

اهمية التحكيم في حل النزاعات

جمعية المحكمين الفلسطينيين بالتعاون مع ملتقى رجال الاعمال الفلسطيني

ورشة عمل الخليل 7-3-2015

ورقة عمل

اسباب الخلافات في العقود

المهندس خضر القواسمة

أولاً: قواعد قانونية وتعاقدية :

1- تعريف العقد:

هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في العقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر .

" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني "

" العقد شريعة المتعاقدين "

" العقد هو توافق ارادتين أو أكثر على انشاء التزام "

" العقد هو وعد ينفذ بقوة القانون "

2- يجب أن تتم عملية الاتفاق بين بين طرفي العقد بتفاهم متبادل لموضوع الاتفاقية وينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول واي لفظ صدر أولا فهو ايجاب والثاني قبول.

3- يجب أن يكون القبول مطابق للإيجاب واذا اقترن القبول بما يزيد عن الإيجاب أو يقيدده أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجاب جديد.

4- إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون.

5- إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو شرط من شروط الانعقاد أو المحل بطل العقد .

6- لا يؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة وإنما يجب تصحيحه.

7- ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض ما تقضي به حسن النية.

8- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة متفقة مع ما يوجبه حسن النية ولا يقتصر العقد على التزام المقاول بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف.

9- في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم الآخر بتنفيذ ما التزم به .

10- في العقود الإنشائية : إذا تم عقد المفاوضة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين ان تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد اعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع اداء قيمة ما انجزه المفاوض من العمل وفقا لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة.

وإذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية
لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المفاوض أن يخطر
صاحب العمل قبل الاستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقعه من
زيادة في النفقات وإذا مضى في التنفيذ دون اخطار فلاحق
له في طلب الزيادة.

11- أدلة اثبات الحق:

الكتابة ، الشهادة ، القران ، المعاينة والخبرة، الإقرار،
اليمين.

12- إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في
الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام
التعاقدي (وإن لم يصبح مستحيلا) صار مرهقا
للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة
تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الفريقين
أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت
العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك
"نظرية الظروف الطارئة"

ثانيا - أنواع العقود:

- 1- العقد المدني: عقود بين الأشخاص العاديين او الاعتباريين.
- 2- العقد الإداري: تكون الادارة أحد اطراف الاتفاق.
- 3- العقد التجاري: يتعلق بالاتفاقيات التجارية لمختلف أنواعها وأهدافها.

**** المفهوم للفظ التجاري / يشمل مصطلح التجاري حسب التفسير الواسع وفقا للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة (الأونسترال) عام 1985م يشمل هذا المصطلح جميع العلاقات الطبيعية التجارية وهي اي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها : اتفاقات التوزيع والتمثيل التجاري، أو الوكالة التجارية ، ادارة الحقوق ، التأجير، التشييد، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، اصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل ، الأعمال المصرفية، التأمين، امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري ونقل البضائع والركاب جواً أو بحراً أو السكك الحديدية أو الطرق البرية وقد تبنت هذا التفسير العديد من قوانين التحكيم العربية.**

4- العقود الإنشائية والهندسية : يعتبر العقد الإنشائي من أكثر العقود تعقيدا وتشبيكا وأكثرها حدوثا للخلافات

**** عديدة هي انواع العقود المتعلقة بالنشاط الانشائي من حيث النوع والشكل والمضمون ونذكر منها نماذج على سبيل المثال:**

أ- عقود محلية : المالك مع المهندس المصمم

المالك مع المهندس المشرف

المالك مع مدير المشروع

المالك مع المقاول

المقاول مع الممول

المقاول مع مقاولين الباطن

المقاول مع موردي المواد والعمالة

وتختلف أشكال العقود فمنها ما هو على شكل عقد مبلغ مقطوع أو كميات أو مياومات أو بنسبة مئوية من التكاليف .

ب- أنواع عقود البنية التحتية :

1- عقد تصميم وتنفيذ design built

ويعهد به إلى المقاول بالتصميم والتنفيذ.

2- عقد تسليم مفتاح Turnkey contract

3- عقود إدارة مشاريع / مع مقاول أو مستشار.

4- عقود التمويل والتنفيذ.

أ- بناء وتسليم BT

ب- بناء وتشغيل وتسليم BOT

ج- بناء وتشغيل ومشاركة BOS

د- بناء وتشغيل وتملك BOOT

ج- أركان العقد: هي مجموعة العناصر التي تبطل المقابلة أو تكون قابلة للإبطال إذا لم تتوفر أحداها:

1- التراضي

2- المحل أي موضوع العقد (بماذا التزم الاطراف)

3- السبب أي الهدف أو الغرض من التعاقد (لماذا التزم الأطراف)

د- محتويات العقد:

- 1- أسماء الأطراف وعناوينهم وتاريخ التعاقد وصفة الأطراف.
- 2- محل التعاقد / موضوع العقد : (مقدمة العقد)
اسم المشروع ، طبيعة الأعمال، الموقع
- 3- التزامات الأطراف .
- 4- مدة التنفيذ وجواز التمديد.
- 5- قيمة العقد وطريقة المحاسبة والدفعات
- 6- مستندات وملاحق العقد التي تفصل بإسهاب أي شروط خاصة أو عامة أو مرجعيات .
- 7- مخالفة شروط العقد والغرامات.
- 8- لغة العقد والقوانين المرعية.
- 9- مرجعية حل الخلافات.
- 10- توقيع الأطراف.

ثالثاً: نشأة الخلافات :

مهما كانت صيغة العقود محكمة وممانعة لحدوث خلافات في وجهات النظر عند تنفيذ الاتفاق على أرض الواقع الا انه يبقى نشوء الخلاف متوقعا و يمكن اعتبار الأسباب الآتية أسباباً جوهرية في نشوء الخلاف :

- 1- صيغة العقد / جهل أو قلة خبرة منظم العقد .
- 2- سرعة الاتفاق على التعاقد قبل الدراسة الوافية من كلا الجانبين سواء مقدم العرض أو قابل العرض.
- 3- اختلاف التفسير لبنود العقد نظرا لتضارب المصالح أو الإسهاب الغير المبرر في تكرار بعض الامور.

- 4- طول مدة تنفيذ العقد كما هو في عقود المقاوله.
- 5- اختلاف مواصفات الأشغال أو الأعمال أو المواد المورده.
- 6- عدم التزام أحد الأطراف على أداء ما التزم به.
- 7- عقود المقاولات هي أكثر العقود المتوقع نشوء خلافات بها عند التنفيذ ويمكن اعتبار الأسباب الآتية إضافة إلى ما ذكر أعلاه مثارا للجدل والخلاف:

1- الاختيار غير الموفق من صاحب العمل للاستشاري أو المصمم أو طاقم الاشراف.

2- الاختيار المتسرع وغير الموفق للمقاول لاسباب عديدة.

3- وجود خطأ في التصميم وعدم استكمال الرسومات .

- 4- وجود شروط غير واضحة أو مجحفة.
- 5- حدوث أعمال غير متوقعة / الأعمال الإضافية .
- 6- تغيرات في الأعمال أو الكميات / الأعمال التغيرية والتكميلية.
- 7- عدم تسوية الخلافات في وقتها .
- 8- تغير الأحوال الجوية وحدوث فياضانات.
- 9- خطأ في التنفيذ واختلاف مواصفات المواد .
- 10- وجود اختلافات في طبيعة الموقع / مياه جوفية أو غيره مثل تغيير المناسيب ونوعية التربة .

- 11- ارتفاعات الأسعار غير الطبيعية.
- 12- سوء الادارة من كلا طرفي العقد.
- 13- تضارب المستندات.
- 14- مشاكل العمالة والمقاولين الفرعيين والآخرين.
- 15- عدم وجود آلية لحل الخلافات في وقتها.
- 16- تدخلات صاحب العمل.
- 17- تعسف الاستشاري.
- 18- طول مدة التنفيذ تعتبر مجالا واسعا لنشوء الخلاف .
- 19- تعدد أطراف عقد المقاوله وتحديد الصلاحيات والمسؤوليات .

20- خلاصة لما ورد أعلاه من أسباب الخلافات في عقود المقاولة
يمكن القول من التجربة والدراسات أن توزيع أسباب الخلافات تعود
بنسبة :

40 % للعقد	10 % الاستشاري
25 % إدارة العقد	10% أسباب اخرى
15 % المقاول	

ويؤكد هذا على أهمية صياغة العقد وتعيين مدير للعقد للاهتمام أول
بأول بكل ما ينشأ من خلافات وتقليلها للحد الأدنى.

رابعاً- تسوية الخلافات في عقد المقاولات

1- عقد المقولة الفلسطيني الموحد :

صدر قرار مجلس الوزراء (رقم 8 / 29 / 10 / م.و / أ.هـ) لسنة 2006 باقرار العقد الموحد للاعمال الإنشائية وقد جاء هذا العقد متوافقاً مع عقد الانشاءات النموذجي الصادر عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين **FIDIC** مع بعض التعديلات الطفيفة:

يتكون عقد المقولة الفلسطيني من جزأين:

الجزء الأول : الشروط العامة متوافق مع **FIDIC**

الجزء الثاني: الشروط الخاصة والنماذج

2- مجلس فض الخلافات / بموجب المادة 20 / 4 من الشروط العامة يمكن لأي طرف إحالة الخلاف خطياً إلى مجلس فض الخلافات المعين بموجب المادة 20/2 لدراسته واتخاذ القرار بشأنه ، ويرسل طالب النظر في الخلاف نسختين إلى الطرف الآخر و المهندس مع الإشارة إلى المادة 20 / 4 وإذا كان المجلس يتكون من ثلاثة أعضاء حسب المادة 20 / 2 يعتبر تاريخ استلام رئيس المجلس المسمى في العقد للاشعار تاريخ لاستلام المجلس للاشعار.

* هذا المجلس لا يعتبر هيئة تحكيم

* يصدر المجلس قراره خلال 84 يوم من تاريخ استلام الاشعار ويجب أن يكون القرار معللا وصادر بموجب أحكام المادة 20 / 4

* قرار المجلس ملزم للفريقين ما لم يرد اشعار بعدم الرضا من أحد الأطراف خلال 28 يوم من تاريخ استلامه للقرار للفريق الآخر .

* في حالة انتهاء فترة 84 يوم من دون أن يصدر المجلس قراره عندئذ يجوز خلال فترة 28 يوم التالية لانتهاء الفترة اصدار القرار أن يعلم الفريق الآخر بعدم رضاه.

* اشعارات عدم الرضا يتوجب بيان موضوع الخلاف واسباب عدم الرضا والتنويه أنه صادر بموجب المادة 20/4 .

* اللجوء إلى التحكيم لا يكون إلا بعد انقضاء فترة الاشعارات أو بعدم وجود مجلس لفض الخلافات لأي سبب

3- التسوية الودية / أو حسب المادة 20/5 أنه يتعين على الأطراف محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي قبل اللجوء للتحكيم وغير ذلك يجوز البدء بإجراءات التحكيم وفقا للعقد بموجب المادة 20/6 والمدة المطلوب محاولة التسوية الودية بها 56 يوم من تاريخ ارسال اشعار عدم الرضا ويعتبر انقضاء 56 يوم من بعد استلام الاشعار جوازا لبدأ اجراءات التحكيم حتى لو لم تتم محاولة التسوية الودية.

4- التحكيم / تتم اجراءات التحكيم وفقا لقانون التحكيم الفلسطيني (ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك) .

- شرط ومشاركة التحكيم

* شرط التحكيم بند من بنود العطاء ويسمى بذلك قبل نشوء الخلاف.

* مشاركة التحكيم هو اتفاق تحكيم بعد نشوء الخلاف في حالة عدم وجود شرط تحكيم في العقد وهذا خاضع لإرادة الطرفين.

* شرط التحكيم مهما كانت صياغته بالعقد يجب اللجوء للقضاء.

* شرط التحكيم بند مستقل لا ينتهي بانتهاء العقد أو فسخه.