاته على ما يأتي:

((يجب أن يتناول التعيين ماهية الموضوع (المحل) ومقداره. على أنه يكفي أن يعين نوع الشيء، وأن يتضمن العقد ما يمكن منعه بتعيين المقدار فيما بعد)).

(2) انظر: كتاب مرشد الحيران، فقد نصت المادة 303 من كتاب مرشد الحيران على أنه: "يلزم لصحة عقد

المعارضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البديلين معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة". واشترطت المادة 366 أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة. وقضت المادة 367 بأنه إذا لم يكن المبيع معلوما عند المشتري، بأن كان غائبا؛ فإنه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره، وإن كان المبيع حاضرا في المجلس؛ تكفي الإشارة إليه، ولا حاجة لوصفه".

- وانظر: مجلة الأحكام العدلية: المادة 200: يلزم أن يكون المبيع معلوما عند المشتري، المادة 201: يعتبر

المبيع معلوما ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره، المادة 204: المبيع يتعين بتعيينه في العقد.

(3) انظر: المادة 23 من المشروع الفرنسي الإيطالي - منقول عن السنهوري - عبد الرزاق: "نظرية العقد".

الفقهاء على وجوب أن يكون المحل معلوما للعاقدين، وهذا العلم يمنع الخداع والغرر، وكذلك لا يفضي إلى المنازعة في عقود المعاوضات المالية، فإذا كان المعقود عليه مجهولا جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره، أو حتى كان مترددا بين حالين محتملين يوجد في أحدهما ولا يوجد في الآخر؛ لم يصح العقد، والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة، والتي تنشأ عن تجهيل جنس المحل، أما الجهالة اليسيرة؛ فهي التي لا يكون معها تفاوت فاحش في القيم، ويكون الجنس معها معلوما، فلا تمنع صلاحية المحل العقد؛ لأنها لا تؤدي إلى نزاع⁽¹⁾، ويترتب على عدم تعيين المحل أو قابلية تعيينه بطلان العقد وفقا لما بيناه في التشريعات المختلفة، ويمكن القول: إن المبدأ في الفقه الإسلامي أن المحل يتعين بالعلم به علما مانعا للجهالة الفاحشة، وذلك أن المحل يجب أن يكون معلوما علما يمنع من المنازعة، فإذا كان مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد، وإلا كان العقد صحيحا⁽²⁾، ونجد، هنا، أن المعيار في الفقه الإسلامي في مقدار الجهالة هو حدوث المنازعة، فإذا كانت هذه الجهالة تقضي إلى منازعة؛ يكون العقد باطلا، ولعل هذا ما سنبينه عند بيان الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية، حيث إن الجهالة التي تنطوي على هذه الأوامر تقضي إلى منازعات كثيرة كما بينا ذلك في المبحث الأول ونسبة النزاعات في المشاريع الهندسية، والتي تنشأ عن الأوامر التغييرية.

المطلب الثاني: عقد المقاولة

إن عقد المقاولة أحد أنواع العقود المسماة في القانون المدني، والذي أفرد المشرع له أحكاما

(1) المذكرات الإيضاحية للمادة 161- القانون المدني الأردني.

(2) السنهوري، عبد الرزاق "مصادر الحق في الفقه الإسلامي - محل العقد" - ص 62.

تتناسب مع طبيعته، فقد جاء تعريفه في القانون المدني الأردني على أنه عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر⁽¹⁾. وتم تعريفه أيضاً في القانون المدني المصري على أنه: "المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد المتعاقد الآخر⁽²⁾، ونجد، هنا، أن المشرع الأردني استبدل كلمة أجر الواردة في القانون المدني المصري بكلمة البذل؛ حتى تشمل الثمن والأجرة، ونجد أيضاً أن المشرع الأردني قد استخدم اصطلاح عقد المقابلة عوضاً عن عقد الاستصناع، الذي كان الفقهاء يسمونه كما ورد في كتاب بدائع الصنائع، حيث أصبح مفهوم عقد المقابلة شاملاً بصورة تستوجب الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد تقديراً لواقع الحال بما يتناسب مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية، أو السنة النبوية، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع والأجير المشترك⁽³⁾، وهنا، نجد أن القانون المدني الأردني، رغم أنه قد استخدم مصطلح المقابلة بدلاً من الاستصناع كما هو وارد في كتب الفقه الإسلامي؛ إلا أنه أخضع أحكام عقد المقابلة لأحكام عقد الاستصناع الوارد في الفقه الإسلامي، وبالتالي، فإن البيئة التشريعية لعقد المقابلة مصدرها الفقه الإسلامي، وأحكامها كافة يجب أن تتوافق وتتلاءم مع الأحكام التي وضعها الفقه الإسلامي لهذا العقد، وعند استخدام عقود نموذجية في مجال المقاولات، كعقد التشييد (FIDIC 99) محور بحثنا هذا؛ يجب أن تتلاءم

(1) القانون المدني الأردني - المادة 780.

(2) القانون المدني المصري - المادة 646، ويطابق القانون المدني الليبي المادة 645، وجاء في قانون الموجبات والعقود البناني المادة 2/624 " عقد المقابلة أو الإجارة أو الصناعة هو عقد يلزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل.

(3) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني للمادة (780 - 782).

بنوده وشروطه مع أحكام عقد المقاولة المدرج في القانون المدني، والتي مصدرها الفقه الإسلامي، لذا، جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء، كما ذكرنا سابقاً، على مدى ملاءمة الشروط الخاصة بالأوامر التغييرية مع أحكام القانون. ولعقد المقاولة خصائص أهمها: أنه عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للجانبين من عقود المعاوضة، وكذلك أيضاً، يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما: الشيء المطلوب صنعه، أو العمل المطلوب تأديته من المقاول أو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به رب العمل، وهو المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

أما أركان عقد المقاولة؛ فهو كسائر العقود، تنطبق عليه القواعد العامة، والتي تم توضيحها في مبحث العقد من التراضي والمحل والسبب، فأما التراضي والسبب؛ فلا شيء إضافياً سنتحدث عنه بهذا الخصوص كما وضحناه في مطلب العقد، أما محل عقد المقاولة؛ فهو مزدوج، وأما التزامات المقاول؛ فهي العمل الذي تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة، وأما التزامات صاحب العمل؛ فهي الأجر الذي يدفعه للمقاول مقابل هذا العمل⁽²⁾، لذا، فإننا سنتناول كلا المحلين.

الفرع الأول: العمل في عقد المقاولة

نجد أن القانون المدني الأردني لم يكتفِ بالقواعد العامة ل يتم تطبيقها على محل عقد المقاولة، بعكس القانون المدني المصري، الذي لم يورد أي نصوص خاصة متعلقة بالعمل لتكون ركناً في المقاولة، وتركها للقواعد العامة، فقد ذكرت المادة 782 من القانون المدني الأردني: أنه "يجب في عقد المقاولة وصف محله، وبيان نوعه وقدره، وطريقة أدائه، ومدة إنجازه، وتحديد ما يقابله من بدل"⁽³⁾، وهنا، يتضح لنا أن المشرع الأردني حافظ على الشروط الواجب توافرها في عقد

(1) السنهوري "الوسيط العقود الواردة على العمل" المجلد (1) - ج 7 ص 6.

(2) السنهوري "الوسيط العقود الواردة على العمل" المجلد (1) - ج 7 ص 36.

(3) قانون المدني الأردني مادة 782.

الاستصناع، حيث جاء في المادة 465 من كتاب مرشد الحيران: "يجوز الاستصناع في كل ما جرى به التعامل، ويشترط لصحته بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره ووصفه"⁽¹⁾، وهذه هي الشروط التي وضعها الفقه الإسلامي لتوفرها في محل العقد، وذلك بعد أن أجاز عقد الاستصناع، الذي هو عقد قائم على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد، حيث إن العمل المصنوع غير موجود بصفته المطلوبة، وبالتالي، هو استثناء عن القاعدة العامة، وهي بطلان بيع المعدوم، وبطلان التعاقد على المحل غير الموجود في الفقه الإسلامي، وذلك كله خشية وجود الغرر، والذي دأب المشرع الإسلامي على تقادي حدوثه في أي من العقود؛ لأنه يؤدي إلى المنازعة وعدم استقرار التعامل، فعن أبي هريرة رضي الله عنه - أنه قال: "نهى الرسول ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر"⁽²⁾، لذا، فإن العلة في بطلان العقود التي يكون محلها في المستقبل هو وجود الغرر، ففي حال انتفائه، يصبح العقد جائزاً، فيرى ابن القيم أن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر، وعزا هذا الرأي إلى عدم وجود دليل من الكتاب والسنة، أو عن الصحابة على أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بعموم لفظ ولا عموم معنى⁽³⁾.

وكما بينا سابقاً؛ فإن إجازة عقد الاستصناع جاءت بشروط محددة يجب توافرها، والتي وصفها الفقه الإسلامي، والتزم بها المشرع الأردني، وهذه الشروط كفيلة بأن تنفي حدوث الغرر، فيوصف العمل المراد أدائه، وكذلك بيان نوعه، وقدره، وطريقة أدائه، ومدة إنجازه، فالمتعاقدان على علم تام بالعمل المراد أدائه، وكأنه موجود في الحال وليس في المستقبل، وكما ذكرنا؛ فإن القانون المصري لم

(1) مرشد الحيران - المادة 465.

(2) صحيح مسلم - حديث رقم 339.

(3) ابن القيم: هو محمد بن أبي بكر بن سعد بن الزرعي الدمشقي الملقب بابن قيم الجوزية الدين - ولد سنة

591 هجري - وتتلذذ على ابن تيمية، وتوفي سنة 751 هجرياً - ويكيبيديا.

ينص على مواد خاصة بمحل عقد المقاولة، وإنما اكتفى بالقواعد العامة، حاله حال القانون المدني الفرنسي، الذي استمد أحكامه منه رغم رغبة الفقهاء المصريين بالتخلص من هذه التبعية وعلى رأسهم الفقيه عبد الرزاق السنهوري،⁽¹⁾ لذا، فإننا لا نجد التشدد الوارد في الفقه الإسلامي في الشروط الواجب توافرها للتعاقد في المستقبل، فقد نصت المادة 133 من القانون المدني المصري على أنه:

«1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته؛ وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً».

«2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولا يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر؛ التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط».⁽²⁾

ففي الفقرة الأولى، قد أوجبت المادة أن يكون المحل معيناً بنوعه ومقداره، وفي الفقرة الثانية، أجاز عدم تعيين المقدار إذا كان العقد يتضمن ما يستطاع به تعيين المقدار، وكذلك لم يشترط

(1) السنهوري عبد الرزاق "نظرية العقد" ص5-6: علينا أولاً أن "نمصر" الفقه، فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً، نرى فيه طابع قوميتنا، ونحس أثر عقليتنا. ففقهنها حتى اليوم لا يزال، هو أيضاً، يحتله الأجنبي. والاحتلال هنا فرنسي، وهو احتلال ليس بأخف وطأة، ولا بأقل عننا من أي احتلال آخر. لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد، لا يكاد يتزحج عن أفقه أو ينحرف عن مسراه، فهو ظلّه اللاصق، وتابعه الأمين، فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهننا، وأن تفرغه في جوّ مصري، يشب فيه على قدم مصرية، وينمو بمقومات ذاتية؛ بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية، ونؤدي قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن. ورغم أن القانون المصري مستمد من القانون الفرنسي؛ إلا أننا نجد الفقهاء المصريين يتطلعون لإنهاء هذه التبعية وبناء الحديث.

(2) القانون المدني المصري - المادة 133.

وجود بيان جودة المحل، وإمكانية استخلاص ذلك من العرف أو أي طرف آخر، وإذا لم يتوفر ذلك يسلم ذلك من صنف متوسط، وهنا، نجد مدى التباين بين الفقه الإسلامي والمدرسة اللاتينية في ركن المحل، والذي يكون على شيء في المستقبل، فوفقا لما ورد في المادة 133 من القانون المدني المصري؛ نجد العديد من الشروط الواجب بيانها في المحل لم يلزم القانون بذكرها، وتركها للعرف أو أي ظروف أخرى، على عكس الفقه الإسلامي، الذي يشدد بهذا المنحى لمنع وجود الغرر، والذي يؤدي إلى النزاع، فاكتفى المشرع المصري بتحديد نوع المحل فقط، وترك موضوع المقدار ليتم تعيينه بالطريقة التي يتضمنها العقد إن وجدت، ولم يلزم تحديد جودة المحل، ولم يتطرق إلى طريقة أدائه ومدة إنجازه، وهذا من منظور الفقه الإسلامي يعد جهالة فاحشة في المحل توجب بطلان العقد، والتي تعد استثناء في إجازتها⁽¹⁾؛ لأن القاعدة العامة هي بطلان أي عقد محله غير موجود في الحال.

وهنا، يتضح لنا مفهوم اختلاف البيئة التشريعية في كل نظام قانوني، وتكمن أهمية هذه الاختلافات عند تطبيق العقود النموذجية العالمية، والتي تكون بيئتها التشريعية مستقاة من البيئات التي بنيت فيها هذه العقود، ومن ثم تم نشرها في العالم، وتقوم الدول المختلفة باستخدامها دون مقارنة هذه العقود مع القوانين المحلية، وإيجاد مكامن الاختلاف وتصحيحها؛ لتتواءم مع المنظومة التشريعية السائدة في كل بلد، فهدفنا من خلال هذا البحث تسليط الضوء على جزء من هذه العقود، ودراستها، ومقارنتها بالتشريعات الناظمة.

الفرع الثاني: الأجر في عقد المقاولة

(1) انظر مرشد الحيران - مادة 464 ومجلة الأحكام العدلية - المادة 390.

الأجر هو المال الذي يلزم صاحب العمل بإعطائه للمقاول مقابل أداء العمل المعهود له، وبهذا يكون الأجر محل التزام رب العمل، وتتنطبق عليه الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام، وذلك أن يكون موجودا ومعينا، أو قابلا للتعيين، ومشروعا⁽¹⁾، أما المشروعية؛ فلا إضافة ولا جديد يقال، ويبقى وجود الأجر وتعيينه.

وأما وجود الأجر في عقد المقاولة؛ فيجب أن يكون هناك أجر للعمل المراد القيام به، وإلا كان العقد من عقود التبرع وليس عقد مقاولة⁽²⁾، ولكن عدم ذكر الأجر في العقد أو تحديده لا يعني أنه غير موجود أو أنه عقد تبرع⁽³⁾، لذا، فإن المقاول يستحق الأجر حتى لو لم يتم ذكره في العقد، فقد نصت المادة 796 من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا لم يعين العقد أجرا على العمل؛ استحق أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل"⁽⁴⁾، وجاء أيضا في مجلة الأحكام العدلية: "لو قال أحد للآخر: اعمل هذا العمل أكرمك، ولم يبين مقدار ما يكرمه به، فعمل العمل المأمور به؛ استحق أجر المثل"⁽⁵⁾، وهذه المواد جاءت بالاستناد إلى المذهب الحنفي⁽⁶⁾، حيث

(1) السنهوري، عبد الرزاق، "الوسيط: العقود الواردة على العمل" (ج7) ص59.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، "مرجع سابق" (ج7) ص59.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1085 / 2002 هيئة خماسية تاريخ 2002/5/6: يعتبر عقد المقاولة من عقود المعاوضة، يتعهد فيه المقاول القيام بعمل لحساب صاحب العمل مقابل أدائه بدلا لذلك، وأنه ليس من عقود التبرع إلا إذا اتفق على ذلك، فإذا لم يحدد مقدار البذل؛ فلا يعتبر العمل تبرعا؛ لأن الأصل في العلاقة العقدية به قيام التزام بالبذل إذا كان من الثابت أن المدعي لم يقم بالأعمال الإضافية التي قام بها متبرعا، إذ لم يرد ما يفصح عن نيته بالتبرع للجهة المدعى عليها، لأن الثابت أنه أدى العمل المطلوب منه، وبما يدخل في نطاق مهنته وصنعتة، فإن ما يبني على ذلك في حال عدم تحديد البذل أن يكون المدعي مستحقا لأجر المثل طبقا لمؤدى المادة (796) من القانون المدني، التي حددت كيفية أداء البذل في حالة عدم الاتفاق عليه.

(4) القانون المدني الأردني المادة 796.

(5) مجلة الأحكام العدلية المادة (564).

(6) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني للمواد (792 - 797).

إنه لم يجعل وجود الأجر، الذي هو محل للعقد عند صاحب العمل، ركنا للعقد، حيث إن عدم تحديده لا يبطل العقد كما هو الحال في التراضي والعمل، وجاء على هذا النسق الفقه اللاتيني، فلم يجعل أيضا تحديد الأجر ركنا في العقد، وتركه للقضاء كي يقدره، فقد نصت المادة 659 من القانون المدني المصري على: أنه "إذا لم يحدد الأجر سلفا؛ وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول⁽¹⁾، ويختلف ركن الأجر في عقد المقاولة عما هو في عقد البيع، فالثمن لا بد من تعيينه في عقد البيع، أو جعل هذا المقدار قابلا للتعيين على أقل تقدير، ولا شأن للقانون بتعيين مقدار الثمن، وذلك بخلاف ما هو الحال عليه في عقد المقاولة، وكذلك الأجرة في الإيجار، فالقانون عند سكوت المتعاقدين يتكفل بتعيين مقدارها⁽²⁾.

ولكن، يجب، هنا، التفرقة والتمييز بين عدم الاتفاق على مقدار الأجر بين المتعاقدين، بأن يقوموا بعرض الأجر دون الاتفاق عليه، عندئذ؛ تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها. وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا الأجر أصلا، بل سكتا عنه، وهنا، تكون المقاولة صحيحة، ويتكفل القانون بتحديد الأجر⁽³⁾.

(1) يقابل هذا النص في القوانين العربية - القانون المدني السوري المادة 625 / القانون المدني الليبي المادة 658.

1- إذا لم تحدد الأجرة سلفا، أو حددت على وجه تقريبي؛ وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاول.

2 - ويجب اعتبار أن هناك اتفاقا ضمنيا على وجوب الأجر، إذ تبين الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان ليؤدي إلا لقاء أجر يقابله. (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري).

وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة 632: إذا لم يعقد اتفاق على تعيين الأجر أو بدل العمل؛ فيعين بحسب العرف. وإذا كانت هناك تعرفه أو رسم؛ وجب تطبيقهما. (وأحكام التقنين اللبناني قريبة من أحكام التقنين المصري).

(2) السنهوري، عبد الرزاق، "الوسيط: العقود الواردة على العمل" (ج7) ص157.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، "مرجع سابق" (ج7) ص60+158.

ولا بد من التوقف الوجيز عند هذا الفرق؛ لأننا سنتناوله بالتفصيل في الفصل القادم، فلو أن الأمر التغييرى الذى يلزم صاحب العمل المقاول القيام به، بحيث عرض المقاول أجره المستحق على هذا العمل الإضافى، ولم يوافق عليه صاحب العمل؛ فىكون عقد المقاولة باطلا لانعدام أحد أركانها.

أما تعيين الأجر؛ فالأصل فى ذلك أن يتفق المتعاقدان على تحديده، وعملية تحديد الأجر فى عقد المقاولة تكون إما عن طريق تحديد سعر للوحدة لكل بند من البنود المراد تنفيذها فى عقد المقاولة، ومثال ذلك تحديد سعر المتر المربع لبناء الطوب، والمتر المكعب للحفر، والمتر الطولى لفواصل التمدد، وهكذا، وتكون قيمة الأجر الإجمالية لمجموع أسعار الوحدة للبنود المنفذة، وذلك بعد أن يتم حصر كمياتها المنفذة فعليا، وهذا ما يطلق عليه المقايسة (Re-measure contract)، أو أن يتم تحديد سعر إجمالى للمقاولة كاملة، دون التطرق لأسعار البنود المكونة لهذا العقد، وبهذا، لا يكون هنالك حساب للكميات المنفذة، فعلى المقاول تنفيذ الأعمال كافة، الواردة فى المخططات فى العقود الإنشائية بمبلغ مقطوع، وهذا ما يطلق عليه الأجر الإجمالى (lump-sum contract)، وفى كلا الحالتين؛ يكون هناك تعيين للأجر واتفاق عليه، وفى حال تنفيذ أى عمل دون وجود سعر للوحدة له، وفى وجود المحل، وقد سكت المتعاقدان عن تحديد هذا الأجر؛ فيعين بناءً على أجر المثل⁽¹⁾.

(1) القانون المدنى الأردنى المادة 796.

الفصل الثاني: مدى توافق الأوامر التغييرية في عقد التشييد (fidic 99) مع

القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة

بعد أن قدمنا في الفصل الأول شرحاً للأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99)، ونشأته ومفهومه، وكذلك ماهية الأوامر التغييرية وأنواعها، مروراً بنظرية العقد وعقد المقاولة؛ فإنه بإمكاننا الآن الحديث عن الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية من حيث توافر أركان العقد فيها، سواء القواعد العامة، أم القواعد الخاصة المتعلقة بعقد المقاولة، مع تطبيق هذه القواعد وفقاً للتشريعات المختلفة، ولهذا، فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول للحديث عن توافر الإيجاب والقبول في الأوامر التغييرية من منظور المذهبين الشخصي والمادي، أما المبحث الثاني؛ فسيكون للحديث عن المحل في الأوامر التغييرية.

المبحث الأول: توافر الرضا في الأوامر التغييرية

وكما تم توضيحه سابقاً في الفصل الماضي؛ فإن الرضا ركن للعقد عند المدارس الفقهية كافة، فلا يمكن أن يتم العقد إلا بوجود الإيجاب الصادر عن أحد العاقدين لإنشاء التصرف، وكذلك القبول الصادر عن العاقد الآخر، وبه يتم العقد، ولبيان توافر هذا الركن في الأوامر التغييرية قسم الباحث هذا المطلب إلى مطلبين.

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في الأوامر التغييرية من منظور المذهبين

الشخصي والمادي

لقد بينا في الفصل السابق أن العقد تم تعريفه بناءً على المذهب الذي تتبناه التشريعات المختلفة، فمن منظور الفقه الإسلامي، الذي يتبنى المذهب المادي (النزعة الموضوعية)؛ فإن العقد

ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين، وإنما من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه، بمعنى أنه يغير المحل من حال إلى حال آخر، على العكس من المدرسة اللاتينية التي تتبنى المذهب الشخصي، والتي تنظر إلى العقد على أنه منشئ الالتزامات الشخصية بغض النظر عن المحل، وأن الجوهر الأساسي في الالتزام هو رابطة شخصية بين الدائن والمدين، وهذا ما يوضحه الاختلاف في تعريف العقد في كل من: الفقه الإسلامي، والمدرسة اللاتينية، والقانون الإنجليزي، والتي تم بيانها في الفصل السابق.

وعند النظر في الأوامر التغييرية التي ستحدث خلال مدة تنفيذ أعمال العقد الأساسي؛ نجد أن عقد التشييد (FIDIC 99) في الفصل الثالث عشر منه المادة الأولى⁽¹⁾ قد وفر غطاء قانونيا للأوامر التغييرية التي سيتم استحداثها في العقد، حيث إن الأمر التغييري عمل إضافي أو تعديل على الأعمال القائمة، يترتب عليه استحداث محل جديد للعقد، أو تعديل على المحل الأصلي، وكما نعلم جميعاً، فإن الإيجاب والقبول في العقد يتم على محل معين أو قابل للتعين، فلو تمت إضافة محل جديد أو تعديل المحل المعين أو القابل للتعين؛ فإنه يحتاج إلى قبول جديد، فيجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، وإن اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد به أو يعدل فيه؛ يعدّ رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً⁽²⁾، ولهذا، نرى أن عقد التشييد (FIDIC 99) أدرج في شروطه مادة يقبل فيها المقاول أن يصدر صاحب العمل ومن يفوضه (المهندس) أمراً تغييرياً، وعلى المقاول أن ينفذه دون توائٍ، ودون الاتفاق على أجر المحدد، فقبول المقاول هذا الشرط في العقد يعني أنه قد قبل أي أمر يصدر له من صاحب العمل، وينفذه دون توائٍ، على اعتبار أن المقاول توجهت إرادته إلى قبول

(1) (1/13): "بإمكان المهندس في أي وقت قبل صدور شهادة تسلم الأشغال أن يبادر بإحداث تغيير في الأشغال".

(2) انظر قانون مدني أردني مادة (99).

تنفيذ أي التزام مرتبط بالعقد الأساسي، دون وجود أي تحديد لمحل هذا الالتزام، وبهذا، يكون عقد التشييد (FIDIC 99) قد وفر القبول المفترض على إيجاب صاحب العمل الذي من الممكن أن يتحقق أولاً.

وهنا، يتضح لنا مدى تأثير عقد (FIDIC 99) بالمذهب الشخصي، وهو أن العقد رابطة شخصية بين الدائن والمدين، ويكون بمقتضى هذه الرابطة الشخصية سلطة على المدين تسمح للدائن بإخضاعه للقيام بعمل فيه فائدة له، فهي بنظرهم رابطة خضوع المدين للدائن، كأنها صورة مصغرة من الرق، وهذا طابع القانون الروماني، الذي يجعل هذا الالتزام رابطة شخصية وثيقة تصل إلى أن تكون حقا للملكية، والدلالة الأخرى على مدى تأثير عقد (FIDIC 99) بهذا المذهب، أنه قد أطلق اسم (أمر) على التغيير الحاصل في محل العقد، فلصاحب العمل الحق بإصدار أوامره للمقاول لتنفيذ هذا العمل، لا أن يطلب من المقاول القيام بالالتزام جديد أو تعديل الالتزام القائم والاتفاق عليه.

فبنظر هذا المذهب والمؤيدين له؛ فإنه بمجرد قبول المقاول شروط هذا العقد؛ فقد نشأت الرابطة الشخصية التي هي جوهر الالتزام في نظرهم، وأصبح ملتزما بهذه الشروط دون النظر إلى المعقود عليه (المحل)، وذلك بعكس المذهب المادي الذي يتبناه الفقه الإسلامي، والذي يرى أن منشأ الالتزام ليس توافق الإرادتين، بل توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه بتحويله من حال إلى حال، وإن عدم وجود المعقود عليه وقت التعاقد، وعدم بيان كيفية تحويله من حال إلى حال، بحيث إن الأمر التغييرى يتضمن محلا غير معلوم لدى المقاول؛ يمنع إظهار أثر توافق الإرادتين في المعقود عليه، وبالتالي، فإنها لا تنشئ التزاما على المقاول وفقا للمذهب المادي.

وحيث إن القانون المدني الأردني قد تبني في تعريفه⁽¹⁾ المذهب الحنفي من الفقه الإسلامي، وفقا لما جاء في مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ وكتاب مرشد الحيران⁽³⁾، وحيث إن تعريف العقد في الفقه الإسلامي ينتمي إلى المذهب المادي؛ فإننا نجد أن القبول الصادر من المقاول على شروط عقد التشييد (FIDIC 99)، والمتضمنة شرط قيامه بتنفيذ الأعمال الإضافية، أو تعديل الأعمال القائمة لا يعد منشأ للالتزام؛ لأنه لم يظهر أثره في المعقود عليه، حيث إن المعقود عليه غير متوفر وقت التعاقد، لذا، لا يوجد أثر للقبول، حيث لا يكتفى بالإيجاب والقبول الوارد على العقد الأساسي في إنشاء الالتزام المترتب على تنفيذ الأوامر التغييرية، بل يلزم صدور إيجاب وقبول جديدين على المحل الجديد.

ويتضح جليا مما تم بيانه مدى تأثير صياغة العقود بالبيئة التشريعية الناشئة فيها، ففي عقد التشييد (FIDIC 99) نجد أن لدى قواعده المتعلقة بالأوامر التغييرية غطاء قانونيا في التشريعات التي تنتمي في تعريفها العقد إلى المذهب الشخصي، فمن الممكن للدائن (صاحب العمل) أن يشترط على المدين (المقاول) بتنفيذ أي أمر تعديري دون توافر، ودون تحديد الأجر، ويكتفى بالقبول الأولي للمقاول الصادر عند الموافقة على العقد وشرطه الذي ينص على ذلك؛ لأن الرابطة الشخصية جوهر الالتزام وفقا لهذا المذهب، وهي المنشأة له، فبمجرد قبول المدين أصبح الالتزام محققا، حتى لو كان أثر هذه الرابطة الشخصية لا يظهر في المعقود عليه. أما التشريعات التي ينتمي فيها تعريف العقد إلى المذهب المادي؛ فإننا نجد أن القواعد الواردة في عقد التشييد (FIDIC 99)، والخاصة بالأوامر التغييرية؛ غير منشأة للالتزام، حتى بوجود الرابطة الشخصية، وهي توافق

(1) انظر المادة (87) - القانون المدني أردني.

(2) انظر المادة (103) - مجلة الأحكام العدلية.

(3) انظر المادة (168) - مرشد الحيران.

الإرادتين، ولكن عدم إثبات أثر هذا التوافق في المعقود عليه لا ينشئ الالتزام، وحيث إن تعريف العقد في القانون المدني الأردني ينتمي إلى المذهب المادي؛ فإننا نجد أن هذا التعريف لا يوفر الغطاء القانوني للأوامر التغييرية، ولا يتوافر فيها ركن الرضا الممثل بالإيجاب والقبول، الصادر عن المتعاقدين للعقد الأساسي لتنفيذ المشروع، فيجب أن يتوفر ركن الإيجاب والقبول الجديد على الأمر التغييري عند استحداثه، وهذا يتطلب توافق الإرادتين على تنفيذ الأمر التغييري؛ لأن إدراج شرط في العقد يلزم المفاوض بالقبول بتنفيذ محل جديد أو تعديل محل العقد الأساسي؛ لا يحقق ركن الرضا الواجب توافره لصحة هذا الالتزام.

المطلب الثاني: الوعد بالتعاقد في الأوامر التغييرية

لقد بينا في المطلب السابق أن الأوامر التغييرية في عقد التشييد (FIDIC 99) لا يتوفر فيها ركن الرضا المتمثل بالإيجاب الصادر عن كلا المتعاقدين صاحب العمل والمفاوض، وفقا للمذهب المادي، على العكس من المذهب الشخصي، الذي جعل ركن الرضا متحققا في هذه الأوامر التغييرية باعتماده على الرابطة الشخصية دون الأثر في المعقود عليه، لذا، فإنه وفق القوانين والبيئات التشريعية، التي تبنت هذا المذهب؛ نستطيع القول: إن هذا الركن متحقق في الأوامر التغييرية، حيث إن قبول المفاوض بشروط عقد التشييد (FIDIC 99) والذي من ضمنه الأوامر التغييرية؛ يفى بالغرض لإتمام ركن الرضا، وهذه البيئات التشريعية، كما ذكرنا سابقا، هي المدرسة اللاتينية، والقانون الإنجليزي، حيث إن نشأة عقد (FIDIC 99) كانت في هذه البيئات التشريعية، لذا، فإنه استمد شروطه والغطاء القانوني له من هذه التشريعات، ولكن تطبيق هذا العقد في البيئات التشريعية الأخرى، والتي تبنت المذهب المادي، لا يوفر ركن الرضا في الأوامر التغييرية للأسباب التي ذكرناها في المبحث السابق، ولهذا، نجد أن الفقه الإسلامي وما تبناه من تشريعات قانونية حديثة، ومنها القانون المدني الأردني؛ لا يتحقق فيه ركن الرضا في الأوامر التغييرية؛ حيث إن

قبول المقاول شروط عقد (FIDIC 99) بما فيها الأوامر التغييرية؛ لا يكفي لتحقيق هذا الركن بسبب عدم وجود أثر للمعقود عليه وهو المحل.

ولهذا، فقد تابعنا بحثنا عن التأصيل القانوني لهذا النوع من أنواع التعاقد وهو الأوامر التغييرية من حيث ركن الرضا في التشريعات المنتمية للمذهب المادي، حيث إن هذه الأوامر يتحقق فيها الإيجاب الصادر من صاحب العمل، دون وجود المعقود عليه وقت التعاقد، لذا، فبالرجوع إلى الحالات الخاصة في الإيجاب؛ وجدنا أن الوعد بالتعاقد ينطبق من حيث المبدأ على هذه الحالة، وقد ذكرنا سابقاً في الفصل الماضي أن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي، لذا، فقد توقفنا عند هذه الحالة الخاصة من الإيجاب لدراستها، وبيان مدى تطابق هذا المبدأ مع الأوامر التغييرية، وهل من الممكن عدّ الأوامر التغييرية وعدا بالتعاقد أم لا؟

بيّنّا في الفصل الماضي مدى وجوب الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي، وقد وجدنا أن الفقهاء الإسلاميين اختلفوا من حيث وجوب الوعد بالتعاقد من عدمه، فكان رأي جمهور الفقهاء من أحناف وشافعية وحنابلة وبعض المالكية أنه ليس واجباً⁽¹⁾، والذي تبنته أيضاً مجلة الأحكام العدلية وكتاب مرشد الحيران⁽²⁾، إلا أن القسم الآخر من الفقهاء رأوا وجود الوفاء بالوعد، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، حيث أخذ بالوجوب المطلق للوعد بالتعاقد⁽³⁾، لذا، فإنه إذا انطبقت أركان الوعد بالتعاقد على الأوامر التغييرية؛ فإن هذا يعني تحقق ركن الرضا في هذه الأوامر، وبالتالي، نشوء الالتزام تجاه المقاول للقيام بها، أما في حال عدم تحققها؛ فهذا يعني عدم تحقق ركن الرضا فيها،

(1) الإسلامبولي، أحمد محمد خليل "حكم الوعد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، عدد 2 ص 49

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - المادة 92.

(3) القانون المدني الأردني - المادة 92 "صيغة الاستقبال التي تكون بصيغة الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزماً إذا انصرف إليه قصد العقدين".

وأن المقاول غير ملزم للقيام بها.

وبالرجوع إلى هذه الأركان، نجد أن الاتفاق بين المتعاقدين يجب أن يتوافر فيه أركان وقت الوعد كافة، وجاء ذلك صراحة في القانون المدني الأردني، إذ نص على أنه عند الاتفاق على إبرام عقد معين في المستقبل؛ فإن هذا العقد لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها⁽¹⁾، ولما كانت الأوامر التغييرية لا يتم إصدارها إلا خلال مدة تنفيذ المشروع⁽²⁾، فإن هذا يحقق شرط تحديد المدة التي يجب إبرام الوعد بالتعاقد فيها، ويبقى لدينا تعيين جميع المسائل الجوهرية، وهنا، نقف عند هذا الشرط الذي أوجبه المشرع الأردني لتحقيق إلزامية الوعد بالتعاقد؛ لنرى إذا ما كان ينطبق على الأوامر التغييرية بصفتها المدرجة في عقد التشييد (FIDIC 99) أم لا، وبالرجوع إلى عقد التشييد (FIDIC 99)؛ فإننا نجد أن الأمر التغييري يشتمل على تغييرات متعددة من الممكن أن تطرأ على أعمال العقد الأساسي، أو أعمال إضافية يتطلب تنفيذها⁽³⁾، وإن هذه التغييرات والأعمال الإضافية لم يتم تعيينها بالذات، أو تعيين المسائل الجوهرية فيها، ويرجع ذلك إلى أن هذه التغييرات لا يكون لدى المهندس أو صاحب العمل علم بها، فلو كان كذلك لأضيفت إلى العقد الأساسي، وإنما هي أعمال غير معلومة، يدرج صاحب

(1) القانون المدني الأردني المادة 105:

- 1 - الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.
- 2 - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.
- (2) المادة (1/13) عقد التشييد (99) "بإمكان المهندس في أي وقت قبل صدور شهادة تسلم الأشغال أن يبادر بإحداث تغيير في الأشغال".
- (3) انظر المادة (1/13) من عقد التشييد (FIDIC 99).

العمل في العقد شرطا يلزم به المقاول بتنفيذها في حال رغبته بذلك، وبهذا تكون الأعمال غير محددة، والمسائل الجوهرية فيها غير معينة، مما يعني أن الشرط الثاني الواجب توافره لإتمام أركان الوعد بالتعاقد، وتحقيقه في الأوامر التغييرية غير موجود، فلا يمكن عدّ الأمر التغييري الوارد في عقد (FIDIC 99) وعدا بالتعاقد، ويلزم المقاول بتنفيذ الأعمال التي يطلبها صاحب العمل بحجة أن المقاول قد قبل بشروط العقد، بما فيها الشرط المتعلق بإلزامه بتنفيذ أي أمر تغييري يطلبه صاحب العمل، حيث إن هذا الشرط لا يحقق شروط الوعد بالتعاقد؛ لأن الأعمال المراد تنفيذها من المقاول غير معين فيها المسائل الجوهرية.

وكما ذكرنا أيضا في المطالب السابق؛ فإن هذا القبول لا يحقق ركن الرضا في صحة التعاقد في الأوامر التغييرية، وبهذا، فإننا، في ظل وجود بيئة تشريعية تنتمي إلى المذهب المادي في تعريفها مفهوم العقد وشروطه، نجد أنه الأوامر التغييرية لا تعدّ ملزمة للمقاول للقيام بتنفيذها وفقا للقبول الذي تم على العقد الأساسي، وإنما تتطلب قبولا جديدا صادرا من المقاول، وخالية من أي عيب من عيوب الرضا لإنشاء التزام جديد متعلق بتغيير أعمال العقد الأساسي، أو تنفيذ أعمال إضافية، وهذا الحال هو ذاته لو نعدّ الأمر التغييري وعدا بالتعاقد وليس تعاقدًا كاملاً، وأنه ينشأ التزاما تجاه المقاول، إلا أن شروط الوعد بالتعاقد أيضا لا تتحقق في ظل غياب تعيين المسائل الجوهرية للتغيير أو العمل الإضافي.

المبحث الثاني: المحل في الأوامر التغييرية

بعد أن قمنا ببيان مدى توافر ركن الرضا في الأوامر التغييرية وفقا للتشريعات المختلفة؛ تبين تحققه في تشريعات، وعدم تحققه في تشريعات أخرى، لذا، فإننا في هذا الفصل سنتابع دراستنا للركن الثاني من أركان صحة العقد، وهو ركن المحل؛ لنرى مدى تحققه في هذه الأوامر، وحيث

إننا في الأوامر التغييرية أمام عقد مقاولة، لذا، فإن دراستنا لهذا الركن كانت وفقا لأحكام المحل في عقد المقاوله، والذي بيناه في الفصل السابق، ولهذا، فقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: العمل في الأوامر التغييرية، والمطلب الثاني: الأجر في الأوامر التغييرية.

المطلب الأول: العمل في الأوامر التغييرية

تحدثنا في الفصل السابق عن عقد المقاوله وأركانه، وبيننا أن كلا من ركن الرضا والسبب لا شيء إضافيا فيهما للتحدث عنه سوى ما تم بيانه في القواعد العامة للعقد، وقد بينّا في المبحث الأول التكييف القانوني للأوامر التغييرية من حيث ركن الرضا، أما ركن المحل؛ فإن محل عقد المقاوله محل مزدوج في عقد المقاوله، فالتزامات المقاول هي العمل الذي تعهد بتأديته بموجب عقد المقاوله، والتزامات صاحب العمل هي الأجر الذي يدفعه مقابل العمل⁽¹⁾، وبالتالي، فإن محل الأمر التغييري محل مزدوج بالعمل والأجر، أما الأجر؛ فسيتم الحديث عنه في المطلب الثاني، وأما العمل، فنتحدث عنه في هذا المطلب.

وبالرجوع إلى المادة 1/13 من عقد التشييد (FIDIC 99)، فإننا نجد أنها قد حددت العمل

الذي سيثتمله الأمر التغييري، فهذا العمل يكون⁽²⁾:

- أ- "تغيرات في الكميات لأي بند من بنود الأشغال المشمولة في العقد.
- ب- تغيرات في النوعية أو الخصائص الأخرى، لأي بند من بنود الأشغال.

(1) السنهوري "الوسيط - العقود الواردة على العمل" المجلد (1) - ج 7 ص 36

(2) انظر المادة 1/13 - عقد التشييد (FIDIC 99).

ت-تغيرات في المناسيب أو الأماكن أو الأبعاد لأي جزء من الأشغال.

ث- إلغاء أي من الأشغال.

ج- تنفيذ أي عمل إضافي، أو تقديم تجهيزات أو مواد أو خدمات تلزم الأشغال الدائمة، أو عمل

مجسات واختبارات أو أعمال استكشافية.

ح- تغيرات في تسلسل تنفيذ الأشغال أو توقيتها"

ونجد أن هناك اختلافا في نوع العمل في الأوامر التغييرية، فإما أن يكون هذا الأمر التغييري ينصب على: 1-تعديل في الكميات، أو النوعية، أو المناسيب والأبعاد، أو التسلسل في الأعمال. وإما أن يكون: 2-عملا إضافيا. أو 3-إلغاء أي من الأعمال، وقبل أن نتوقف عند كل نوع من أنواع الأوامر التغييرية التي وردت في عقد التشييد (FIDIC 99)؛ فإنه من المهم بيان طبيعة العمل في الأمر التغييري، وكما تحدثنا سابقا؛ فإن القانون المدني الأردني لم يكتفِ بالقواعد العامة ليتم تطبيقها على محل عقد المقاولة، بعكس القانون المدني المصري، والذي تركها للقواعد العامة، حيث جاء في القانون المدني الأردني أن عقد المقاولة "يجب أن يتم وصفه وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازهِ، وكذلك تحديد ما يقابله من بدل"⁽¹⁾، وهنا، نجد أن هذه المادة هي قاعدة أمر، يجب على عقد المقاولة الالتزام بمتطلباتها، وفي حال مخالفة العقد لها أو عدم التقيد بهذه المتطلبات؛ فإن العقد مآله البطلان⁽²⁾، و هذا التقيد مصدره الفقه الإسلامي، بحيث يعدّ عقد المقاولة الذي يكافئه عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي من أنواع العقود التي يتم التعاقد على محلها في المستقبل، وتم إجازتها استثناء عن الأصل، ولهذا، فقد وضعت قيود مشددة على إجازة

(1) القانون المدني الأردني - المادة 782.

(2) - القواعد الآمرة: هي تلك القواعد التي تجبر الأفراد على اتباعها واحترامها، ولا يجوز للأفراد أن يتفقوا (~)

هذا الاستثناء في الفقه الإسلامي⁽¹⁾، وكل ذلك في سبيل تجنب الغرر؛ لما له من آثار سلبية كبيرة على استقرار التعامل.

وهذا أيضا مما التزم به المشرع الأردني، فقد حافظ على هذا التشدد لضمان تجنب حدوث الغرر في عقود المقاول، وخالف بذلك التشريعات الأخرى، مثل القانون المدني المصري، الذي لم

(~) على ما يخالف حكمها، وكل اتفاق بين الأفراد على مخالفة أحكامها يعد اتفاقا باطلا لا يعتد به؛ لأن هذا النوع من القواعد القانونية يتولى تنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع، ولذلك، فإنه لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإرادة الفرد.

- القواعد المكملة: هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها؛ لأنها لا تصل بالمصلحة العامة للجماعة، بل تتعلق بالمصلحة الخاصة للأفراد، لذلك، أثر المشرع أن يترك لهم حرية تدبير مصالحهم ولو على نحو مخالف لما تقضيه القاعدة المكملة التي وضعها المشرع.

- معايير التفرقة بين القواعد الأمرة والمكملة: توصل الفقه إلى معيارين يمكن التحويل على أحدهما أو عليهما مقابل التوصل إلى طبيعة القاعدة أمرة أم مكملة:
- المعيار اللفظي: يعتمد في التعرف على نوع القاعدة القانونية من خلال عبارات النص وألفاظه، فقد يصاغ نص القاعدة بألفاظ وعبارات يفهم منها بوضوح ما إذا كانت القاعدة أمرة أم مكملة، ويعدّ المعيار اللفظي معيارا جامدا؛ لأنه يحدد طبيعة القاعدة تحديدا لا يتم بذل أي مجهود أو سلطة تقديرية فيه، حيث يتم التعرف على القاعدة الأمرة من العبارات المستخدمة في نص القاعدة، مثل: لا يجب، لا يجوز، يلزم، يقع باطلا، كل ما يخالف، باطل ولو برضاه،..... إلخ.
- المعيار المعنوي: إن صياغة القاعدة القانونية قد لا تبين على صفتها الأمرة أو المكملة، فيلزم في هذه الحالة البحث عن معيار آخر يمكن عن طريقه التوصل إلى نوع القاعدة، وهذا هو المعيار المعنوي، وهذا المعيار ليس حاسما كالمعيار اللفظي أو المادي، فهو تقديري مرن، يساعد إلى حد بعيد على تحديد القاعدة ذاتها.

وفي ظل توفر المعيار اللفظي في نص المادة 782، حيث إن المادة بدأت بعبارة "يجب"؛ فإنه يستدل من خلالها على أن هذه القاعدة أمرة، ومخالفتها تعني بطلان العقد.

(1) انظر: المادة 465 من كتاب مرشد الحيران: "يجوز الاستصناع في كل ما جرى به التعامل، ويشترط في الصحة بيان جنس المصنوع وقدره وحقه.

يدرج نصاً صريحاً للمحل في عقد المقاولة وتركه للقواعد العامة، والتي بيّنا مفادها في الفصل السابق.

ونجد أنه بالرغم من وجود نص المادة 782 في القانون المدني الأردني، والتي تنص صراحة على متطلبات أمره يجب توافرها في عقود المقاولات، إلا أن تلك العقود الدولية ومنها عقد التشييد (FIDIC 99)؛ لا تأخذ بعين الاعتبار عند وضع قواعدها ملاءمة التشريعات القانونية المختلفة كافة، لذلك، فإن من واجب تلك التشريعات مقارنة هذه العقود بتشريعاتها النازمة، والأخذ بما يتلاءم معها، وإقصاء المتعارض منها.

وبالرجوع إلى أنواع العمل في الأوامر التغييرية؛ فإنها تنطوي على ثلاثة أمور تغييرية: التغييرات، وإلغاء، وإضافة. وسنعرض إلى كل نوع على النحو الآتي:

أولاً: التغييرات

إن للتغييرات التي ورت في المادة 1/13 من عقد التشييد (FIDIC 99) أنواعاً مختلفة، فمن الممكن أن تكون تغييرات ترد على الكميات، أو النوعية والخصائص، أو المناسيب والأبعاد، أو التسلسل في الوقت:

- التغيير في الكميات لأي من الأشغال⁽¹⁾: ذكرت الفقرة أ من المادة 1/13 من عقد التشييد

(FIDIC 99) أن الأمر التغييرية يشمل على: "أ- تغييرات في الكميات لأي بند من بنود الأشغال

(1) وفقاً للتعريف الواردة في عقد التشييد الفيديك 99:

- الأشغال "WORKS" : 8/5/1/1 "تعني الأشغال الدائمة والأشغال المؤقتة، أو أي منها حسبما هو مناسب"
- الأشغال المؤقتة "TEMPORARY WORKS" 7/5/1/1 "تعني جميع الأشغال المؤقتة من كل نوع (باستثناء معدات المقاول) التي يقتضي وجودها في موقع تنفيذ الأشغال الدائمة وإنجازها، وإصلاح أية عيوب فيها"
- الأشغال الدائمة "PERMANENT WORKS" 4/5/1/1 "تعني الأشغال التي سيتم تنفيذها بموجب العقد"

المشمولة في العقد (إلا أن مثل هذه التغييرات لا تشكل أمراً تغييرياً بالضرورة)،" حيث إنه في المشاريع الإنشائية، وعندما يكون نوع العقد المستخدم في التعاقد هو المقايسة (Re-Measure)⁽¹⁾؛ فإن العقد يشتمل على جدول الكميات التي سيتم تنفيذها في المشروع، ويحتوي هذا الجدول على أجر كل عمل سوف ينفذ بالإضافة إلى كميته، كما يبين مقدار كمية كل عمل من الأعمال المراد تنفيذها وفقاً للوحدة التي تقاس بها، مثل: (متر مربع، ومتر مكعب، ومتر طولي، وطن، ووحدة،.....إلخ)، ويكون هناك سعر لكل وحدة قياس، ولكن، عندما يبدأ بتنفيذ هذه الأعمال؛ قد تطرأ زيادة أو نقصان على هذه الكميات، فإذا كانت هذه الزيادة طفيفة وليست جسيمة، فإن المقدار الواجب تعيينه في عقد المقاول لا يبطل الأمر التغييري، وإن لم يكن مطابقاً بصورة كاملة لما تم الاتفاق عليه في العقد الأساسي؛ لأن تعيين المحل يكون تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، والتي يبطل معها العقد إن وجدت⁽²⁾، أما الجهالة الطفيفة؛ فلا يبطل معها العقد.

ولكن، في حال كانت هذه الزيادة أو النقصان كبيرة وليست طفيفة؛ فنحن هنا أمام جهالة فاحشة، واختلاف قدر المحل اختلافاً فاحشاً يبطل معها الأمر التغييري، وذلك وفقاً للقواعد العامة للعقد، وكذلك عقد المقاولة في القانون المدني الأردني⁽³⁾.

(1) انظر: الصفحة (45).

(2) القانون المدني الأردني المادة 161:

"1- يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو نحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة.

2- وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين؛ فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر.

فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً."

(3) القانون المدني الأردني المادة - (161) والمادة (782).

وعند السؤال عن المعيار الواجب اتباعه في هذه الزيادة، لمعرفة كونها زيادة فاحشة أو زيادة طفيفة؛ فإننا نجد عقد التشييد (FIDIC 99) قد وضع معايير حسابية لهذه الزيادة، ففي حال انطبقت هذه المعايير على اختلاف الكمية بالزيادة أو النقصان؛ فيعدّ هذا العمل حينها أمراً تغييرياً، وينطبق عليه ما ورد في المادة 1/13 من عقد التشييد⁽¹⁾، وإن لم تنطبق هذه المعايير؛ فتعدّ هذه الزيادة أو النقصان طفيفة لا تشكل جهالة فاحشة في المحل. إذن، فمن الممكن أن يشكل اختلاف الكميات في الأعمال أمراً تغييرياً في حال كانت زيادتها أو نقصانها فاحشاً وفقاً للمعايير التي نص عليها عقد التشييد (FIDIC 99)، ومن الممكن ألا تكون كذلك في حال عدم مطابقتها لهذه المعايير، وفي الحالة الأولى؛ فإن ركن المحل غير محقق في العلاقة العقدية الواردة على تنفيذ هذا العمل، وتحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين، وفقاً لمقدار المحل الجديد، ووفقاً للقانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين. أما القانون المدني المصري؛ فإن الزيادة في المقدار أو النقصان سواء أكانت فاحشة أم طفيفة؛ فإن المحل صحيح، لأن المقدار يكتفي منه بأن يتضمن العقد ما يستطيع به تعيينه⁽²⁾، وحيث إن جدول الكميات يحتوي على وحدة كل عمل؛ فهي أداة لتحديد مقدار العمل، فلو

(1) عقد التشييد (FIDIC 99) - المادة 12 / 3 فقرة أ "ومع ذلك، فإنه يلزم تحديد سعر وحدة مناسب جديد لبند ما من الأشغال:

1- إذا اختلفت الكمية المكالة لهذا البند بما يزيد على (١٠%) من الكمية المدونة في جدول الكميات أو أي جدول آخر.

2- كان حاصل ضرب التغير في الكمية بسعر الوحدة المحدد في العقد لهذا البند، يتجاوز (0,01%) من قيمة العقد المقبولة".

3- كان لاختلاف الكمية هذا أثر مباشر على تغيير كلفة الوحدة لهذا البند بما يزيد على (1%).

4- أو أن هذا البند لم تتم الإشارة إليه في العقد على أنه بند "بسر ثابت".

(2) القانون المدني المصري - المادة 133.

زادت الكمية أو نقصت، فإن محل العقد يبقى صحيحا.

- تغيير في المناسيب والأماكن والأبعاد لأي جزء من الأشغال:

وهنا، نجد في هذا النوع من الأوامر التغييرية تغيرا في وصف المحل، ووصف المحل، هنا، يتمثل في مناسيب الأعمال⁽¹⁾ أو الأماكن و/أو الأبعاد لهذه الأعمال، ففي حال التغيير في هذا الوصف، وذلك بتغيير مناسيب الأعمال الإنشائية بزيادة ارتفاعاتها أو نقصانها، أو تغير مكان هذه الأعمال أو أبعادها الهندسية؛ فإن وصف المحل الجديد لا ينطبق عليه القبول الوارد على الوصف المذكور في العقد الأساسي وقت التعاقد، وبذلك، فإن ركن المحل غير محقق أيضا في العلاقة التعاقدية الواردة على تنفيذ هذا العمل، ونحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين وفقا لوصف المحل الجديد، وذلك وفقا للقانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي. أما القانون المدني المصري؛ فإننا نجد أن شروط تعيين المحل تكون في النوع والمقدار، وحيث إن الاختلاف هنا في وصف المحل؛ فإن هذا لا يؤثر في محل العقد، ويبقى صحيحا.

- تغير في النوعية أو الخصائص الأخرى لأي عمل من الأشغال:

إن هذا النوع من أنواع الأوامر التغييرية هو تغيير في نوع المحل وخصائصه، ففي العقود

(1) الصيام - يوسف "تقنية مدنية" الفصل الخامس ص73 المناسيب الهندسية: ويطلق عليها الميزانية الهندسية، وهي عملية مساحية لقياس الأبعاد الرأسية للنقاط على الأرض، ويتم إيجاد البعد الراسي بين النقاط إما بالمقارنة بالنسبة لبعضها، أو بالنسبة لمستوى ثابت يطلق عليه اسم (مستوى المقارنة). والمناسيب الهندسية هي التي يتم تحديدها خلال تعيين الأعمال، حيث يكون لهذه الأعمال ارتفاعات محددة وفقا لهذه المناسيب، يتم تنفيذ البناء وفقا لها، وفي حال اختلافها؛ فإن وصف العمل يختلف معها، وكذلك أيضا مقدار العمل.

الإشائية نجد أنها في معظمها تحتوي على مواصفات فنية⁽¹⁾ للأعمال المراد تنفيذها، كأن يتم

(1) ويكيبيديا - عقود التشييد - مستندات عقد التشييد - المواصفات وأنواعها "تحتوي المواصفات على جميع الشروط والمواصفات الواجب توافرها في المواد المستخدمة في صناعة التشييد، كما تحتوي على أسس الصناعة وأساليب القياس، والمقادير القياسية التي تُعد أساسا للحكم على صلاحية العمل. فالمقصود من المواصفات في عقود التشييد: هي مجموعة الاشتراطات والتوصيات التي يتم كتابتها وتوثيقها للرجوع إليها عند أعمال التنفيذ والتسليم.

تُعد المواصفات أحد مستندات العقد الرئيسية، ويُعبر عنها كاشتراطات عامة في صورة المواصفات العامة، أو كاشتراطات خاصة في صورة مواصفات خاصة بالمشروع. ونظرا إلى أن مواصفات المشروع من مسؤوليات المهندس المصمم (المعماري والإشائي)؛ فإن ذلك يتطلب إلماما واسعا واطلاعا مستمرا، وقدرة على كتابة المواصفات بطريقة واضحة ودقيقة وسهلة الفهم، وهذا يُحتم على من يقوم بكتابة المواصفات أن يكون على دراية بكل ما هو جديد في عالم الإنشاء والتشييد. وأن يكون مطلعاً على صفات المواد وخصائصها، وما بها من مميزات وعيوب، وكذلك أسعارها. كما يجب أيضا أن يكون ملماً بأنواع المعدات وإنتاجيتها، وخصائصها وتكلفة التشغيل، والصيانة، ومميزات وعيوب استخدام هذه المعدات في ظروف وطبيعة المشروعات المختلفة.

أنواع المواصفات:

- مواصفات تقنية: "وهي المواصفات التي تحدد أسلوب التنفيذ، والتقنيات الواجب استخدامها في ذلك. وعادة ما يتم تصور كامل لتنفيذ البنود المختلفة حسب المواصفات التي يضعها المهندس المصمم، وفي إطار الاشتراطات العامة، مثل: أعمال الحفر، والخرسانات، وأعمال العزل، وأعمال الكهرباء... وهكذا."
- مواصفات الأداء: "والمقصود بذلك المواصفات الواجب أن يكون عليها البند بعد إنجازه، بمعنى أن يكون في صورة مرضية، ويؤدي الغرض منه بكفاءة. في هذا النوع من المواصفات قد يُترك للمقاول اختيار أسلوب التنفيذ والتقنية المناسبة، على أن يضمن تحقيق جميع الاشتراطات والمواصفات، وتحمل أي أعمال تخالف ذلك عند التسليم، واختبار الأعمال المنفذة، وهذا يعطي مرونة للمقاول في استخدام ما يراه مناسباً من تقنيات وأسلوب تنفيذ من واقع خبرته في العمل بهذا المجال."
- مواصفات المواد والعمالة: "هي المواصفات التي تحدد أنواع وصفات المواد المستخدمة، سواء الصفات الطبيعية أو الميكانيكية للمادة، بالإضافة إلى اشتراطات النقل والتداول والتخزين والتركييب.
- أما العمالة؛ فتوضع لها بعض الاشتراطات، من ناحية مستوى الخبرة المطلوبة، ومستوى الأداء، وبخاصة الأعمال التي تحتاج دقة عالية في الأداء، مثل: أعمال اللحام، وبعض أعمال التركيبات الميكانيكية، ومن حق المالك أو من يمثله إجراء الاختبارات اللازمة للتأكد من توافر المهارات المطلوبة لدى المرشحين للقيام بهذه الأعمال، ومن لم تثبت جدارته يتم استبداله بمعرفة المقاول وتحت مسؤوليته."

تحديد نوع الباب المطلوب تركيب مواصفاته الفنية⁽¹⁾ في العقد الأساسي، ومن ثم يتم تغيير هذا

(~) - المواصفات المحددة: "المقصود بهذه المواصفات تحديد نوع معين من المواد أو العمالة والمعدات، وذكر ذلك في الاشتراطات والمواصفات. مع عدم السماح باستبداله ببديل مناسب. ويمكن في هذه الحالة ذكر اسم المادة أو المواصفات الخاصة بها، والتي لا تتوافر إلا في هذا النوع، وكثيرا ما تُستخدم هذه المواصفات في أعمال القطاع الخاص، بينما لا يفضل استخدامه في أعمال الحكومة والقطاع العام؛ حتى لا يكون أحد وسائل المحاباة أو العمل على تسويق أنواع معينة من المواد أو المعدات دون إيجاد المنافسة اللازمة بين الموردين."

- المواصفات المقترحة: "هي المواصفات التي يجب توافرها في المواد المُستخدمة دون التقييد بنوع معين، بحيث يعطي للمقاول حرية التعامل مع أي من الموردين، بشرط توافر هذه المواصفات فيما يتم استخدامه من المواد. وفي بعض الحالات قد يضطر المهندس إلى تحديد نوع معين من المواد لتحقيق جودة خاصة، مع إعطاء المقاول فرصة لتغيير ما تم تحديده من مواد في إطار الصفات المذكورة، وذلك لرفع درجة المنافسة بين الموردين، وبالتالي تقليل الأسعار. وفي حالة وجود أي خلافات بين المالك والمقاول يتم اللجوء إلى الاستشاري لإبداء الرأي."

- المواصفات القياسية: "وهي المواصفات التي توضع من قبل الهيئات المتخصصة والمسؤولة عن تنفيذ بعض المشروعات الخاصة، مثل هيئة الطرق والكباري، حيث تقوم بوضع المواصفات القياسية لتنفيذ بنود تشييد أعمال الطرق والكباري، وقد توضع هذه المواصفات من قبل النقابات المهنية."

(1) مثال على مواصفات مطلوبة لتركيب باب خشبي: "تقديم وتركيب أبواب منجور كبس داخلية، كبس من خشب سويد سماكة صافية 4.5 سم، مع معاكس زان سماكة (5) ملم، مكبوس من الجهتين على براويز سويد (4.5*10) سم، ضمن حشوات خشب أبيض (3.5 * 3.5) سم حسب المقاسات والتفاصيل الواردة على المخططات، والحلق من الصاج المدهون حراريا بالإيبوكسي لا يقل عن 2 ملم، ولكامل عرض الجدار مضافا إليه ما يلزم لأغراض القسارة وبلاط السيراميك إن وجد، ويتم تثبيت الحلق بواسطة كانات حديدية لا يقل طولها عن (12) سم، والسعر يشمل كذلك الكشفات من خشب الزان ويعرض (7) سم، وسماكة (1.5) سم، وستويات كاوتشوك مع ستيل ذهبي، ويشمل أيضا تقديم وتركيب زرافيل سلندر أو إشارة من صنف أول، والأيدي من نوعية ذات جودة عالية، ويشمل كذلك تلبيس درفات الأبواب ببيلاستيك صلب سماكة (0.9) ملم Hard (PVC) على وجهين، والدهان سلر ولكر للبرواز والحلق والكشفات والحروف الظاهرة من خشب الزان ثلاثة وجوه، بالإضافة لوجه التأسيس والمعجنة، والحف والتفقد والدهان من نوعية جيدة ومقبولة لدى المهندس، ويشمل السعر أيضا تقديم وتركيب صفائح من الألومنيوم سماكة (1.5) ملم، وارتفاع 30 سم لحماية المنطقة السفلية للباب (كيكور)، ومع تقديم تركيب فتحة لوفر في أسفل الباب للأبواب الموضحة على المخططات إن وجدت، وبالأقيسة والأبعاد الواردة على المخططات، مع التثبيت مع تقديم فتحة زجاج مقوى مثبت عذرفة الباب الموضحة على المخططات إن وجدت، وبالأقيسة والأبعاد الواردة على المخططات، وكل ما يلزم لإنهاء العمل على أكمل وجه حسب المواصفات والمخططات وبموافقة المهندس."

النوع بمواصفة أخرى، فهنا، نجد أن المحل الجديد الذي لا ينطبق عليه النوع الوارد على المحل المذكور في العقد الأساسي وقت التعاقد، وبذلك، فإن ركن المحل غير محقق في العلاقة التعاقدية الواردة على تنفيذ هذا العمل، وتحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين وفقا لنوع المحل الجديد، ووفقا للقانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي، ونجد هذا أيضا في القانون المدني المصري، حيث إن تعيين النوع شرط لصحة المحل، وبالتالي، الاختلاف فيه يعني عدم توافر هذا الشرط وبطلان المحل.

- تغيير في تسلسل تنفيذ الأشغال أو توقيتها:

نجد أن التغيير الوارد على تسلسل تنفيذ العمل أو توقيته لا يعد في أي من متطلبات تعيين المحل الواردة في المادة 782 من القانون المدني الأردني، حيث إن وصف المحل ونوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه، كلها لم تتأثر في تغيير تسلسل تنفيذ الأعمال أو إعادة برمجة توقيت تنفيذها، وبالتالي، فإن الأمر التغيير في هذا النوع لا يؤثر في المحل، ويبقى المحل معينا وفقا للعقد الأساسي، ويكون بذلك المحل هو المحل الوارد في العقد الأساسي نفسه، ويبقى محققا في العلاقة العقدية على تنفيذ هذا العمل، ولا يحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين.

ولكن السؤال الذي يدور هنا، في حال كان تغيير تسلسل العمل أو توقيته يؤثر في مدة الإنجاز؛ فهل يؤثر ذلك في متطلبات المحل؟ وبالرجوع إلى المادة 782 من القانون المدني الأردني؛ فإننا نجد أن مدة الإنجاز من متطلبات محل العقد، ففي حال تغييرها؛ فإن ركن المحل يصبح غير محقق في العلاقة التعاقدية الواردة على تنفيذ هذا العمل، ويحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين، لذا، فإنه إذا كان التغيير الحاصل في تسلسل العمل أو توقيته يؤثر في مدة الإنجاز⁽¹⁾؛ فإن ذلك يعني تعديلا

(1) عقد التشييد (FIDIC 99) (3/3/1/1) مدة الإنجاز: تعني المدة المحددة لإنجاز الأشغال أو أي قسم منها (~)

على المحل، ويتطلب إيجاباً وقبولاً جديدين، وفقاً للقانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين، أما في القانون المدني المصري؛ فإن مدة الإنجاز ليست من شروط المحل، وبالتالي، لا أثر لاختلافه في محل العقد.

أما لتحديد ما إذا كان التغيير في تسلسل العمل أو توضيحه يؤدي إلى تغيير مدة الإنجاز أم لا؛ فإن ذلك يتطلب دراسة فنية لبرنامج العمل⁽¹⁾ المعتمد لتنفيذ المشروع، وذلك عن طريق عمل تحليل زمني يبين ما إذا كان التغيير في التسلسل أو التوقيت قد أدى إلى تغيير مدة الإنجاز⁽²⁾ أم لا، فإذا أُجِد من خلال التحليل الزمني أن التغيير في تسلسل أو توقيت العمل لم يؤثر في مدة الإنجاز؛

-
- (~) (حسب واقع الحال) بموجب المادة (8/2) محسوبة من تاريخ المباشرة، كما يتم تحديدها في ملحق عرض المناقصة، مع أي تمديد لمدة الإنجاز يتم بموجب المادة (8/4).
- إن هذا تعريف مدة الإنجاز في عقد التشييد (FIDIC 99)، وهو المدة اللازمة لتنفيذ الأعمال المكونة للمشروع وإنهائه بالصورة المطلوبة.
- (1) برنامج العمل (المادة 3/8): "يتعين على المقاول أن يقدم للمهندس برنامج عمل زمني مفصل خلال (28) يوماً من تاريخ تسلمه إشعار المباشرة بموجب المادة (8/1)، كما يتعين عليه أيضاً أن يقدم برنامجاً معدلاً في أي وقت يتبين فيه أن البرنامج السابق لم يعد يتماشى مع التقدم الفعلي أو مع التزامات المقاول، على أن يشمل كل من هذه البرامج على ما يلي:
- أ- الترتيب الذي يعتزم المقاول تنفيذ الأشغال بمقتضاه، بما في ذلك التوقيت المتوقع لكل مرحلة من مراحل التصميم (إن وجدت)، وإعداد وثائق المقاول والشراء، وتصنيع التجهيزات، والتوريد إلى الموقع، والإنشاء، والتركيب والاختبار.
- ب- بيان أدوار المقاولين الفرعيين المسميين لكل مرحلة من مراحل العمل.
- ج- بيان تسلسل ومواعيد المعائنات والاختبارات المحددة في العقد.
- د- تقرير مساندة يتناول:
- الوصف العام لأساليب التنفيذ المنوي، واعتمادها لكل مرحلة رئيسية من مراحل التنفيذ.
 - بيان تقديرات المقاول المعقولة لإعداد أفراد المقاول، مصنفين حسب المهارات، وسجل معدات المقاول مصنفة حسب الأنواع، مما يلزم تواجده في الموقع لكل مرحلة من مراحل التنفيذ الرئيسية."
- (2) التحليل الزمني: (Time Impact Analysis TIA): هو أسلوب لتقدير الوقت يتم من خلال تحديد السبب، والتأثير الذي أدى إلى تغيير على المسار الحرج للمشروع (CRITICAL PATH)، والموجود في برنامج العمل. والهدف من تحليل تأثير الوقت تحديد المشكلة وتحديد علاقتها بالأنشطة أو التأخيرات السابقة من (~)

فهذا يعني عدم تأثر محل العقد، أما في حال تأثرت مدة الإنجاز؛ فهذا يعني تأثر محل العقد، ووجوب إتمام إيجاب وقبول جديدين للمحل الجديد.

ثانياً: إلغاء أي من الأشغال

اشتملت الأوامر التغييرية الوارد تعريفها في المادة 1/13 على الإلغاء الذي يقوم به صاحب العمل، فله الحق بإلغاء أي عمل من الأعمال المتعاقد عليها في العقد الأساسي، وهذا يعني فسخ العقد المبرم مع المقاول الخاص بهذا العمل من مجموع الأعمال المتعاقد عليها، وهنا، نجد أن الأمر التغييرية يعني شرط فاسخ للعقد وقد أجازته القانون المدني الأردني⁽¹⁾، وفي القانون المدني المصري، فقد أعطى الحق لصاحب العمل بأن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمام العمل⁽²⁾، ويتبين من نص المادة الواردة في القانون المصري أن لصاحب العمل أن يتحلل بإرادته من عقد المقاولة خلال الفترة الزمنية بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه، وأن شروط إمكانية تحلل صاحب العمل من العقد هي أن يكون العمل محل عقد المقاولة لم يتم، وأن يكون الطرف الذي

(~) أجل إثبات التأخير الذي يحدث على الجدول الزمني. Nbliteka Newspaper (Construction Management – Engineering)

- المسار الحرج (CRITICAL PATH): يتم تمثيل كل الأنشطة في المشروع طبقاً للعلاقات الموجودة بينها على المخطط الشبكي، في حين تمثل الأنشطة دوائر بينهما أسهم البداية والنهاية الخاصة بكل نشاط، والنشاط الحرج هو النشاط الذي لو حدث به تأخير أثناء التنفيذ فإنه يؤدي إلى تأخير المشروع كله بالمقدار نفسه، أما المسار الحرج؛ فهو المسار الذي يربط الأنشطة الحرجة، ويبدأ من بداية المشروع، وينتهي عند انتهاء المشروع، وهو أطول مسار من حيث المدة الزمنية في المخطط الشبكي على هذا المسار، ولا يوجد أي هامش زمني للمناورة في تنفيذ أي مهمة على المسار "ويكيبيديا- طريق المسار الحرج"
- (1) القانون المدني الأردني - المادة 179، 177.
- (2) القانون المدني المصري - المادة 663 الفقرة 1: "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقته من مصروفات وأنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل".

يتحلل من العقد صاحب العمل. فليس للمقاول حق في التحلل من العقد بإرادته المنفردة، وكذلك، أن يكون تحلل صاحب العمل راجعا إلى مشيئته هو، وليس لأي سبب آخر، مثل خطأ المقاول، وأخيرا؛ ألا يشترط المقاول على صاحب العمل عدم جواز التحلل من العقد؛ لأن حق صاحب العمل في التحلل ليس من النظام العام⁽¹⁾، وينطبق هذا الشرط في القانون المدني المصري في كل من المقابلة بأجر إجمالي (lump - sum)، والمقابلة بالأجر المقدر بالوحدة (re-measure)، ففي الحالتين يجوز التحلل، ولكن، ليس هذا الحال في القانون المدني الفرنسي، الذي لا يذكر هذا الشرط إلا للمقابلة بأجر إجمالي، وذكر بعض الفقهاء أنه لا يجوز التحلل إذا كان الأجر مقدرا بوحدة، والبعض الآخر أجاز التحلل في هذا العقد، وذلك بسبب أنها أقل رابطة لصاحب العمل، وأيسر عند حساب التعويض⁽²⁾، وبالطبع، فإن حق صاحب العمل بالتحلل يترتب عليه التعويض المستحق للمقاول عن جميع النفقات والمصروفات وما أنجزه من أعمال، وكذلك ما كان يستطيع كسبه لو أتم الأعمال، وللمحكمة السلطة بتخفيض التعويض في حال كانت الظروف تجعل من التخفيض عادلا⁽³⁾، وهذه المادة تتوافق مع حق صاحب العمل بإلغاء أي من الأشغال في المشروع الواردة في المادة 1/13 من عقد التشييك الفيديك (99).

(1) السنهوري، عبد الرزاق "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" - العقود الواردة على العمل، المجلد (7) - ص 244 - ص 247 .

(2) السنهوري، عبد الرزاق "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" - العقود الواردة على العمل، المجلد (7) - ص 247 - ص 248.

(3) القانون المدني المصري - المادة 664 - الفقرة (1): "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وأنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل".

- الفقرة (2): "على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر".

ثالثاً: تنفيذ أي عمل إضافي، أو تقديم تجهيزات أو مواد أو خدمات تلزم للأشغال الدائمة، أو عمل مجسات أو اختبارات أو أعمال استكشافية أخرى.

إن هذا النوع من الأوامر التغييرية هو إضافة محل جديد إلى العقد غير موجود بالأصل في العقد الأساسي، وهذا المحل يتمثل بأي من الأعمال الواردة في نص المادة 1/13 الفقرة (هـ)، فمن الممكن أن يكون أ. عملاً إضافياً. ب. تقديم تجهيزات أو مواد. ج. تقديم خدمات تلزم للأشغال الدائمة. د. عمل مجسات أو اختبارات أو أعمال استكشافية أخرى.

وهذه الأعمال لا وجود لها بالأساس في العقد الأساسي، ولم يتم تحديد أي وصف لها، أو نوع، أو كمية، أو مدة لإنجازها، وبالتالي، فإننا أمام محل غير معين بأي من متطلبات المادة (782) من القانون المدني الأردني⁽¹⁾، وبالرجوع إلى القانون المدني المصري؛ فإننا نجد أيضاً أن متطلبات المادة (133)⁽²⁾ أن يكون محل الالتزام غير المعين بذاته معيناً بنوعه، وهذا يعني أننا أمام محل ليس له أي أوصاف، وإنما هو شرط في العقد يتيح لصاحب العمل إلزام المقاول وأمره بأن ينفذ أي عمل إضافي، وليس للمقاول أن يرفض تنفيذه، إلا في حال عدم قدرته على الحصول على لوازم مطلوبة لتنفيذه، ومن الواضح أن هذا الشرط يخرج عن دائرة نظرية العقد بأركانها، فنحن أمام انعدام صريح لركن المحل، والذي من غير الممكن أن يقوم العقد من غيره، ومع أن القبول صحيح

(1) القانون المدني الأردني المادة 782: "يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل".

(2) القانون المدني المصري المادة 133.

"(1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً).

(2) -ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولا يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر؛ التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط).

في بعض المدارس الفقهية كما ذكرنا في المبحث السابق؛ إلا أننا نصطدم بعدم تعيين المحل أو حتى وجود قابلية للتعيين، مع العلم بأن المحل يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وقت التعاقد، وليس بعد انعقاد العقد.

إذن، فإن الأوامر التغييرية المتعلقة بأعمال إضافية ركن المحل فيها غير معين، وغير قابل للتعيين عند انعقاد العقد لتنفيذ هذه الأعمال، حيث إنها تحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين وفقاً لوصف المحل الجديد ونوعه ومقداره ومدة إنجازه.

وبهذا، نكون قد استعرضنا أنواع الأوامر التغييرية الواردة في المادة 1/13 من عقد التشييد (FIDIC 99) كافة، وذلك من خلال بيان تحقق الركن الأول للمحل والمتمثل بالعمل، وبيننا ما إذا كان هذا الركن معيناً، أو قابلاً للتعيين، أو غير ذلك، وإن عدم توافر هذا الركن يعني أن هذه الأعمال في حاجة إلى إيجاب وقبول جديدين على المحل الجديد، الذي ينتج عن الأمر التغييرية الصادر من صاحب العمل أو وكيله المهندس، يبقى لدينا أن نتحدث أيضاً عن الركن الثاني، وهو الأجر وبيان مدى تحقق هذا الركن في هذه الأنواع من الأوامر التغييرية.

المطلب الثاني: الأجر في الأوامر التغييرية

كما تحدثنا سابقاً، فإن الأجر هو المال الذي يلزم صاحب العمل بإعطائه للمقاول مقابل قيام المقاول بالعمل المعهود إليه، بحيث يكون هذا المال محل التزام صاحب العمل، والمحل الثاني في تكوين محل عقد المقاولة، والذي هو محل مزدوج يجمع بين العمل والأجر، وكذلك، فإن محل الأجر ينطبق عليه الشروط ذاتها الواجب توافرها في محل الالتزام، وذلك بأن يكون الأجر موجوداً ومعيناً، أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً، وقد بينا هذه الشروط في الفصل الماضي، ولكن، سوف نتطرق إليها بالتفصيل فيما يخص الأوامر التغييرية في هذا المطلب.

أولاً: وجود الأجر

تحدثنا سابقاً بأن أجر العمل يجب أن يكون موجوداً، وإلا، كان العقد من عقود التبرع وليس عقد مقابله، وبالرغم من أن الأجر ركن من أركان عقد المقابله؛ إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد، ولا يشترط حتى تحديد المتعاقدين له، وفي حال عدم تحديده؛ فإن القانون يتولى تحديده، وهذا بخلاف ركني التراضي والعمل، حيث إنه لا شأن للقانون بتحديدهما، ويجب توافرها وفقاً لما بيناه في المباحث السابقة.

لذا، فإنه يكفي بأن يكون العمل الذي نفذه المقاول ما كان ل يتم إلا لقاء أجر يقابله، حتى أنه يفترض أن هناك اتفاقاً ضمناً على وجود الأجر⁽¹⁾، وإن قيام المقاول بتنفيذ أي أعمال لحساب صاحب العمل، بحيث يرد منه الإفصاح عن نيته بأن تكون هذه الأعمال على سبيل التبرع؛ فهذا يعني أن العمل الذي نفذه مقابل أجر حتى لو لم يتم تحديده، ولا يعد هذا العمل تبرعاً؛ لأن الأصل في العلاقة العقدية قيام الالتزام ببذل⁽²⁾.

ويستدل على ذلك بما ورد في القانون المدني الأردني، وفيه أنه في حال عدم تعيين أجر على العمل استحق أجر المثل⁽³⁾، وكذلك الأمر في مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾، ولا يختلف هذا الحال في

(1) السنهوري، عبد الرزاق "العقود الواردة على العمل" المجلد (1) - ج 7 ص 50-60.

(2) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2002/1085 - هيئة خماسية تاريخ 2002/4/6: "يعتبر عقد المقابله من عقود المعاوضة، يتعهد فيه المقاول القيام بعمل لحساب صاحب العمل مقابل أداء إقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 085 بدلا لذلك، وأنه ليس من عقود التبرع إلا إذا اتفق على ذلك، فإذا لم يحدد مقدار البذل فلا يعتبر العمل تبرعاً؛ لأن الأصل في العلاقة العقدية به قيام الالتزام بالبذل.

إذا كان من الثابت أن المدعي لم يقيم بالأعمال الإضافية التي قام بها متبرعاً، إذ لم يرد ما يفصح عن نيته بدل أجر بالتبرع للجهة المدعى عليها، لأن الثابت أنه أدى العمل المطلوب منه، وبما يدخل في نطاق مهنته وصنعتة، فإن ما يبني على ذلك في حال عدم تحديد البذل أن يكون المدعي مستحقاً لأجر المثل طبقاً لمؤدى المادة (796) من القانون المدني، التي حددت كيفية أداء البذل في حالة عدم الاتفاق عليه.

(3) القانون المدني الأردني - المادة (796): "إذا لم يعيم في العقد أجر العمل استحق المقاول أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل".

(4) مجلة الأحكام العدلية - المادة (564).

المدرسة اللاتينية، فقد جاءت قوانينها متوائمة مع مدرسة الفقه الإسلامي في هذا الخصوص⁽¹⁾، ولكن، يجب أن يتم التمييز بين أمرين في الأمر التغييري، الأمر الأول: هو أن يكون المتعاقدان قد عرضا الأجر ولم يتم الاتفاق عليه، والأمر الثاني: أن المتعاقدين لم يعرضوا الأجر أصلا، وتم السكوت عنه، ففي الأمر الأول؛ يكون هذا العقد باطلا؛ بسبب فقدانه أحد أركانه وهو الأجر. أما الأمر الثاني؛ فإن العقد يكون صحيحا، ويتكفل القانون بتحديد الأجر⁽²⁾، وهنا، نجد أن هناك فرقا كبيرا في هذا الأمر، لكن وجود الأجر وعدم الاتفاق عليه يعني أن محل العقد لم يرد عليه الإيجاب والقبول اللازمين لصحة العقد، وبالتالي، فإن البطلان هو مصيره، أما السكوت عليه، وعدم التطرق له، وتنفيذ العمل؛ فهذا يعد إيجابا وقبولا ضمنيا على وجوده، ويبقى تعيينه وفقا لأحكام القانون.

وبخصوص الأوامر التغييرية، فإن الأجر موجود فيها، على اختلاف أنواعها التي بينها بالتفصيل في المطلب السابق، حيث نصت المادة 3/13 من عقد التشييد الفيديك، على أن تقدير قيمة الأمر التغييري يتم بموجب أحكام الفصل الثاني عشر، أو أن يتم الاتفاق على الأجر⁽³⁾، والمادة 3/12 من عقد التشييد الفيديك حددت آلية تقدير قيمة البديل في الأوامر التغييرية، ويمر هذا الأجر في

(1) انظر: السنهوري، عبد الرزاق "العقود الواردة على العمل" المجلد (1) - ج 7 ص 156: "فكانت المادة 881 من هذا المشروع تنص على أنه: (إذا تبين من الظروف أن العمل المدعي بصنعه ما كان ليتم إلقاء أجر يقابله)؛ وجب افتراض أن هناك اتفاقا ضمنيا على أن يكون العمل بأجره. وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، وتم الاكتفاء بالقواعد العامة (1). ولما كان النص ليس إلا تطبيقا لهذه القواعد، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه".

- وأيضا المادة 631 - قانون الموجبات والعقود اللبناني: "يقدر اشتراط الأجر أو البديل في الأحوال الآتية - ما لم يقدّم دليل على العكس: أولا - عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل. ثانيا - إذا كان العمل داخلا في مهنة من يقوم به. ثالثا - إذا كان العمل تجاريا، أو قام به تاجر في أثناء ممارسة تجارته".

(2) السنهوري، عبد الرزاق "العقود الواردة على العمل" المجلد (1) - ج 7 ص 60.

(3) عقد التشييد الفيديك - المادة 3/13 ".....يتم تقدير قيمة كل "تغيير" بموجب أحكام "الفصل الثاني عشر"، إلا إذا أصدر المهندس تعليماته، ووافق على غير ذلك عملا بأحكام هذا الفصل"

مراحل متعددة في حال عدم قبول التقدير وفقا لما نصت عليه آلية التقدير، وهذه المراحل تبدأ بإصدار المهندس تقديراته⁽¹⁾، وفي حال رفضت هذه التقديرات من أي طرف من المتعاقدين؛ يلجأ حينها إلى مجلس فض النزاعات⁽²⁾

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (5/3) "حيثما تقتضي هذه الشروط أن يقوم المهندس بأعمال هذه المادة: لأغراض الاتفاق أو إعداد التقديرات، فإنه يتعين على المهندس أن يتشاور مع كل من الفريقين في مسعى جدي للتوصل إلى اتفاق. أما إذا لم يتوصل إلى اتفاق؛ فإنه يتعين على المهندس أن يعد تقديراته بصورة منصفة بموجب أحكام العقد، أخذا في الاعتبار كل الظروف ذات العلاقة، ثم يقوم المهندس بإشعار كل من الفريقين عن أي اتفاق أو تقديرات يتوصل إليها، مع التفصيلات المؤيدة. ويتعين على كل من الفريقين أن يلتزم بالاتفاق أو التقديرات الواردة في الإشعار، إلا إذا تمت (أو إلى أن تتم) إعادة النظر فيها بموجب أحكام "الفصل العشرين".

(2) عقد التشييد الفيديك - المادة (2/20) "يتم فض الخلافات من قبل مجلس فض الخلافات عملا بأحكام المادة (4/20)، ويتعين على الفريقين أن يقوموا بتسمية أعضاء المجلس بصورة مشتركة ضمن المدة المحددة في ملحق عرض المناقصة، ويتكون "المجلس" من عضو واحد أو ثلاثة أعضاء كما هو محدد في ملحق عرض المناقصة من أشخاص ذوي تأهيل مناسب (الأعضاء)، وإذا لم يكن قد تم تحديد عدد "الأعضاء"، ولم يتم الاتفاق من الفريقين على ذلك؛ فإن العدد يعد ثلاثة. إذا كان "المجلس" يتكون من ثلاثة أعضاء يقوم كل فريق بتسمية عضو واحد للحصول على موافقة الفريق الآخر عليه، ومن ثم يقوم الفريقان بالتشاور مع العضوين المعيّنين للاتفاق على العضو الثالث، الذي يتم تعيينه رئيسا للمجلس.

على أنه إذا كانت هنالك قائمة أعضاء مرشحين مشار إليها في العقد، فإنه يتم اختيار أسماء الأعضاء من بين الأسماء الواردة فيها، باستثناء أي شخص غير قادر أو غير راغب في قبول التعيين عضوا في المجلس، وتتم صياغة الاتفاقية بين الفريقين وعضو المجلس الوحيد، أو كل عضو من الأعضاء الثلاثة، بحيث يشار إلى الشروط العامة المتعلقة "باتفاقية فض الخلافات المرفقة كملحق بالشروط الخاصة للعقد، مع إدخال أية تعديلات يتفق عليها فيما بينهم، ويجب أن يتفق الفريقان عند الاتفاق على شروط التعيين على مقدار المكافأة لعضو المجلس المنفرد، أو لكل من الأعضاء الثلاثة، وأيضاً، على مقدار المكافأة لأي من الخبراء الذين يستشيرهم المجلس، ويجوز للفريقين مجتمعين، إذا اتفقا على ذلك في أي وقت، إحالة أي أمر إلى المجلس لإبداء الرأي حوله، لكنه لا يحق لأي فريق أن يستشير "المجلس" في أي أمر إلا بموافقة الفريق الآخر، وإذا اتفق الفريقان على هذا النحو في أي وقت، فيجوز لهما تعيين شخص أو أشخاص بدلاء، وتأهيل المناسب (ليكون أو يكونوا بدلاء) لعضو أو أكثر من أعضاء المجلس. وما لم يتفق الفريقان على غير ذلك؛ فإن التعيين يصبح نافذاً في حالة استتلاف أي عضو عن العمل، أو أنه أصبح غير قادر على أداء مهامه بسبب العجز أو الوفاة، أو بسبب الاستقالة، أو إنهاء التعيين.

إذا حصلت أي من هذه الظروف ولم يكن قد تم تعيين البديل؛ فإنه يجب تعيين العضو البديل باتباع نفس الإجراءات التي تم من خلالها تعيين العضو الأصلي، من حيث تسميته والموافقة عليه، وذلك بموجب أحكام هذه المادة".

يمكن إنهاء تعيين أي عضو باتفاق الفريقين مجتمعين، وليس بانفراد صاحب العمل أو المقاول. وما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك من الفريقين؛ فإن مدة تعيين "المجلس" (بما في ذلك كل عضو فيه) تنتهي عندما (~)

ومن ثم التسوية الودية⁽¹⁾ انتهاءً بالتحكيم⁽²⁾، وهذه المراحل كلها وضعها العقد لتعيين الأجر، إذن، فإن الأجر في الأوامر التغييرية موجود، ولكنه غير معين، يتم تعيينه بالآلية التي نص عليها عقد التشييد (FIDIC 99)، إلا أننا يجب أن نوضح هنا حالتين:

الحالة الأولى: صدر الأمر التغييري، وأبدى صاحب العمل رغبته في تنفيذه، وكذلك، صدر القبول من المقاول لتنفيذ العمل المطلوب، وسكت الطرفان عن الأجر.

الحالة الثانية: صدر الأمر التغييري، وأبدى صاحب العمل رغبته في تنفيذه، وكذلك صدر القبول من المقاول لتنفيذ العمل المطلوب، وعرض المقاول الأجر على صاحب العمل دون الاتفاق

(~) "تصبح" المخالصة" المنوه عنها في المادة (12/14) نافذة، إلا إذا تم النص في الشروط الخاصة أو اتفاقية فض الخلافات على غير ذلك.

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (5/20) "إذا صدر إشعار بعدم الرضا إعمالاً للمادة (4/20) أعلاه، فإنه يتعين على الفريقين محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي، وما لم يتفق الفريقان على خلاف ذلك، فإنه يجوز البدء بإجراءات التحكيم في أو بعد اليوم السادس والخمسين من تاريخ إرسال الإشعار بعدم الرضا، حتى لو لم تتم محاولة تسوية الخلاف بينهما ودياً".

(2) عقد التشييد الفيديك - المادة (6/20): "إذا لم يكن قد تمت تسوية الخلاف ودياً، فإن أي خلاف حول قرار المجلس" (إن وجد) بشأنه، مما لم يصبح نهائياً وملزمة، تتم تسويته (بواسطة التحكيم الدولي). وما لم يتفق الفريقان على غير ذلك، فإنه:-

أ- تتم تسوية الخلاف نهائياً بموجب قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (I.C.C.).

ب- تتم تسوية الخلاف من هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أعضاء يعينون بموجب قواعد التحكيم المذكورة.

ت- تتم إجراءات التحكيم بلغة الاتصال المحددة في المادة (4/1).

تتمتع هيئة التحكيم بصلاحيات كاملة للكشف ومراجعة وتنقيح أية شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو آراء أو تقييم صدر عن المهندس، وأي قرار صادر عن مجلس فض الخلافات فيما يتعلق بالخلاف، علماً أنه لا شيء يمكن أن ينزع الأهلية عن المهندس من المثل أمام هيئة التحكيم للإدلاء بشهادته، أو تقديم أدلة في أي أمر متعلق بالخلاف.

كما ينبغي عدم تقييد أي من الفريقين في الإجراءات أمام هيئة التحكيم بخصوص البيانات أو الحجج التي سبق طرحها أمام "المجلس" قبل اتخاذ قراره، أو الأسباب المذكورة في إشعار عدم الرضا، كما يعد أي قرار للمجلس بينة مقبولة في التحكيم.

وتجوز المباشرة بالتحكيم قبل أو بعد إنجاز الأشغال، ويجب ألا تتأثر التزامات أي من الفريقين أو المهندس أو "المجلس" إذا تمت المباشرة بإجراءات التحكيم أثناء تنفيذ الأشغال".

عليه.

ففي الحالة الأولى نجد أن العقد صحيح، حتى ولم يتم تعيين الأجر، حيث إن الطرفين قد سكتا عن تعيينه، ولم يتم التطرق إليه، إذا، فإن التعيين يتم وفقا لما نصت عليه أحكام عقد التشييد الفيديك. أما في الحالة الثانية؛ فإن قيام المقاول بعرض الأجر على صاحب العمل وعدم الاتفاق عليه يبطل العقد، حيث إن العقد، هنا، فقد أحد أركانه وهو الأجر، وإن قيام عقد التشييد (FIDIC 99) بإلزام المقاول بالأداء يؤجل تنفيذ الأمر التنفيذي خلال فترة انتظاره لرد المهندس، والذي من الممكن أن يكون بالموافقة أو عدم الموافقة على الأجر الذي عرضه المقاول⁽¹⁾؛ هو التزام باطل، لأن محل عقد المقاولة مزدوج، والإيجاب والقبول يتم على كلا المحلين، ففي الأجر يكون الإيجاب صادرا من المقاول، والقبول يجب أن يصدر من صاحب العمل، وفي حالة عدم قبول صاحب العمل للأجر الذي عرضه المقاول؛ فليس له أن يلزم المقاول بتنفيذ العمل دون الاتفاق على الأجر.

وإن أغلب النزاعات والخلافات التي تصدر عن الأوامر التغييرية، ويتم اللجوء إلى التحكيم

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة 3/13: "إذا قام المهندس بطلب اقتراح من المقاول، قبل إصدار التعليمات بتغيير ما، فإنه يتعين على المقاول أن يستجيب للطلب كتابة في أسرع وقت ممكن عمليا، إما بإبداء أسباب عدم قدرته على الامتثال (إن كان هذا هو الحال)، أو بأن يقدم ما يلي:

أ - وصفا للأشغال التي يقترح تنفيذها، وبرنامج العمل لتنفيذها، وب- مقترحات المقاول لأي تعديل يلزم إدخاله على برنامج العمل المقدم منه بموجب المادة (4/3)، وأثره في مدة الإنجاز.

ج- اقتراح المقاول بخصوص تقدير قيمة التغيير يتعين على المهندس، بأسرع ما يمكن عمليا، بعد تسلمه اقتراح المقاول (بموجب المادة (2/13) أو لغير ذلك) أن يرد على المقاول، إما بالموافقة أو بعدم الموافقة، وأن يرسل تعليقاته عليه، علما أنه يتعين على المقاول ألا يؤجل تنفيذ أي عمل خلال فترة انتظاره لتسلم الرد وأي تعليمات لتنفيذ تغيير ما، مع طلب تسجيل النفقات، ويجب أن تصدر من المهندس إلى المقاول، وعلى المقاول أن يعلمه بتسلم تلك التعليمات، ويتم تقدير قيمة كل "تغيير" بموجب أحكام "الفصل الثاني عشر"، إلا إذا أصدر المهندس تعليماته، أو وافق على غير ذلك عملا بأحكام هذا الفصل".

لتسويتها؛ تنتج عن عدم الاتفاق على أجر الأمر التغييري، فيتم عرض هذا الأجر من المقاول، ولا يتم الاتفاق عليه، إما بعدم الرد على المقاول، أو برفض الأجر الذي عرضه، ورغم عدم الاتفاق هذا؛ يتم إلزام المقاول بتنفيذه بحجة أن شروط العقد تلزمه بالتنفيذ، وهذا ما دأب الفقه الإسلامي على تجنبه، وهو الغرر الناجم عن التعاقد في المستقبل، والذي بسببه كان التشدد في أحكام التعاقد في المستقبل، ولهذا، نجد أهمية تعريف العقد في الفقه الإسلامي، والذي لم يأخذ الرابطة الشخصية أساساً للعقد، فقبول المقاول لشروط العقد الأساسي بما فيها من التزام بتنفيذ محل غير معين، لا يشكل أثراً في حال عدم توفر الشروط اللازمة لتعيين هذا المحل؛ لأن القبول يجب أن يثبت أثره في المعقود عليه، وهذا لا يتوفر في الأوامر التغييرية، وحيث إن القانون المدني الأردني أحكامه في عقد المقاولة وفقاً لمجلة الأحكام العدلية، والتي أخذت المذهب الحنفي أساساً لها، وحيث إن تعريف العقد في القانون المدني الأردني جاء متوافقاً مع هذا المذهب؛ فإننا نجد أن التزام المقاول بعقد التشييد (FIDIC 99) لتنفيذ الأمر التغييري، بالرغم من عرضه للأجر وعدم قبوله من صاحب العمل، هو التزام باطل لا يعتد به وفقاً لما قمنا ببيانه بهذا الخصوص، وتأكيداً على ما سبق، فإن شروط عقد الفيديك المتعلقة بما يخص وجود الأجر شروط نافذة، في حال عدم قيام المقاول بعرض الأجر المترتب على تنفيذ الأوامر التغييرية، أما في حال عرضه للأجر؛ فيجب الاتفاق عليه قبل تنفيذ العمل، وإلا أصبح غير ملزم بتنفيذه.

ثانياً: تعيين الأجر

إن الأصل أن يتم الاتفاق على الأجر في عقد المقاولة، ولكن، في حال عدم الاتفاق؛ فإن الأجر موجود، ويتم تعيينه وفقاً لأحكام القانون، وأكدنا أن تعيين الأجر غير المحدد يكون فقط في حال عدم عرض المقاول هذا الأجر والسكوت عنه، أما في حال عرضه وعدم الاتفاق عليه؛ فإن العقد باطل لفقدانه ركن المحل، وما سنستعرضه في تعيين الأجر هو الحالة التي يتم السكوت فيها

عن الأجر وعدم عرضه، وقيام المقاول بتنفيذ الأمر التغييري دون قيامه بعرض الأجر، والمطالبة به بعد إنهاء أعمال الأمر التغييري.

جاءت آلية تحديد أجر الأمر التغييري في عقد التشييد (FIDIC 99) من خلال المادة (3/12)⁽¹⁾ على النحو الآتي:

- في حالة كان العمل المراد تنفيذه من خلال الأمر التغييري له عمل آخر مشابه له بشكل كامل، وله طبيعة العمل والظروف نفسها، فإنه يتم اعتماد سعر العمل المشابه له كسعر الأمر التغييري، ومثال ذلك أن يطلب من المقاول تنفيذ عمل إضافي بتركيب باب نوع جوز (1م*2م)، ويوجد في جدول الكميات بند تركيب باب جوز بقياس (1م*2م) وبسعر 300 دينار، إذن، يكون أجر العمل الإضافي 300 دينار، حيث إن هذا العمل يوجد نوع مشابه له، وله نوع العمل وطبيعته ومواصفاته وظروفه نفسها، فيتم اعتماد أجر العمل المشابه.
- في حالة كان العمل المراد تنفيذه من خلال الأمر التغييري ليس له عمل آخر مشابه له بشكل كامل، ولكن يوجد هناك تشابه في بعض الظروف؛ فإنه يتم اشتقاق أجر الأمر التغييري من البند المشابه من الظروف المشابهة، مع إجراء تعديلات لشمول هذا الاختلاف، ومثال ذلك أن يطلب من المقاول تنفيذ عمل إضافي بتركيب باب نوع بلوط قياس (1م*2م) * (2م)، وجدول الكميات يحتوي على أجر تركيب باب نوع جوز بقياس (1م*2م)، ففي هذه الحالة يتم اشتقاق أجر تركيب باب البلوط من أجر تركيب باب الجوز، مع تعديل أجر اختلاف نوع البلوط عن الجوز.

- أما في حال كان العمل المراد تنفيذه من خلال الأمر التغييري ليس له أي عمل آخر مشابه له

(1) عقد التشييد الفيديك المادة 3/12 :

" ب- (1) أن العمل قد صدرت بشأنه تعليمات بكغير بموجب أحكام الفصل "الثالث عشر".

(2) أنه لا يوجد سعر وحدة مدون لهذا البند في العقد. (~)

على الإطلاق؛ فإنه يتم اشتقاق الأجر من خلال تحديد كلفة العمل، مضافا إليه ربح معقول. وبعد أن يقدم المقاول الأجر المستحق على تنفيذ العمل الوارد في الأمر التغييرى؛ يدرس المهندس هذا الأجر، فإذا أن يوافق عليه، وبالتالي، ينسب به إلى صاحب العمل، وتصدر الموافقة عليه، وإما أن يطلب تعديلا على هذا الأجر، والوصول لاتفاق مع المقاول على أجر جديد، أما في حالة عدم تمكن المهندس إلى التوصل إلى اتفاق مع المقاول على تعديل الأجر الذي عرضه؛ فإنه، في هذه الحالة، يتبع الإجراءات التالية وفقا لأحكام عقد التشييد (FIDIC99)، وعلى الترتيب:

أ- إصدار تقديرات المهندس:

بعد عدم الاتفاق على أجر العمل المتعلق بالأمر التغييرى بين المقاول وصاحب العمل؛ يتوجب على المهندس، وهو وكيل صاحب العمل وفرد من أفراده في المشروع⁽¹⁾، أن يصدر وبصورة منصفة ومحايدة تقديراته لكلا الطرفين، وذلك بعد أن يتشاور معهم في مسعى جدي للتوصل إلى

(~)(3) أنه لا يوجد له سعر وحدة محدد مناسب؛ لأن طبيعة العمل فيه ليست متشابهة مع أي بند من بنود العقد، أو أن العمل لا يتم تنفيذه ضمن ظروف مشابهة لظروفه. ويتم اشتقاق سعر الوحدة الجديد من أسعار بنود العقد ذات الصلة، مع تعديلات معقولة لشمول أثر الأمور الموصوفة في الفقرتين (أ) و/ أو (ب) أعلاه، حسبما هو واجب للتطبيق منها. وإذا لم يكن هناك بنود ذات صلة لاشتقاق سعر الوحدة الجديد؛ فإنه يجب اشتقاقه من خلال تحديد الكلفة المعقولة لتنفيذ العمل، مضافا إليها ربح معقول، مع الأخذ في الاعتبار أية أمور أخرى ذات علاقة".

(1) عقد التشييد الفيديك (4/2/1/1): "يعني الشخص الذي يعينه صاحب العمل للقيام بمهام المهندس لأغراض هذا العقد، والمسمى في ملحق عرض المناقصة بهذه الصفة، أو أي شخص آخر يقوم صاحب العمل بتعيينه كبديل للمهندس من وقت لآخر، ويبلغ المقاول عن ذلك التعيين وفقا للمادة (4/3)".

اتفاق، ويجب أن تكون هذه التقديرات متوافقة مع شروط العقد، وكذلك يجب أن يقدم التفاصيل المؤيدة لها كافة، بحيث يتم تزويد كلا الطرفين بهذه التقديرات⁽¹⁾، وفي حال تم الاتفاق عليها؛ تصبح نافذة في حق المتعاقدين، أما في حال رفض أحد الطرفين هذه التقديرات؛ فإن له الحق باللجوء إلى أحكام الفصل العشرين من عقد التشييد (FIDIC 99)، إلا أن هذه التقديرات تبقى ملزمة لكلا الطرفين لحين إعادة النظر فيها، وفقا لأحكام الفصل العشرين من عقد التشييد الفيديك.

وإن المدة الممنوحة للمهندس لإصدار تقديراته 42 يوما من تاريخ تسلمه مطالبة المقاول، شاملة التفاصيل المؤيدة لها، أو خلال أي فترة يقترحها المهندس ويوافق عليها المقاول، وله أيضا أن يطلب من المقاول أي تفاصيل أخرى ضرورية لإصدار تقديراته، وعلى الرغم من ذلك؛ فهو ملزم بإصدار التقديرات خلال الفترة الممنوحة له بشأن أسس المطالبة، وفي حال عدم التزامه بهذه المدة يمكن لأي من المتعاقدين عدّ أن المطالبة تحولت إلى خلاف، وبالتالي، تحويلها إلى أحكام الفصل العشرين، وذلك مع إرفاق المذكرات التي تثبت أن المهندس لم يف بالتزامه⁽²⁾.

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (5/3): "حيثما تقتضي هذه الشروط أن يقوم المهندس بأعمال هذه المادة لأغراض الاتفاق أو إعداد التقديرات لأي أمر؛ فإنه يتعين على المهندس أن يتشاور مع كل من الفريقين في مسعى جدي للتوصل إلى اتفاق".

أما إذا لم يتوصل إلى اتفاق؛ فإنه يتعين على المهندس أن يعد تقديراته بصورة منصفة بموجب أحكام العقد، آخذا في الاعتبار كل الظروف ذات العلاقة.

ثم يقوم المهندس بإشعار كل من الفريقين بأي اتفاق أو تقديرات يتوصل إليها، مع التفاصيل المؤيدة. ويتعين على كل من الفريقين أن يلتزم بالاتفاق أو التقديرات الواردة في الإشعار، إلا إذا تمت (أو إلى أن تتم) إعادة النظر فيها بموجب أحكام "الفصل العشرين".

(2) عقد التشييد الفيديك - المادة (1/20): "يتعين على المهندس، خلال (42) يوما من تاريخ تسلمه مطالبة ما، أو أي تفاصيل أخرى مؤيدة لمطالبة سابقة - أو خلال أي فترة يقترحها المهندس ويوافق عليها المقاول - أن يقيم المطالبة ويرد عليها إما بالموافقة، أو عدم الموافقة، مع بيان تعليقاته مفصلة عليها، وله أيضا أن يطلب أية تفاصيل أخرى ضرورية، ورغم ذلك؛ فإنه يعتبر ملزما بتقديم رده على أسس المطالبة خلال تلك الفترة، وإذا لم يف المهندس بهذا الالتزام يمكن لأي فريق اعتبار أن المطالبة قد تحولت إلى خلاف، ولأي فريق أن يحيل (~)

وإن هذا هو المستوى الأول الذي نص عليه عقد التشييد (FIDIC 99) لتعيين أجر الأمر التغييرى، ونلاحظ أن هذا المستوى ينطوي على تقدير الأجر من أحد أفراد صاحب العمل وهو المهندس، وبمعنى آخر، فإن التقدير يكون صادرا عن فريق صاحب العمل، ومتأثرا برأى صاحب العمل، على الرغم من أن المادة 5/3 من عقد التشييد الفيديك نصت على أن التقديرات الصادرة عن المهندس يجب أن تكون منصفة، إلا أن الإنصاف بإصدار التقدير يحتاج إلى جهة محايدة ومستقلة لا تخضع لأي من المتعاقدين، بحيث تكون لديها إرادة حرة بعيدا عن كل التأثيرات التي من الممكن أن تؤثر في إصدارها تقديرها، وبما أن المهندس معين من صاحب العمل، وكذلك يتقاضى أجره منه؛ فلصاحب العمل الحق في إنهاء أعماله في أي وقت، فإننا نجد أنه من غير المعقول أن تكون التقديرات الصادرة من المهندس تقديرات غير متأثرة برأى صاحب العمل ورغبته، إذن، فإن هذه المرحلة من مراحل تعيين الأجر لا يعول عليها كثيرا للأسباب التي ذكرناها، ولهذا، فإن عقد التشييد الفيديك أوجد مراحل أخرى للجوء إليها وتعيين الأجر.

أ- مجلس فض الخلافات:

بعد صدور تقديرات المهندس، واعتراض أحد المتعاقدين عليها، أو عدم صدورها خلال المدة الممنوحة للمهندس؛ فإنه يحق لأي من المتعاقدين تحويل هذا الاعتراض إلى خلاف، ويفض هذا الخلاف من خلال المراحل التي نص عليها الفصل العشرين من عقد التشييد الفيديك، حيث تبدأ المرحلة الأولى بإحالة الخلاف خطيا إلى مجلس فض النزاعات، والذي يتم تعيينه وفقا لأحكام

(~) الخلاف إلى المجلس للنظر فيه، على أن يرفق بتلك الإحالة المذكرات التي تثبت أن المهندس لم يف بالتزامه.

المادة 2/20 من عقد التشييد الفيديك⁽¹⁾، ويتخذ مجلس فض الخلافات القرار وفقا لما تنص عليه المادة 4/20 من عقد التشييد الفيديك، ويصدر خلال مدة 84 يوما من تاريخ تسلم إشعار بإحالة الخلاف إلى المجلس، أو أي فترة يقترحها المجلس ويوافق عليها المتعاقدان.

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (2/20): "يتم فض الخلافات من قبل مجلس فض الخلافات إعمالا لأحكام المادة (4/20)، ويتعين على الفريقين أن يقوموا بتسمية أعضاء المجلس بصورة مشتركة ضمن المدة المحددة في ملحق عرض المناقصة، ويتكون "المجلس" من عضو واحد أو ثلاثة أعضاء كما هو محدد في ملحق عرض المناقصة من أشخاص ذوي تأهيل مناسب (الأعضاء)، وإذا لم يكن قد تم تحديد عدد "الأعضاء" ولم يتم الاتفاق من قبل الفريقين على ذلك؛ فإن العدد يعتبر ثلاثة.

وإذا كان "المجلس" يتكون من ثلاثة أعضاء يقوم كل فريق بتسمية عضو واحد للحصول على موافقة الفريق الآخر عليه، ومن ثم يقوم الفريقان بالتشاور مع العضوين المعيّنين للاتفاق على العضو الثالث، الذي يتم تعيينه رئيسا للمجلس.

على أنه إذا كانت هنالك قائمة أعضاء مرشحين مشار إليها في العقد؛ فإنه يتم اختيار أسماء الأعضاء من بين الأسماء الواردة فيها، باستثناء أي شخص غير قادر أو غير راغب في قبول التعيين كعضو في المجلس، وتتم صياغة الاتفاقية بين الفريقين وعضو المجلس الوحيد، أو كل عضو من الأعضاء الثلاثة، بحيث يشار إلى الشروط العامة المتعلقة باتفاقية فض الخلافات المرفقة كملحق بالشروط الخاصة للعقد، مع إدخال أية تعديلات يتفق عليها فيما بينهم، ويجب أن يتفق الفريقان عند الاتفاق على شروط التعيين على مقدار المكافأة لعضو المجلس المنفرد، أو لكل من الأعضاء الثلاثة، وأيضا على مقدار المكافأة لأي من الخبراء الذين يستشيرهم المجلس، ويجوز للفريقين مجتمعين، إذا اتفقا على ذلك في أي وقت، إحالة أي أمر إلى المجلس لإبداء الرأي حوله، لكنه لا يحق لأي فريق أن يستشير "المجلس" في أي أمر إلا بموافقة الفريق الآخر، وإذا اتفق الفريقان على هذا النحو في أي وقت؛ فيجوز لهما تعيين شخص أو أشخاص بدلاء، وتأييل المناسب (ليكون أو يكونوا بدلاء) لعضو أو أكثر من أعضاء المجلس.

وما لم يتفق الفريقان على غير ذلك؛ فإن التعيين يصبح نافذا في حالة استنكاف أي عضو عن العمل، أو أنه أصبح غير قادر على أداء مهامه بسبب العجز أو الوفاة، أو بسبب الاستقالة أو إنهاء التعيين. وإذا حصلت أي من هذه الظروف ولم يكن قد تم تعيين البديل؛ فإنه يجب تعيين العضو البديل باتباع الإجراءات نفسها التي تم من خلالها تعيين العضو الأصلي، من حيث تسميته، والموافقة عليه، وذلك بموجب أحكام هذه المادة".

ويمكن إنهاء تعيين أي عضو باتفاق الفريقين مجتمعين، وليس من قبل أي من صاحب العمل أو المقاول بالانفراد. وما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك من قبل الفريقين؛ فإن مدة تعيين "المجلس" (بما في ذلك كل عضو فيه) تنتهي عندما تصبح "المخالصة" المنوه عنها في المادة (12/14) نافذة، إلا إذا تم النص في الشروط الخاصة أو اتفاقية فض الخلافات على غير ذلك.

ويحق لكلا المتعاقدين الاعتراض على قرار مجلس فض النزاعات خلال 28 يوما من تاريخ تسلمهم القرار، وكذلك أيضا في حال عدم إصدار قرار مجلس فض النزاعات خلال 84 يوما، أو المدة الممنوحة للمجلس، ويحق لكلا المتعاقدين خلال 28 يوما إعلام المتعاقد الآخر بعدم الرضا، واشترطت المادة اللجوء إلى إجراءات التحكيم بعد أن يصدر إشعار بعدم الرضا، أما في حال صدور القرار، وعدم الاعتراض عليه خلال 28 يوما من تاريخ تسلم المتعاقدين للقرار؛ فإن هذا القرار يصبح ملزما لكلا الطرفين⁽¹⁾.

(1) عقد التشييد الفيديك المادة 4/20: "إذا نشأ خلاف من أي نوع كان بين الفريقين، فيما يتصل عن العقد عن تنفيذ الأشغال، بما في ذلك أي خلاف حول أي شهادة، أو تقديرات، أو تعليمات، أو رأي، أو تحديد قيمة من قبل المهندس؛ فإنه يمكن لأي فريق إحالة الخلاف خطيا إلى "المجلس" لدراسته واتخاذ قرار بشأنه، مع إرسال نسختين من ذلك الإشعار إلى الفريق الآخر والمهندس، على أن يتم التتويه بأن إحالة الخلاف هذا تتم وفقا لأحكام هذه "المادة".

وإذا كان المجلس "مكونا من ثلاثة أعضاء، فإن المجلس يعتبر أنه قد تسلم إشعار إحالة الخلاف إليه، وفقا لأحكام هذه "المادة" بالتاريخ الذي يتسلم فيه رئيس المجلس مثل هذا الإشعار. ويتعين على الفريقين أن يقدموا إلى المجلس كل المعلومات الإضافية بدون توان، وأن يوفر إمكانية الدخول إلى الموقع والتسهيلات المناسبة مما قد يطلبه" المجلس لتمكينه من اتخاذ قرار بشأن ذلك الخلاف، ويفترض ضمنا أن المجلس لا يعمل كهيئة تحكيم.

يتعين على "المجلس خلال مدة لا تتجاوز (84) يوما من تاريخ تسلمه إشعارا بإحالة الخلاف إليه، أو خلال أية فترة أخرى يقترحها المجلس ويوافق عليها الفريقان، أن يتخذ قراره بشأنه، ويشترط في هذا القرار أن يكون معللا، وأن ينوه فيه على أنه يتم إصداره عملا بأحكام هذه "المادة". ويعد هذا القرار ملزما للفريقين، ويتعين عليهما تنفيذه حتى تتم مراجعته بطريقة التسوية الودية، أو من خلال إجراءات التحكيم كما سيرد لاحقا، وما لم يكن قد جرى التخلي عن العقد أو نقضه أو إنهائه؛ فإنه يتعين على المفاوض في مثل هذه الحالة أن يستمر في تنفيذ الأشغال وفقا لأحكام العقد.

إذا لم يرض أحد الفريقين بقرار "المجلس" فعليه خلال (28) يوما من تاريخ تسلمه القرار، أن يرسل إشعارا للفريق الآخر يعلمه فيه بعدم رضاه. وإذا لم يتمكن "المجلس" من إصدار قراره خلال فترة الـ(84) يوما (أو حسبما يتفق عليه خلافا لذلك) من تاريخ تسلمه طلب إحالة الخلاف إليه؛ فعندئذ يجوز لأي فريق خلال فترة الـ (28) يوما التالية لفترة الـ (84) يوما المنقضية، أن يعلم الفريق الآخر بعدم رضاه. وفي أي من هاتين الحالتين، يتعين بيان الأمر المتنازع عليه وأسباب عدم الرضا في ذلك الإشعار، وكذلك التتويه على أنه يتم إصداره بموجب أحكام هذه "المادة". (~)

إلا أننا نجد، من ناحية قانونية، أن قرار مجلس فض النزاعات لا يحوز القوة الإلزامية، حيث إنه من غير الممكن تنفيذه، ولهذا السبب نجد أن عقد التشييد (FIDIC 99) قد أحال عدم امتثال أحد المتعاقدين لقرار مجلس فض الخلافات وعدم تنفيذه له إلى التحكيم⁽¹⁾، وبهذا يكون قرار مجلس فض الخلافات ليس له أي قوة قانونية تلزم أياً من المتعاقدين، وإنما هو مرحلة تستغرق مدة زمنية، ونفقات مالية دون من مراحل فض الخلافات، أما في حال انقضاء فترة تعيين المجلس، ونشوء خلاف بين المتعاقدين؛ فإن أي أثر قانوني يفيد أياً من المتعاقدين ويطيل مدة الخلاف، لذلك، لا يوجد أي مبرر لوجود هذه المرحلة والمجلس غير معين، فإنه وفي هذه الحالة لا يتم تطبيق الأحكام المتعلقة بقرار المجلس⁽²⁾، ولا الأحكام المتعلقة بالتسوية الودية⁽³⁾، ويحال الخلاف إلى التحكيم مباشرة⁽⁴⁾.

(~) وباستثناء ما يرد تالياً في المادتين (7/20) و (8/20)؛ فإنه لا يجوز لأي فريق المباشرة بإجراءات التحكيم حول الخلاف، إلا إذا تم إصدار الإشعار بعدم الرضا على النحو المحدد في هذه "المادة". أما إذا قام "المجلس" بإصدار قراره المتعلق بأي أمر متنازع عليه، ولم يصدر إشعاراً بعدم الرضا من أي فريق خلال (28) يوماً بعد تاريخ تسلمه للقرار؛ فإن قرار المجلس "يصبح" نهائياً وملزماً للطرفين.

(1) عقد التشييد الفيديك المادة 7/20 "في حالة أنه:

أ- لم يتم أي فريق بإرسال إشعار بعدم الرضا خلال الفترة المحددة في المادة (4/20).

ب- أصبح قرار "المجلس" المتعلق بالخلاف المنظور (إن وجد) نهائياً وملزماً.

ج- أخفق أي فريق في الامتثال لهذا القرار، عندئذ، يمكن للفريق الآخر - بدون الإجحاف بأي حقوق أخرى قد تكون له - أن يحيل موضوع عدم الامتثال هذا إلى التحكيم بموجب المادة (6/20) وفي مثل هذه الحالة،

لا تطبق أحكام المادتين (4/20) المتعلقة بقرار المجلس و(5/20) المتعلقة بالتسوية الودية"

(2) عقد التشييد الفيديك المادة 4/20.

(3) عقد التشييد الفيديك - المادة (5/20): "إذا صدر إشعار بعدم الرضا إعمالاً للمادة (4/20) أعلاه؛ فإنه يتعين

على الفريقين محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي، وما لم يتفق الفريقان على خلاف ذلك؛ فإنه يجوز البدء بإجراءات التحكيم في أو بعد اليوم السادس والخمسين من تاريخ إرسال الإشعار بعدم الرضا، حتى لو لم تتم محاولة تسوية الخلاف بينهما ودية."

(4) عقد التشييد الفيديك - المادة (8/20): "إذا نشأ أي خلاف بين الفريقين فيما يتصل بالعقد أو مما هو ناشئ عنه

أو عن تنفيذ الأشغال، ولم يكن هنالك وجود "لمجلس فض الخلافات" سواء بسبب انقضاء فترة تعيينه، أو لغير

ذلك من الأسباب، فإنه (~)

ج- التسوية الودية:

في حال عدم قبول أحد المتعاقدين قرار مجلس فض الخلافات، وإصداره إشعاراً بعدم الرضا؛ فإن عقد التشييد الفيديك منح مدة ست وخمسون يوماً لكلا المتعاقدين قبل اللجوء إلى التحكيم، سعياً لحل الخلاف بصورة ودية دون الانتقال إلى المرحلة الأخيرة من مراحل تسوية الخلافات المنصوص عليها في عقد التشييد الفيديك⁽¹⁾، وإننا نجد أن هذه المدة طويلة، خصوصاً أن النزاع قد مر في مرحلتين سابقتين، وهما: تقديرات المهندس، وقرار مجلس فض الخلافات، علماً أن مرحلة تقديرات المهندس يتم التشاور فيها مع المتعاقدين للوصول إلى اتفاق قبل إصدار تقديرات المهندس، بمعنى أن في هذه المرحلة يكون هناك مسعى لاتفاق ودي لإنهاء الخلاف، فلو كانت إرادة الأطراف متجهة لإنهائه بطريقة ودية؛ لما استمر النزاع إلى المراحل اللاحقة، لذا، فإن العودة مرة أخرى لمرحلة التسوية الودية التي تمت في بداية النزاع ومنحها مدة طويلة لا مبرر له، وإنما هو إطالة مدة الخلاف لا غير.

د- التحكيم:

بعد إنهاء المراحل والمستويات التي تحدثنا عنها سابقاً سعياً لتسوية الخلاف الحاصل بين المتعاقدين على الأجر، وعدم التوصل إلى اتفاق؛ ينص عقد التشييد (FIDIC 99) على أن هذا الخلاف يتم تسويته بواسطة التحكيم، وقد جعل قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية

(~) أ- لا يتم تطبيق أحكام المادة (4/20) المتعلقة بقرار المجلس، ولا المادة (5/20) المتعلقة بالتسوية الودية.

ب- يمكن أن يحال الخلاف مباشرة إلى التحكيم بموجب أحكام المادة (6/20).

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (5/20).

(International Chamber of Commerce) هي القواعد الإجرائية النافذة في تسوية

الخلافاً، كما أنه حدد عدد الهيئات بثلاثة أعضاء يعيّنون وفقاً لقواعد (ICC)، ولغة الاتصال هي

المحددة في المادة (4/1)⁽¹⁾ من عقد التشييد (FIDIC 99)، كما أن الإجراءات والبيانات والحجج

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (4/1): "يتعين على المقاول أن يصمم (إلى المدى المنصوص عليه في العقد)، وأن ينفذ الأشغال وينجزها بموجب أحكام العقد، ووفقاً لتعليمات المهندس، وأن يصلح أية عيوب فيها.

يتعين على المقاول أن يقدم التجهيزات و"وثائق المقاول" المحددة في العقد، وجميع أفراد جهازه المنفذ، واللوازم والمستهلكات وغيرها من الأشياء والخدمات، سواء كانت ذات طبيعة مؤقتة أو دائمة، مما هو مطلوب منه لأداء مهام التصميم والتنفيذ وإنجاز الأشغال واصلاح أية عيوب فيها.

يعتبر المقاول مسؤولاً عن كفاية واستقرار وسلامة جميع عمليات الموقع وعن جميع أساليب الإنشاء. باستثناء ما هو منصوص عليه في العقد، فإن المقاول:

1. يعتبر مسؤولاً عن جميع "وثائق المقاول"، والأشغال المؤقتة وتصميم أي بند من التجهيزات

والمواد ليكون هذا البند موافقاً لمتطلبات العقد، و

2. فيما عدا ذلك، لا يعتبر المقاول مسؤولاً عن تصميم ومواصفات الأشغال الدائمة.

يتعين على المقاول - كلما طلب منه المهندس ذلك - أن يقدم للمهندس تفاصيل ترتيبات وأساليب تنفيذ الأشغال التي يقترح المقاول اتباعها لتنفيذ الأشغال. ولا يجوز للمقاول أن يحدث تغييراً جذرياً في هذه الترتيبات أو الأساليب بدون إعلام المهندس مسبقاً عن إجراءاته.

إذا نص العقد على مسؤولية المقاول للقيام بتصميم جزء ما من الأشغال الدائمة؛ فعندها وما لم ينص على غير ذلك في الشروط الخاصة:

أ- يتعين على المقاول أن يقدم إلى المهندس "وثائق المقاول" لهذا الجزء من الأشغال وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في العقد.

ب- يشترط أن تكون "وثائق المقاول" متسقة مع المواصفات والمخططات، وأن تتم صياغتها بلغة الاتصال المحددة في المادة (4/1)، وأن تشمل على المعلومات الإضافية كما يطلبها المهندس لإضافتها إلى المخططات بغرض التنسيق بين تصاميم كل من الفريقين.

ج- يعد المقاول مسؤولاً عن هذا الجزء من الأشغال، وأن يكون هذا الجزء بعد تنفيذه وإنجاز الأشغال موفية بالغرض الذي أنشئ من أجله كما هو مطلوب في العقد، ويتعين على المقاول أن يقدم إلى المهندس - قبل مباشرة إجراء الاختبارات عند الإنجاز مخططات المنشأ كما تم تنفيذه، وأدلة الصيانة والتشغيل المطلوبة بموجب العقد، وبشكل مفصل، حتى يتمكن صاحب العمل من صيانته وتشغيله وفكه وتركيبه ومعايرته وإصلاحه. ولا يعتبر هذا الجزء من الأشغال أنه قد تم إنجاز الغرض وسلمه بموجب المادة (1/10) إلا بعد تقديم هذه الوثائق وأدلة التشغيل إلى المهندس.

كافة، وكذلك قرار مجلس فض الخلافات؛ لا يقيد أياً من المتعاقدين أمام هيئة التحكيم، وتتمتع

الهيئة بالصلاحيحة الكاملة لمراجعة مخرجات المستويات السابقة كافة لمحاولة تسوية الخلاف⁽¹⁾.

وتؤكد لنا هذه المادة أن مخرجات المستويات كافة، والتي سبقت مرحلة التحكيم، خاضعة إلى إعادة النظر والمراجعة والبت فيها من هيئة التحكيم، وهذا يعني عدم إنتاجيتها في تسوية الخلاف، ونستطيع القول: إن إدراج هذه المستويات في هذا العقد لتسوية الخلاف؛ ما هي إلا مقامرة منه على إمكانية تسوية الخلاف من عدمه في أي مستوى من تلك المستويات، ونحن نرى أن قطاع الإنشاءات، والخلافات الناشئة عنه، والتي معظمها خلافات مالية؛ لا مجال للمقامرة في تسوية خلافاته، ويجب وضع آلية تتمتع بالسرعة والمرونة لتسوية هذه الخلافات؛ لأن إطالة أمد الخلاف يؤثر في التدفق النقدي للمشروع، وبالتالي، يؤدي إلى تأخر المشروع بسبب عدم القدرة على التمويل، وبهذا، فإننا نجد أن عدم تسوية الخلافات بالسرعة المطلوبة يصبح سبباً من أسباب الضرر الواقع على المتعاقدين.

ونعود مرة أخرى ونقول: إن أحكام الشريعة الإسلامية كانت حريصة الحرص كله على أن تضع أحكاماً مشددة لإجازة عقد الاستصناع، ابتداءً من تعريف العقد ذاته، وانتهاءً ببيان أركانه وشروطه، وكل ذلك في مسعى إلى تجنب الغرر، والذي بسببه تزداد الخلافات الناشئة عن العقود، ورغم إجازة الفقه لعقد الاستصناع استثناءً عن القاعدة العامة؛ إلا أنه قيّد هذا العقد بشروط في سبيل نفي الغرر من هذه العقود، بعكس التشريعات الأخرى، التي لم توجد أحكامها التوازن العادل في العلاقات التعاقدية، وأعطت مبدأ سلطان الإرادة المساحة الأكبر في هذه العلاقات، والذي نجد فيه تعدياً على المصلحة العامة واستقرار التعامل.

(1) عقد التشييد الفيديك - المادة (6/20).

الخاتمة

بحثت هذه الدراسة أركان عقد المقاولة في كلِّ من: ركن الرضا، وركن المحل. وذلك فيما يخدم دراسة الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية، ومن ثم بينت هذه الدراسة التكيف القانوني للأوامر التغييرية وفقاً للقانون المدني الأردني كونه أساساً للدراسة، وكذلك التشريعات المقارنة، وجاء في هذا التكيف دراسة مدى تحقق كلِّ من الإيجاب والقبول، وكذلك ركن المحل بقسمي العمل والأجر، وقد جاءت النتائج والتوصيات وفقاً لما يلي:

أولاً: النتائج

1- وفقاً للتشريعات التي أخذت المذهب المادي في العقد، ومنها الفقه الإسلامي والقوانين

الحديثة كالقانون المدني الأردني، فإن:

أ. القبول الصادر عن المقاول على شروط العقد الأساسي لا يعني توفر القبول لديه عند

صدور الأمر التغييري، وإن الإلزام الوارد في المادة 1/13 من عقد التشييد (FIDIC

99) بأن ينفذ المقاول أي أمر تغييري يصدر من صاحب العمل أو مندوبه المهندس

لا يعتد به، وهو شرط باطل، ولا يلزم المقاول بالتنفيذ، إلا بصدور قبول آخر على

محل الأمر التغييري الجديد.

ب. إن الأمر التغييري في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني لا يعد وعداً بالتعاقد؛

بسبب فقدان الشرط الواجب توافره في الوعد بالتعاقد، وهو تعيين المسائل الجوهرية.

ج. في حالة قبول المقاول تنفيذ الأمر التغييري وعدم التمسك ببطلان شرط الأمر

التغييرية؛ فإن قبوله يحقق ركن الرضا، وينشئ الالتزام.

2- وفقاً للتشريعات التي أخذت بالمذهب الشخصي في العقد، ومنها الفقه اللاتيني والقوانين الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون الإنجليزي؛ فإن القبول الصادر عن المقاول على شروط العقد الأساسي يوفر القبول الضمني عند صدور الأمر التغييري، وإن المقاول ملزم بتنفيذه وفقاً لأحكام المادة 1/13 من عقد التشييد (FIDIC 99) بشرط توفر ركن المحل.

3- إن ركن العمل في محل الأوامر التغييرية غير محقق في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الأردني، ويترتب على ذلك بطلان هذه الشروط لأنواع الأوامر التغييرية التالية:

د. التغيير الفاحش في كميات أي عمل من الأشغال، ويستثنى من ذلك التغيير الطفيف.

هـ. التغيير في المناسيب والأماكن و/أو الأبعاد لأي جزء من الأشغال.

و. التغيير في النوعية والخصائص الأخرى لأي عمل من الأشغال.

ز. التغيير في تسلسل الأشغال أو توقيت تنفيذها في حالة أثر هذا التغيير في مدة إنجاز

المشروع، وفي حال عدم تأثر مدة إنجاز المشروع لا يترتب البطلان.

ح. تنفيذ أي عمل إضافي، أو تقديم تجهيزات أو مواد أو خدمات تلزم للأشغال الدائمة، أو

عمل مجسات أو اختبارات أو أعمال استكشافية، ويلزم لصحة التعاقد في هذه الأعمال

وجود إيجاب وقبول جديدين على المحل الجديد.

4- إن ركن العمل في محل الأوامر التغييرية غير محقق في الفقه اللاتيني والقانون المدني

المصري، ويترتب بطلان هذه الشروط لأنواع الأوامر التغييرية التالية:

ط. التغيير في النوعية والخصائص الأخرى لأي عمل من الأشغال.

ي. تنفيذ أي عمل إضافي، أو تقديم تجهيزات أو مواد أو خدمات تلزم للأشغال الدائمة، أو

عمل مجسات أو اختبارات أو أعمال استكشافية.

5- الشرط الذي ينص على حق صاحب العمل بإلغاء أي عمل من الأشغال نافذ في القانون المدني الأردني و القانون المدني المصري، أما القانون المدني الفرنسي؛ فهو نافذ في عقود السعر الإجمالي فقط.

6- الأجر المترتب على الأمر التغييرى موجود، ولو لم يذكر أو يتفق عليه، ويتم تعيينه وفقا لما تنص عليه أحكام عقد التشييد (FIDIC 99)، أما في حالة صدور الأمر التغييرى، وقبول المقاول التنفيذ، وعرض أجره على صاحب العمل، دون الاتفاق؛ فهذا يعني بطلان الأمر التغييرى، وعدم التزام المقاول بتنفيذه.

7- يؤخذ على مستويات تعيين الأجر في عقد التشييد (FIDIC 99) في حال عدم الاتفاق عليه أن مددها طويلة، وكلها ليس لها أثر قانوني ما عدا مستوى التحكيم.

ثانياً: التوصيات

1- إلغاء الفقرة الثانية من المادة 1/13 من عقد التشييد (fidic 99): "يتعين على المقاول أن يلتزم بكل تغيير (أمر تغيير) وينفذه دون توان، إلا إذا قدم المقاول إشعاراً إلى المهندس يعلمه فيه بأنه لا يستطيع أن يحصل على اللوازم المطلوبة لتنفيذ أعمال التغييرات بجاهزية، على أن يرفق بإشعاره التفصيلات المؤيدة. ولدى تسلم المهندس مثل هذا الإشعار؛ يتعين عليه: إما أن يلغي أو يثبت أو يعدل في تعليماته."

واستبدالها بما يلي: "يتعين على المقاول تسعير الأعمال المطلوبة في "الأمر التغيير" في حال صدور تعليمات المهندس بإحداثها، وكل ذلك في مدة معقولة، على أن يقوم كل من صاحب العمل والمقاول بالاتفاق النهائي على سعر الأمر التغيير، وإدراجه ضمن قيمة العقد".

2- إلغاء الفقرتين التاليتين من المادة 3/13 من عقد التشييد (fidic 99):

"....علماً أنه يتعين على المقاول ألا يؤجل تنفيذ أي عمل خلال فترة انتظار تسلم الرد".

"....يتم تقدير قيمة كل تغيير بموجب أحكام الفصل الثاني عشر، إلا إذا أصدر المهندس تعليماته، أو وافق على غير ذلك عملاً بأحكام هذا الفصل".

3- إلغاء الفقرة (ب) إلى نهاية المادة (3/12).

4- تشكيل لجنة تضم ممثلين عن كل من أصحاب العمل، كجمعية المستثمرين الأردنيين، والوزارات، والقطاع الخاص، ونقابة المقاولين الأردنيين، وهيئة المكاتب الهندسية؛ لتعمل على صياغة عقد نموذجي للمقاولات في الأردن يتناسب مع البيئة التشريعية الناضجة فيه،

ويحقق التوازن في العلاقة التعاقدية بين الأطراف، آخذين بعين الاعتبار أحكام الفقه الإسلامي بهذا الخصوص.

المراجع:

(1) المراجع العربية:

- 1- البهجي، عصام، "عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول ورب العمل"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 2- شمس الدين الخزاولة "إشكاليات تنفيذ الأوامر التغييرية في عقود الفيديك وآلية تسويتها" الأردن، 2013.
- 3- داود، أحمد محمد علي، "أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 2011.
- 4- باشا، محمد قدري، "مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان"، عمّان الدار العربية للتوزيع والنشر، 1891.
- 5- شفيق، شحاتة "النظرية العامة للنزاعات في الشريعة الإسلامية"، الجامعة المصرية، القاهرة، مصر، (1950).
- 6- السنهوري، عبد الرزاق "نظرية العقد" (الجزء الأول)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، (1998).
- 7- الجوهري، "الصاح" (ج1)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، (1987).
- 8- الإمام الخطاب، "تحرير الكلام في مسائل الإلزام"، الطبعة الأولى، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، (2011).
- 9- العيني، "عمدة القاري، شرح البخاري"، دار الكتب العلمية، (2001).
- 10- السنهوري، عبد الرزاق "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، (1998).

- 11- الإسلامبولي، أحمد محمد خليل "حكم الوعد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة"، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز - معهد الاقتصاد الإسلامي.
- 12- ابن حزم "المحلى"، دار ابن حزم للنشر، لبنان، (2016).
- 13- العيني، "عمدة الفارسي"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 14- السنهوري، عبد الرزاق "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام) المجلد الأول"، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، (1998).
- 15- السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر نوري حمد "شرح القانون المدني" مصادر الحقوق الشخصية - الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2019.
- 16- الكاساني "بدائع الصنائع" ج3، المكتبة الحبيبية، 1989.
- 17- السرخسي، "المبسوط"، دار المعرفة، بيروت، 1993.
- 18- أبو إسحاق، إبراهيم، "المهذب في فقه الإمام الشافعي"، دار الشامية، بيروت، لبنان، 1992.
- 19- القرافي، "الفروق"، عالم الكتب.
- 20- ابن تيمية، "مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية"، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، 2004.
- 21- الزرقا، مصطفى أحمد "المدخل الفقهي العام"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 2012.
- 22- الذحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته"، ج5، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.
- 23- العزيز، الصديق "الغرر وأثره في العقود أو العقد الإسلامي".

24- صحيح مسلم.

25- الصيام - يوسف "تقنية مدنية" الفصل الخامس.

26- ويكيبيديا.

27- ابن ماجة، أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجة "باب الإقالة ج2"، دار إحياء الكتب

العربية، 2006.

(2) المراجع الأجنبية:

1- Baker, Elias (2009) "FIDIC Contracts: Law and Practice"

Page:01

2- The FIDIC of contract Third edition "Buuni neal"

3- Mavlcooits,daniel "theories of the common law of contracts "(winter-2019)

(3) القوانين والتشريعات:

1- عقد التشييد (FIDIC 99).

2- القانون المدني الأردني.

3- القانون المدني المصري.

4- القانون المدني العراقي.

5- قانون الموجبات والعقود اللبناني.

6- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

7- مجلة الأحكام العدلية.

(4) رسائل وأبحاث:

- 1- Al mutairi, Saud, Kashiwag, Jachab, Kashiwag, Daen, Sullivan, kennth (2015 –journal of the advancement of performance information and value vol.7 no.1) Factors causing ligation in Saudi Arabia page (5)
- 2- Mewou, aflab, abdulrahman, ismail, abdulhasan, mohammad (2014), "research journal of applied scinences, engineering and technology "_max well scientific organization. Page 4497
- 3- مصطفى، ماهر "دراسة أسباب وأمر التغيير وكيفية تأثيرها السلبي في مشاريع التشييد"- مجلة تشرين للبحوث والدراسات العلمية المجلد (37)، العدد 3، 2015.