

بسم الله الرحمن الرحيم

ورقة عمل بعنوان :

(تشخيص بيئة التقاضي وفضّ المنازعات ومقترحات التطوير)

مقدمة لملتقى الإنشاءات والمشاريع " الدورة الثانية " المنعقد بتاريخ 1435/1/21هـ

عقد المقاوله في الشريعة والقانون له صور كثيرة ، وأنواع متعددة ، فليس مقتصرأ على عقد المقاولات الإنشائية ، بل يتعداه إلى عقود الصيانة ، وعقود التوريد ، والنقل ، وغيرها الكثير من الأنواع والصور .

كما أن عقد المقاوله يعتبر عقداً حديثاً مستقلاً بذاته ، وإن كان في الأصل يرجع إلى العقود المعروفة في الشريعة الإسلامية ، مثل عقد الإجارة ، وعقد الاستصناع ، وغيرها من العقود المنصوص على أحكامها في كتب الفقهاء ، وذلك لأن عقد المقاوله فيه تشابهٌ مع هذه العقود في كثير من أحكامها ، ومع ذلك فيبقى عقد المقاوله متميزاً بالأحكام التي تناسب طبيعته الخاصة ، وتلبي حاجة المتعاملين به ، وتحفظ حقوق أطرافه ، والأصل في كل أحكام العقود هو الإباحة ، إلا ما صادم نصاً أو حكماً شرعياً ثابتاً .

كما أنه حتى عقود المقاولات الإنشائية ، تختلف أحكامها أيضاً حسب اختلاف صورها ، وأنواعها ، فهناك من العقود ما يكون المقاول ملتزماً بالعمل فقط دون تأمين المواد ، وبعضها يلتزم المقاول بالعمل والمواد معاً ، كما أن بعضها يكون المتعاقد مع المقاول هو الذي يملك الأرض أو العقار أو الموقع الذي اتفقا على العمل فيه ، وبعض العقود يكون المقاول هو المالك للأرض أيضاً ، مثل عقود بيع الوحدات العقارية بنظام البيع على الخارطة ، من قبل شركات المقاولات العقارية الكبرى . ثم إن هناك أيضاً أقسام أخرى لعقد المقاوله بحسب طبيعة العلاقة بين طرفي العقد ، وهي :

- عقد المقاوله الأصلية : وهو الذي يكون بين المقاول ومالك المشروع أو المستفيد مباشرة .
- وعقد المقاوله من الباطن : وهو الذي يكون بين المقاول الأصلي وبين مقاول فرعي ، وغالباً ما يكون ذلك في العقود الضخمة التي تنتوع طبيعة الأعمال فيها ، فيعهد بتنفيذ تلك الأعمال بطريقة توزيعها على الجهات المتخصصة في كل فرع من فروع العمل ، كأعمال السباكة أو النجارة أو الكهرباء أو التكيف أو غيرها .
- والتعاقد من الباطن لا يجوز أن يكون على كامل المشروع إلا بموافقة مالك المشروع ، أو حسب ما هو متفق عليه في العقد ، وبهذا تظهر الصفة

الشخصية في عقود المقاولات التي يحكمها غالباً مدى خبرة ومهارة وسمعة المقاول .

-عقد المقاوله الموازي : ويقصد به أن يكون صاحب الأرض غير قادر على تمويل المشروع الذي يرغب إنشائه عليها ، فينتفق مع أحد جهات التمويل كالمصارف مثلاً على الدخول معه في المشروع ، بحيث يتولى المصرف أو الممول طرح المشروع على شركات المقاولات ، ويتعاقد هو معها مباشرةً بصفته صاحب المشروع ، ويتولى دفع المصاريف بالطريقة المتفق عليها ، ثم يُسلم المشروع لمالك الأرض على أن يسدد مالك الأرض للبنك مستحقاته على دفعات أو بالطريقة المتفق بينهما عليها .

كذلك تختلف عقود المقاولات الإنشائية في أحكامها بحسب طبيعة المتعاقدين ، فالعقد الذي تكون جهة الإدارة طرفاً فيه ، يسمى عقد الأشغال العامة ، وله أحكامٌ خاصةٌ به تركز على شروط استثنائيةٍ غير عادية لصالح جهة الإدارة ، من منطلق امتيازاتها التي قرر لها النظام . وهذه العقود هي المرتبطة بتشغيل المرافق والمصلحة العامة .
أما عقود الإنشاءات أو الأشغال الخاصة فهي التي لا تكون جهة الإدارة طرفاً فيها . وهي عقود مقاولات عادية .

أما عن واقع بيئة التقاضي في عقود المقاولات الإنشائية :

وقبل الحديث عنه لا بد من التنويه أن اللجوء إلى القضاء لا يكون إلا في حال النزاع بين أطراف هذه العقود ، وعلى ذلك فإن الحديث عن بيئة التقاضي يكون في جانبين هما :

أولاً : جهات الاختصاص بنظر هذه النزاعات .
ثانياً : أبرز الإشكالات التي تحدث في نزاعات المقاولات الإنشائية .

جهات الاختصاص بنظر نزاعات المقاولات الإنشائية :

يعتبر تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن عقود المقاولات الإنشائية ، من أبرز الإشكالات ، وأهم الجوانب ، وذلك لأنه ليس بالضرورة أن يكون تحديد جهة الاختصاص القضائي واضحاً ، بل إن بعض صور النزاعات يحصل فيها غموضٌ كبير ، ومشقةٌ على القاضي عند بحثها ، وقد يصدر حكم بعدم الاختصاص ويؤيد من محكمة الاستئناف ، ثم تحكم الجهة القضائية الأخرى بعدم الاختصاص أيضاً ويحدث تدافع في الاختصاص يطول بسببه نظر النزاع .

ولتوضيح هذه المسألة أكثر :

1- فإن عقود المقاولات التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها ، وترتبط بمرافق عامة ، واضحة لا إشكال في كونها عقوداً إدارية يختص القضاء الإداري في ديوان المظالم بنظرها .

وهنا ألفت النظر إلى اختلاف بين القضاء الإداري في المملكة والقضاء الإداري في مصر ، في هذا الموضوع :

فالقضاء الإداري في المملكة يجعل العقد إدارياً يختص بنظره ديوان المظالم ، بمجرد كون جهة الإدارة طرفاً فيه .

بينما القضاء الإداري في مصر ، لا يجعل العقد إدارياً إلا إذا كانت شروط هذا العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة استخدمت فيها الإدارة سلطتها وامتيازاتها ، وكان العقد مرتبطاً بتشغيل مرفق عام ، أما إن كانت شروط العقد عادية ، وكانت جهة الإدارة فيه مثلها مثل الأشخاص العاديين ، كعقود البيع أو الإجارة ، كاستئجار مبنى لسكن الموظفين أو نحو ذلك فتكون عقوداً عادية ينظرها القضاء العادي .

2- أما العقود التي لا تكون جهة الإدارة طرفاً فيها ، مثل العقد بين أشخاص عاديين ، سواءً أشخاص حقيقيين أو معنويين ، ومنها مثلاً العقود من الباطن ، فهذه العقود يختص بنظر منازعاتها القضاء العادي وليس القضاء الإداري .

وبعد هذا الاستعراض قد يظهر لكم أن المسألة أصبحت بسيطة وغير معقدة ؛ لذا أوضح أين يقع التعقيد والإشكال ، الذي يكون في صور عديدة منها مثلاً :

1- العقود التي تبرمها الجهات الإدارية ، ثم يتم خصخصة هذه الجهات الإدارية ، وتتحول إلى شركات ، سواءً كانت شركات مملوكة للدولة ، أو شركات مساهمة عامة ، مثل ما حصل في خصخصة قطاع الاتصالات ، وقطاع الكهرباء ، والماء . فعند حصول أي نزاع بين المقاول وهذه الشركات ، هل يكون الاختصاص للقضاء الإداري على اعتبار طبيعة العقد ، ومن أبرمه في البداية ؟ أم تكون للقضاء العادي على اعتبار أن الطرف الحالي هو شركة وليست جهة إدارة عامة ؟ .

وسبب هذا التعقيد أن الأنظمة والأوامر التي يتم بموجبها خصخصة المرفق ، لا تعالج موضوع الاختصاص القضائي ، وتكتفي بعبارة (حلول الشركة محل الجهة الإدارية في ما لها وما عليها وفي العقود والالتزامات) ولكن هذا لا يكفي في الفصل في موضوع الاختصاص القضائي ، لأنه يصبح من الإشكالات أمام القضاء أن ينظر عقداً من العقود الإدارية أمام قضاء عادي .

2- من الصور المعقدة أيضاً أنه في العقود التي لا تكون الإدارة طرفاً فيها ، يحصل تدافع كبير ، وغموض في تحديد طبيعة العقد هل هو عقد تجاري يختص بنظره

القضاء التجاري ؟ أم عقد مدني يختص بنظره القضاء المدني (المحكمة العامة) ؟ .
ومن أعقد الصور والإشكالات أن يكون هناك عقد إداري تم إبرامه مع جهة الإدارة ، ثم تحول المرفق إلى شركة في حال الخصخصة ، فيحكم القضاء الإداري بعدم الاختصاص ، وبعد أن تذهب الدعوى للقضاء التجاري وتنتظر فترة من الزمن ، يعود ليحكم أيضاً بعدم الاختصاص ، وذلك على اعتبار أن العقد ليس تجارياً ، لنتجه الدعوى إلى المحكمة العامة ، وقد تحكم المحكمة أيضاً بعدم الاختصاص ، وهكذا تضيع المسألة .

أبرز الإشكالات التي تحدث في هذه القضايا :

- 1- إشكالية تحديد الاختصاص القضائي ، المشار إليها .
- 2- إشكالية ضعف آلية التعويض المعمول بها لدى القضاء ، وأنه في كثير من النزاعات يرفض القضاء التعويض لعدم إثبات الضرر ، أو يقدر التعويض تقديراً هزيباً عن أضرار ثابتة .
- 3- أكبر الإشكالات التي تحدث في منازعات العقود هي ضعف وسائل الإثبات ، وتهاون أطراف العقد في إثبات الحقوق بينهم ، أو إثبات الوقائع التي يستند إليها القضاء في الحكم بالمسئولية عن الخطأ لإلزام المتسبب بالتعويض .
ومن ذلك عدم وجود الإثبات المعتبر للأعمال الإضافية ، أو أن يقبل المقاول القيام بأعمال إضافية دون أن يكون التكاليف بها صادراً وفق الطريقة الصحيحة المتفق عليها في العقد ، أو صادراً من غير مختص .
وكذلك الاختلاف حول المواصفات ، ومدى الالتزام بها . وغيرها الكثير من الصور .
- 4- من أهم الإشكالات أيضاً ضعف الوسائل والمصادر التي تساعد القضاة على فهم واستيعاب الصيغ الحديثة والأعراف التجارية في عقود المقاولات الإنشائية ، وتصور الواقع المعمول به فيها ، خاصة مع تشابك وتعدد علاقات أطراف هذه العقود ، وتعقيد التزاماتهم ، مما يصعب معه على القاضي الوصول إلى تكييف دقيق لطبيعة العقد ، ومن ثم تطبيق الأحكام الشرعية عليه .
- 5- أيضاً هناك ضعف ونقص في بيوت الخبرة الفنية التي يستعين بها القضاء أو التحكيم في إبداء الرأي الفني المتخصص ، حول مسائل النزاع في عقود المقاولات الإنشائية المتخصصة .
- 6- تعنت وفساد بعض الجهات الحكومية ، أو بيروقراطيتها الطويلة ، يترتب عليها إضاعة الكثير من حقوق المتعاقدين معها ، بل إنه في بعض العقود يتعرض المقاول لبعض صور الإكراه والضغط التي تجبره على التنازل عن بعض حقوقه ، أو التوقيع

على شروط مجحفة في حقه ، لأن امتناعه عن التنازل أو التوقيع يؤدي لتعسف جهة الإدارة في التعامل معه ، ويقع عليه من الضرر أكثر مما يحتمله .
7- طول أمد النظر في هذا النوع من القضايا ، لدرجة تصل إلى سنواتٍ طويلة ، وهذا بلا شك يزيد في الضرر الواقع على الطرف المتضرر الذي لجأ إلى القضاء . وهذا التطويل والتعقيد يرجع لأسباب أهمها :

- أ- عدم وجود الدوائر القضائية المتخصصة بنزاعات المقاولات الإنشائية .
- ب- ضعف إمام القضاة بمستجدات هذه العقود ، والضعف في الجوانب الفقهية والقانونية المرتبطة بها ، وأهمها القدرة على التكيف الصحيح للعقد .
- ت- عدم وجود التقنين الواضح للأحكام الشرعية الذي يعين القاضي والمتقاضين على سرعة الوصول للحكم الشرعي الصحيح للنزاع .
- ث- العوامل الأخرى العامة التي يعاني منها القضاء حالياً مثل قلة عدد القضاة ، وضعف آلية تعيينهم وقيل ذلك تأهيلهم ، وعدم وجود الحوافز المادية والحقوق الوظيفية التي تعين القضاة على التفرغ للعمل والمثابرة فيه وتساعد على استقطاب الكفاءات الشرعية القانونية لوظيفة القضاء .
- 7- من الإشكالات كذلك وجود اللجنة التي نص عليها نظام المناقصات والمشتريات الحكومية في المادة (78) التي أناط بها النظر في مطالبات المقاولين مع الحكومة بالتعويض ، وهذه اللجنة ليست سوى زيادة عبء وإطالة أمد لهذا النوع من النزاعات ، لأنه في حال لم يقبل أي طرف بقرارها فله اللجوء للقضاء ليبدأ الدعوى من جديد .

كما أن بعض تنظيمات هذه اللجنة تعارض اختصاصات القضاء الإداري المختص بالتعويض ، وتعارض الإجراءات المنصوص عليها فيه .
مثل إعطاء الحق لمن يعترض على قرار اللجنة بأن يقدم اعتراضه أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً ، فهل يعني ذلك أنه لا يقبل منه المطالبة بعد الستين يوم ؟ إذا كان كذلك فهذا يعارض النص الواضح بأن المدة المقررة للمطالبة بالحقوق ضد جهة الإدارة هي خمس سنوات .
وإذا لم يكن تجاوزه لمدة 60 يوماً مانعاً لمطالبته فما الجدوى من هذا التحديد ؟