القاضي ومراجعة عقد المقاولة على ضوء مواد نظام المعاملات المدنية السعودي

عبد الخالق بن سعيد بن حسن القحطاني
قسم القانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة جدة، جدة، المملكة العربية السعودية .
البريد الالكتروني: asq@tabayn.com.sa

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى معرفة سلطة القاضي في عقد المقاولة على ضوء نظام المعاملات المدنية السعودي ، من حيث مجاوزة المقايسة وإعادة التوزان العقدي وتعديل التعويض الاتفاقي ، وبيان تعريف عقد المقاولة وأحكامه، وإثراء المكتبة القانونية السعودية بهذا العمل المتواضع، والذي سيتم تطويره بشكل مستمر، و بيان حدود مراجعة القاضي لعقد المقاولة وبيان حقوق والتزامات كل طرف من أطرافه .

ويجيب الباحث في هذا البحث على عدة أسئلة وهي:-لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟ وتسمى المبررات. متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟ مظاهر التدخل. كيف يتدخل القاضي ؟ شروط التدخل. آثار تدخل القاضي ؟ النتيجة من تدخل القاضي

منهج البحث : اعتمد البحث المنهج التحليلي النقدي و المقارن أيضاً.

خلاصة البحث وأهم نتائجه أوجزها فيما يلي:

تعديل الفقرة الأولى من المادة السبعون بعد الأربعمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي وتحديد نسبة للمجاوزة الظاهرة حتى لا يكون هنالك اختلاف في السلطة التقديرية بين محكمة وأخرى أو قاضي وآخر .

اعتماد نماذج لعقد المقاولة وتكون معتمدة .

تعديل المادة التاسعة والسبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية السعودي وحذف الفقرة ٢ والفقرة ٣ منها وجعل سلطة القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي في حال عدم وجود شرط في العقد.

الكلمات المفتاحية: القاضي، عقد المقاولة، نظام، المعاملات المدنية، السعودي.

The judge and review the contract in light of the articles of the Saudi Civil Transactions System (A theoretical analytical study)

==========

Abdul Khaleq bin Saeed bin Hassan Al-Qahtani

Department of Law, College of Sharia and Law,

University of Jeddah, Jeddah, Kingdom of Saudi Arabia

Email :asq@tabayn.com.sa

Abstract:

This research aims to know the authority of the judge in the contracting contract in light of the Saudi civil transactions system, in terms of going beyond the analogy, restoring the contractual balance, amending the contractual compensation, explaining the definition of the contracting contract and its provisions, and enriching the Saudi legal library with this modest work, which will be developed continuously, A statement of the limits of the judge's review of the contract and a statement of the rights and obligations of each party.

In this research, the researcher answers several questions: Why does the judge or court intervene? They are called justifications. When does a judge intervene in a contracting contract? Manifestations of interference. How does the judge intervene? Intervention conditions. Effects of the judge's intervention? The result of the judge's intervention.

Research Methodology: The research adopted the critical and comparative analytical method as well.

The summary of the research and its most important results are summarized below:

• Amending the first paragraph of Article ٧٠ after ٤٠٠ of the Saudi Civil Transactions Law and specifying a percentage for the apparent excess so that there is no difference in discretionary authority between one court and another or one judge and another.

• Approval of approved contract forms.

• Amending Article ١٧٩ of the Saudi Civil Transactions Law and deleting paragraphs ٢ and ٣ thereof and granting the judge the authority to estimate the agreed upon compensation in the absence of a condition in the contract.

Keywords: Judge, Contracting Contract, System, Civil Transactions, Saudi.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، وأصلي وأسلم على النبي الأمين، المبعوث رحمة للعاملين، محمد إمام الأنبياء وسيد المرسلين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد.

فإنه مع تعدد حاجات الإنسان، ومع تزايد رغباته في العيش في حياة كريمة وسكنه في مسكن هادئ وآمن، فلا غنى للإنسان عن الخدمات والأعمال التي لا يقوم بها بنفسه، ومن هذه الأعمال، أعمال البناء والتي هي محل بحثنا هذا، وهو ما يسمى بالمقاولة، لأنه لا بد لأي إنسان يرغب في خدمة له من أخر أن يبرم عقدًا، ومع اختلاف أنواع وأشكال العقود، ومن أسمى حاجات الإنسان هي أعمال البناء، مع تعدد الحاجة لها، من مساكن أو مدارس أو مستشفيات أو مصانع وغيرها، لذا فإن الباحث قد رأى أهمية بحث عقد المقاولة وسلطة المحكمة التقديرية في التدخل في حال وجود خلاف في العقد بين أطرافه.

يهدف هذا البحث إلى معرفة سلطة القاضي في عقد المقاولة على ضوء نظام المعاملات المدنية السعودي ، من حيث مجاوزة المقايسة وإعادة التوزان العقدي وتعديل التعويض الاتفاقي ، وبيان تعريف عقد المقاولة وأحكامه، ويجيب الباحث في هذا البحث على عدة أسئلة وهي:-

١ـ لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟ وتسمى المبررات.

٢ـ متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟ مظاهر التدخل.

٣ـ كيف يتدخل القاضي ؟ شروط التدخل.

٤ـ آثار تدخل القاضي ؟ النتيجة من تدخل القاضي .

وتتوقع هذه الدراسة أن تساهم في إلقاء الضوء على أهمية عقد المقاولة كآلية رئيسية في تنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، وسلطة المحكمة

والقاضي في التشريعات المدنية نحو تحديث وتطوير أنظمة العقود لمواكبة التحولات الاقتصادية والتكنولوجية الحديث.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في الآتي:

١ـ يعد عقد المقاولة في بعض بنوده مثل تجاوز المقايسة والتوازن العقدي والتعويض الاتفاقي موضوع دقيق وأحكامه الملزمة جديدة على النظام السعودي، وتغيب بعض مفاهيمه ومبادئه على كثير الناس، فجعل الباحث هذا البحث يسلط الضوء على الاحكام الخاصة في النظام السعودي وسلطة القاضي في مراجعة عقد المقاولة .

٢ـ إثراء المكتبة القانونية السعودية بهذا العمل المتواضع، والذي سيتم تطويره بشكل مستمر.

٣ـ بيان حدود مراجعة القاضي لعقد المقاولة.

أهداف البحث

يهدف الباحث من إجراء هذا البحث إلى تحقيق عدة أهداف رئيسية تتمثل فيما يلي:

١ـ التعريف بعقد المقاولة: سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون.

٢ـ بيان سلطة القضاء في عقد المقاولة: وبيان أسباب مراجعة القاضي للعقد.

٣.إنتهاء عقد المقاولة .

باختصار، يهدف الباحث في هذا البحث إلى تعريف القارئ على عقد المقاولة في نظام المعاملات المدنية، وبيان حقوق والتزامات كل طرف من أطرافه وسلطة القاضي فيه .

أسئلة البحث:

بناءً على أهداف البحث التي تم تحديدها، يمكن تحديد مجموعة من الأسئلة التي ينبغي أن يطرحها البحث لتحقيق تلك الأهداف. إليك بعض الأسئلة التي ينبغي أن يستكشفها البحث:

١. لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟ وتسمى المبررات.

٢. متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟ مظاهر التدخل.

٣. كيف يتدخل القاضي ؟ شروط التدخل.

٤. آثار تدخل القاضي ؟ النتيجة من تدخل القاضي .

حدود البحث: اعتمد الباحث في دراسته على نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية

كما اعتمد الباحث في بحثه الزمني حتى عام ١٤٤٥هـ .

إشكالية البحث :

لا يخفى على أحد أن عقد المقاولة مع تعدد أشكاله وأنواعه ذات أهمية على المستوى الشخصي في المباني الخاصة أو على المستوى العام كالمباني المدارس والمستشفيات والمصانع وغيرها، ولأن عقد المقاولة لم يسبق أن وجد له تنظيم خاص به في النظام السعودي، وتفرد نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) بتاريخ ١١/٢٩/ ١٤٤٤هـ بوضع أحكام خاصة به في فصل كامل جمع فيها النصوص النظامية الحاكمة لعقد المقاولة في النظام السعودي، وهذه الأحكام لم تكن جديدة على كل مُطّلع على الجانب الشرعي أو القانوني بشكل عام، ولكنها جديدة على عامة الناس والمتعاملين بهذا العقد، وفيها خلاف سابقاً قبل صدور نظام المعاملات المدنية ؛ لذا فقد تولد للباحث أن دراسة سلطة القاضي في مراجعة العقد المقاول تشكل أهمية خاصة في الوقت الحاضر، نظراً للأحكام النظامية الجديدة، ونظرًا لكثرة تحرير عقود

المقاولات وانتشارها، ونظراً لما وضعه المنظم من سلطة تقديرية للقاضي والمحكمة في مراجعة عقد المقاولة والتي قد تختلف بين قاضي وآخر في تقديرها في عدة جوانب وأهمها:

١ـ المراجعة في ضوء مجاوزة المقايسة.

٢ـ المراجعة لإعادة التوازن العقدي.

٣ـ المراجعة في التعويض الاتفاقي.

ويطرح البحث في كلّ مرحلة من مراحله الأسئلة الفرعية التالية :

١ـ لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟ وهنا نبحث عن المبررات.

٢ـ متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟ وهنا نبحث عن مظاهر التدخل.

٣ـ كيف يتدخل القاضي ؟ وهنا نبحث في شروط التدخل.

٤ .آثار تدخل القاضي ؟ وهنا نحاول البحث في النتيجة من تدخل القاضي .

الدراسات السابقة:

١ـ الباحث/ طارق بهاء الدين العياشي في بحثه المعنون بـ "سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات" رسالة ماجستير، من جامعة الشرق الأوسط ـ كلية الحقوق) وتوصل إلى بعض النتائج ومنها:

١-إن للشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) أهمية كبيرة في العقود، خاصة عقد المقاولة حيث أن الشرط الجزائي يؤكد على مبدأ أساس وقاعدة قانونية أساسية وهي سلطان الإرادة، حيث يقضي الشرط الجزائي بضرورة التقيد بشروط وبنود عقد المقاولة والذي يعتبر من أهم وأخطر العقود في حياتنا.

٢-إن القوانين أعطت القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد، وتعديل شروط العقد (تعديل الشرط الجزائي) وهذا ما يعتبر استثناءً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وأوصى الباحث ببعض النتائج ومنها:

أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) يجب أن تكون محددة وفق ما اقتضاه الاتفاق وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين واحتراماً لمبدأ حرية التعاقد بين أطراف عقد المقاولة.

ضرورة تحديد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون واعتبار أن الاتفاق على قيمة الشرط الجزائي ملزم للأطراف من دون تدخل القضاء إلا في حالات معينة، حيث أن القضاء ما هو إلا وسيلة لإطالة النزاع، وذلك عن طريق تعديل النص النظامي (يقع باطلاً كل أتفاق يخالف ذلك) لكيلا يكون متعلق بالنظام العام.

٢. الباحث/ فيصل إبراهيم العفيشات في بحثه المعنون بـ "أثر الشرط الجزائي في عقود المقاولات الانشائية في القانون الأردني"، رسالة ماجستير، من جامعة مؤته ـ كلية الدراسات العليا، وتوصل إلى بعض النتائج ومنها:

١-لم يورد المشرع الأردني في القانون المدني الأردني كلمة الشرط الجزائي في مواده ولكن استعاض عنها بكلمة التعويض الاتفاقي والتي تعطي نفس المعنى.

٢-الشرط الجزائي قد يكون مجحفاً في حق أحد طرفي العقد زيادة أو نقصانًا.

وأوصى الباحث بما يلي:

الأصل في حل النزاعات هو التحكيم، لذلك يجب تقييد سلطة المحكمة والقاضي في حل المنازعات، كونها تطيل مدة النزاع بين طرفي العقد.

تقييد سلطة القاضي، بتعديل الشرط الجزائي، لأن إطلاق أو تقييد سلطة القاضي يؤدي إلى إضعاف الشرط الجزائي.

٣. الباحث / علي عبد الأحمد أبو البصل في بحثه المعنون بـ "عقد المقاولة

والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ـ دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه، من الجامعة الأردنية ـ كلية الدراسات العليا، وتوصل إلى بعض النتائج ومنها:

١-عقد المقاولة عقد جديد في الفقه الإسلامي، ينهض في أحكامه على مجموعة عقود في الفقه الإسلامي، وهي عقد البيع وعقد الإجارة وعقد السلم، وعقد الجعالة، وعقد الاستصناع.

٢-يشمل عقد المقاولة عدة عقود في الفقه والقانون، وهي (عقد الإعلان وعقد النشر وعقد النقل وعقد التوريد والعقود مع أصحاب المهنة الحرة كالمحامي والمعلم والطبيب والمحاسب).

وأوصى الباحث بما يلي:

أهمية عقد النقل وعقد الإعلان عقود المهن الحرة كونها لم يتم التعرض لها كصور تطبيقية لعقد المقاولة.

أهمية الإشارة إلى الإدارة في عقد المقاولة كونها تمثل أمر جوهري بين عقد المقاولة وعقد العمل.

منهج البحث: اعتمد البحث المنهج التحليلي النقدي و المقارن أيضاً.

تقسيمات البحث:

الفصل الأول: مفهوم العقد بصفة عامة.

المبحث الأول: مفهوم العقد بصفة عامة لغةً وشرعًا وقانونًا.

المبحث الثاني: مفهوم عقد المقاولة شرعًا وقانونًا.

المبحث الثالث: خصائص عقد المقاولة في نظام المعاملات المدنية.

الفصل الثاني: سلطة القضاء في عقد المقاولة.

المبحث الأول: مراجعة القاضي لعقد المقاولة في صورة مجاوزة المقايسة

.

المبحث الثاني: مراجعة القاضي لإعادة التوازن العقدي.

المبحث الثالث: مراجعة القاضي للتعويض الاتفاقي.

□

الفصل الأول: مفهوم العقد بصفة عامة.

نتناول في هذا الفصل من البحث مسألة التعريف بالعقد بصفة عامة، في المبحث الأول، وتعريف عقد المقاولة بصفة خاصة بالمبحث الثاني، كالتالي:

المبحث الأول

مفهوم العقد بصفة عامة لغة وشرعا وقانوناً.

ينقسم تعريف العقد إلى شقيين، تعريفه لغةً وتعريفه اصطلاحًا، ونبينهما كالآتي:

١ـ تعريف العقد لغة:

"يأتي بمعنى الربط والشد، "عقده تعقيدًا أي: جعل له عقودًا، وعقدت الحبل ونحوه فانعقد، والعقدة: موضع العقد من النظام ونحوه.

وعقدة كل شيء: إبرامه.

وعقدة النكاح: وجوبه.

وعقدة البيع: وجوبه" (١).

"وعقد الحبل والبيع والعقد، يعقده عقدًا فانعقد: شده، والذي صرح به أئمة الاشتقاق: أن الأصل نقيض الحل، عقده يعقده عقدًا وتعقادًا، وقد انعقد وتعقد، ثم استعمل في أنواع العقود، ومن البيوعات والعقود وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم" (٢).

٢ـ تعريف العقد اصطلاحًا:

له في الإصلاح معنيين، هما:

---

(١) العين (١/١٤٠).

(٢) تاج العروس (٨/٣٩٤)، لسان العرب (٣/٢٩٦).

المعنى العام: كل عهد أو أمر يلتزم الشخص فعله أو يُلزم غيره فعله.

المعنى الخاص: ربط الإيجاب والقبول، وهو الغالب عن الإطلاق في عقود المعاملات عند الفقهاء" [(١)].

وقد عرفه علاء الدين البخاري: "وعندنا العقد هو: ربط اللفظ باللفظ لإيجاب حكم؛ نحو ربط لفظ اليمين بالخبر المضاف إليه، لإيجاب الصدق منه وتحقيقه، وربط البيع بالشراء لإيجاب الملك"[(٢)].

وعرفه الزركشي بأنه: "ارتباط الإيجاب والقبول الالتزامي؛ كعقد البع والنكاح وغيرهما" (٣).

٣ـ تعريف العقد عند فقهاء القانون:

عُرف بأنه: "العقد أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله" (٤).

وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه: "توافق إرادتين على إحداث إثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه" [(٥)].

---

(١) د. نايف بن محمد اليحيى، (١٤٤٢هـ)، تصحيح العقود المالية الفاسدة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، الجمعية العلمية القضائية السعودية، ص ٣٢، ٣٣.

(٢) كشف الأسرار لشرح أصول البزدوي (٩٨/٢)، وينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص:١٦١).

(٣) المنثور في القواعد الفقهية (٣٩٧/٢).

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص ١٣٧.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٣٨.

٤ـ تعريف العقد في الأنظمة القانونية:

عرف نظام المعاملات المدنية السعودي العقد في المادة رقم ٣١ منه بقوله: "ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاعٍ معيّنةٍ لانعقاد العقد".

وعرفه القانون المدني العراقي في المادة ٧٣ منه بأنه: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

وعرفه القانون المدني الأردني في المادة رقم ٨٧ منه بأنه: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الأخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر".

كما وعرفه القانون المدني الكويتي في المادة رقم ٣١ منه بأنه: "العقد هو ارتباط الإيجاب والقبول على إحداث أثر يرتبه القانون".

وقد عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة رقم ١١٠١ بأنه: "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء".

إلا وأن القانون المدني المصري والسوري والليبي والسوداني والموريتاني والتونسي والمغربي لم تتطرق إلى تعريف العقد، وترك هذا الموضع لفقهاء القانون.

المبحث الثاني

مفهوم عقد المقاولة شرعًا وقانونًا

١ـ عقد المقاولة شرعًا:

باجتهاد الباحث لم يجد تعريفاً في الفقه الإسلامي لعقد المقاولة ويعتقد الباحث أن هذا السبب لعدم وجود هذا المسمى في الزمن الماضي، ولكنه عُرف أصل هذا العقد وهو عقد الاستصناع وهو نوع من أنواع عقد المقاولة.

ومن حسنات دينا الحنيف أنه يتسم بالمرونة في التطور حاجات الناس المتنوعة والمتجددة، وهنا يظهر دور الاجتهاد في وضع القوانين التي تنظم هذه الحاجات المتنوعة والمتجددة، بما يوافق الشريعة الإسلامية.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم: ٦٥ (٧/٣) [١] ما يلي:

-أولاً: إن عقد الاستصناع-وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة-ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي: -

١ـ بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصاف المطلوبة.

٢ـ أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجل الثمن كله وتقسيطه إلى أقساط معلومة الآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

---

(١) مجلة المجمع، العدد السابع، ج ٢، ص٢٢٣.

ونذكر بعض التعريفات لعقد الاستصناع:

جاء في بدائع الصنائع عقد الاستصناع هو: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه الحمل" (١).

وجاء في فتح القدير: "الاستصناع طلب الصنعة، وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر: اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دساً أي برمه تسع كذا، وزنها كذا، على هيئة كذا بكذا. ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطي شيئًا فيعقد الآخر معه" (٢).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية أنه: "مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئًا" (٣).

ويرى الباحث أن التعريف الوارد في مجلة الأحكام العدلية هو تعريف شامل وواضح، وهو الأنسب من خلال بحثه واطلاع في هذا الباب.

٢ـ عقد المقاولة قانونًا:

عرف نظام المعاملات العربية السعودي عقد المقاولة في المادة الحادية والستون بعد الأربعمائة، بأن المقاولة: "عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل مقابل أجر دون أن يكون تابعاً لصاحب العمل ولا نائباً عنه".

ونعتمد هذا التعريف لأنه ورد في النظام المقصود في بحثنا هذا، ولكننا سنتطرق لبعض التعاريف لتحليل الفروقات فيها، ومنها:

القانون المدني المصري في المادة ٦٤٦ والذي عرف المقاولة بأنه: "عقد

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني.

(٢) فتح القدير تأليف كمال الدين ابن الهمام السيواسي، ج ٧، ص ١١٤.

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٨٨.

يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

ونجد أن الفرق بين تعريف عقد المقاولة بنظام المعاملات المدينة السعودي والقانون المدني المصري، هو أن المنظم السعودي جعل للمقاول خصيصة أساسية وهو أن يقوم بهذا العمل-المقاولة-باستقلال، فلا يخضع لإشراف أو إدارة من المتعاقد الآخر.

وقد عُرف عقد المقاولة بأنه: "عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين الحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته" [(١)].

□

(١) شرح أحكام عقد المقاولة، أ د. محمد لبيب شنب، الطبعة الأولى ٢٠١٥م، مكتبة الوفاء القانونية، ص ١١.

المبحث الثالث

خصائص عقد المقاولة في نظام المعاملات المدنية السعودي الجديد

مما سبق من التعريف المتقدم نستخلص أن عقد المقاولة يتسم بالخصائص التالية:

١ـ عقد رضائي: فالمنظم لم يشترط له شكلاً معيناً لانعقاده-ولذلك فهو- ينعقد بمجرد تراضي طرفيه، وقد يكون عقداً مكتوباً أو عقداً شخصياً.

٢ـ عقد معاوضة: أي أن كلا طرفي العقد يأخذ مقابلاً، فالمقاول يقوم بالعمل-سواء بمواد أو بدون مواد-ورب العمل يدفع الأجر.

٣ـ عقد ملزم للجانبين: "أي أنه يرتب التزام على أطراف العقد منذ انعقاده، فهي ترتب منذ نشأتها التزامات على عاتق كل من طرفيها، أهما للمقاول إنجاز العمل المطلوب منه، والنسبة لرب العمل دفع الأجر المستحق عن هذا العمل، ويترتب على هذه الصفة التبادلية للمقاولة نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعة الهلاك" [(١)].

٤ـ عقد وارد على العمل: فالعمل عنصراً أساسياً في عقد المقاولة، وذلك لأن المقاول يعمل باستقلالية ودون إشراف من رب العمل.

"ومتى توافرت الخصائص السابقة في عقد من العقود، كان عقد مقاولة، أياً كانت طبيعة العمل المطلوب القيام به" [(٢)].

---

(١) شرح أحكام عقد المقاولة، أ د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) شرح أحكام عقد المقاولة، أ د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤.

الفصل الثاني

دور القضاء في عقد المقاولة

جاء في القاعدة العاشرة من المادة ٧٢٠ من نظام المعاملات المدنية من فصل القواعد الكلية التي نصت على: "الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم"، والأصل أن العقد شريعة المتعاقدين؛ استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وعليه فإن الأصل أن لا سلطة للقاضي على العقد، وأقصد هنا عقد المقاولة، غير أنه وفي إطار عقد المقاولة، نستنتج بعد الاطلاع على النصوص النظامية في مواد نظام المعاملات المدنية أن هنالك دور يقوم به القاضي في العقد، وهو ما سنبحثه في هذا الفصل، لتوضيح دور القاضي وسلطته في مراجعة عقد المقاولة.

المبحث الأول

مراجعة القاضي لعقد المقاولة في مجاوزة المقايسة

ولفهم هذا المبحث بشكل سهل وميسر، وبعد تعريف عقد المقاولة، يلزمنا أولاً شرح معنى مجاوزة المقايسة قبل الشروع في بحث دور القاضي والاستناد على النظام فيها.

المقايسة هي: هي تحديد الكميات والأعمال المطلوب تنفيذها وتقييمها بسعر محدد.

وبتعريف آخر لمقايسة هي: "وضع ميزانية تقديرية للعمل من قبل رب العمل قبل البدء فيه من قبل المقاول ليعرف رب العمل كم سيكلفه هذا العمل وكم سيدفع من الأجر. كما أنها عرفت المقايسة: "وهي بيان مفصّل للأعمال الواجب القيام بها والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال والأجر الواجب دفعه عن كل عمل وأسعار المواد التي تستخدم" [(١)].

---

(١) عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، (٢٠١٠م) د. إبراهيم شاشو، مجلة جامعة دمشق =

والهدف من معرفة المقايسة قبل البدء في العمل هو معرفة وتحديد التكاليف بشكل دقيق ليتمكن كل طرف من أطراف عقد المقاولة من معرفة حقوقه والتزاماته، كما أن تحديد المقايسة وتسعيرها يساعد في تجنب الخلافات في العقد، والتأخير في تنفيذ الأعمال.

ومما سبق تفصيله وبيانه فإن الباحث قد رأى أهمية هذا المبحث في البحث؛ وذلك لأن العمل كان سابقاً في المحاكم وفي هيئات التحكيم في حال وجود خلاف بين رب العمل والمقاول حول المقايسة، فيتم حساب كمية الأعمال المنفذة على الطبيعة ويتم تقييمها وإلزام رب العمل بدفع قيمتها للمقاول.

ونقطة الخلاف وهي محل البحث أنه قد يكون العقد المبرم بين الطرفين محدد القيمة على سبيل المثال (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون ريال سعودي، ولكن بعد حساب الأعمال المنفذة يكون المبلغ يفوق ذلك بمجاوزة ظاهرة وقد يصل للضعف ولأكثر، وهذا محل أغلب الخلافات؛ وذلك لأن رب العمل قد أسس حساباته والتزم بالمبلغ المدون في العقد، وأن في اختلاف هذا المبلغ بالزيادة يجعل رب العمل قد غُرر به لأن المقاول هو أهل للصنعة ويعلم تفاصيل لا يعلمها رب العمل بحكم اختصاصه وممارسته لعمله، وقد تنبّهَ المنظم بهذه الخلاف فأفرد له نصّا نظامياً يحكم هذه المسألة.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة السبعون بعد الأربعمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي على: "١-إذا أُبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزةً ظاهرةً؛ لزم المقاول أن يعلم في الحال صاحب العمل بذلك مبينًا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الأجر، فإن لم يفعل سقط حقه في طلب

للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجل د٢٦، عدد٢، ص٧٥٣.

ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات".

وباجتهاد الباحث المتواضع في تحليل هذا النص فقد رأى أن المنظم في تنظيمه لهذه المسألة وضع قيوداً وهي كالاتي:

أ- أن يكون هنالك تصميم للعمل سابقاً للبدء فيه، متفق عليه من طرفي العقد، موضحاً به المقايسة (الكميات)، ويرى الباحث أن عبء إثبات التصميم واعتماده والاتفاق عليه يقع على عاتق المقاول؛ وذلك لأنه المعنيِ بهذا الحق في النص هو المقاول.

ب- أن تكون المجاوزة (الزيادة) مجاوزة ظاهرة أي بمعنى زيادة جسيمة.

ت- أن يبلغ المقاول صاحب العمل في الحال، وأن يبين المقاول لصاحب العمل مقدار الزيادة المتوقعة في الأجر، فإذا لم يبلغ المقاول صاحب العمل بالزيادة وبمقدارها في الحال سقط حقه في المطالبة بنفقات هذه الزيادة.

كما ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على: "٢-إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمةً؛ فلصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ، على أن يكون ذلك دون تأخر، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرةً وفقاً لشروط العقد".

ومن هذا النص نستنتج أن المنظم جعل لصاحب العمل حقا في التحلل من العقد وإنهائه في حال كانت المجاوزة جسيمة؛ وجعل المنظم هذا الحق مشروطاً بالمبادرة في التحلل والإنهاء دون تأخير، وألزم المنظم صاحب العمل بسداد المقاول قيمة ما تم إنجازه من أعمال وفقاً لشروط العقد.

ولم يجد الباحث من خلال بحثه واجتهاده في هذا الموضوع أنه قد سبق وتم بحثه بشكل دقيق، إلا أن هنالك بعض الأعمال القانونية التي تناولت جزء من موضوعنا هذا، وبحث مسألة طرق تحديد الثمن في الأحكام الفقهية، ومنها

عمل الدكتور عبدالله بن صالح السيف، والذي بحث المسألة فقهياً ورأى: "جواز عقد الاستصناع ولزومه للطرفين بعد العقد رفعاً للضرر- فيرتجح للباحث جواز أن يطلب صاحب العمل من المقاول أن يعمل له عملاً، وأن تكون المواد من قبل المقاول، ويشترط العلم بالعوض ووقت حلوله، ويشترط كذلك العلم بالمستصنع-وهو السلعة المتقاول عليها-علماً يمنع النزاع والشقاق، ويرفع الجهالة، وذلك بذكر المواصفات والشروط الدقيقة، وهي متيسرة في زمننا. ولله الحمد" (١).

وقد اشترط لصحة العقد وصحة محله: "أن يكون العمل المعقود عليه معلوماً للعاقدين علماً ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع غالباً ويحقق الرضا التام، ويتحقق ذلك بوصف المعقود عليه وتعيينه في العقد من خلال بيان نوعه وأوصافه وقدره وطريقة أدائه وكل ما يزيل الجهالة عنه ويجعله واضحاً بيناً لطرفي العقد" (٢).

وأشار الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب إلى أنه: "وعيب هذه الطريقة أنها لا تحدد مدى التزام رب العمل مقدماً ولو على وجه تقريبي، لأن الأجر الذي يلتزم به لا يتحدد فعلاً على أساس مقدار الأعمال التي نفذت " (٣).

ويرى الباحث أن المنظم السعودي في هذه المسألة قد أحكم لها نصوصاً

---

(١) الأحكام الفقهية المتعلقة بطرق تحديد الثمن في عقود المقاولات، د. عبد الله بن صالح السيف، مجلة الدراسات الإسلامية جامعة الملك سعود، المجلد ٢٨، العدد ٢، ص٢٧٨، الرياض (٢٠١٦م-١٤٣٧هـ)

(٢) بدائع الصنائع،٥/٥٤٩، القوانين الفقهية: ابن جزي ص١٦١، مغني المحتاج:٣/٤٥٣، كشاف القناع:٣/٥٤٩، الفقه الإسلامي وأدلته: د.الزحيل ج٥/٣٨١٢

(٣) شرح أحكام عقد المقاولة، أ د. محمد لبيب شنب، الطبعة الأولى ٢٠١٥م، مكتبة الوفاء القانونية، ص٩٧.

حديثة استجدت في نظام المعاملات المدنية، ويرى أنها ستقلل من النزاعات والخلافات حول هذه المسألة؛ إلا أن المشرع السعودي جعل للقاضي سلطة في تقدير المجاوزة الظاهرة، فنجد أن الفقرة الأولى من المادة السبعون بعد الأربعمائة نصت على أن تكون مجاوزة المقايسة مجاوزة ظاهرة والمجاوزة (مصدرها جاوز) ومعناها تعدى والتجاوز وظاهرة تعنى (بان واتضح وجوده)، والمجاوزة الظاهرة تعني (التجاوز البين أو التجاوز الواضح)، وبالتالي فسلطة المحكمة في تقدير هذه المجاوزة وهل هي مؤثرة على أطراف العقد أم لا.

يرى الباحث أن المنظم السعودي وإن أحكم أحكام هذه المساءلة، وجعل للقاضي سلطة تقديرها، إلا أنه قد يتخلف القضاء بين محكمة وأخرى أو قاضي وآخر في هذا التقدير، فلا حد له ينظم الاجتهاد فيه، وهذه أحد الملاحظ على هذه المادة، كما أن أطراف العقد قد يلجوا للمحكمة وللقاضي، وقد يكون هذا اللجوء محل خلاف أيضاً.

ونجيب على الأسئلة التالية :-

١ـ لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟

ج١ :يتدخل القاضي لبسط سلطته في تقدير نسبة الزيادة في المقايسة والتأكد من التزام كلاً من طرفي العقد .

٢ـ متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟

ج٢: عند نشوء الخلاف وطلب أحد طرفي العقد التدخل .

٣ـ كيف يتدخل القاضي ؟

ج٣:يتدخل القاضي بتطبيق النصوص النظامية على الواقعة ومدى التزام طرفي العقد بتنفيذ التزاماتهم المنصوص على عقداً ونظاماً.

٤.آثار تدخل القاضي ؟

ج٤:ينتج عن تدخل القاضي مراجعة عقد المقاولة والنظر في مجاوزة المقايسة والحكم فيها إما بإمضائها أو الحكم بعدم استحقاقها.

وفيما يلي حكم هيئة التحكيم والذي يوضح ويبيّن مدى أهمية سلطة القاضي والمحكمة في مجاوزة المقايسة :-

التطبيق القضائي: حكم صادر من هيئة التحكيم في دعوى مقامة من مقاول ضد صاحب عمل .

الوقائع :

تعاقد مقاول مع صاحب عمل على أعمال بنية تحتية واعمال تجفيف المياه في مشروع بقيمة ثلاثة ملايين ريال ونص العقد على حساب الاعمال المنفذة بعد اكتمال العمل، وبعد بدء العمل احتاج المقاول إلى زيادة في المقايسة واستمر في العمل دون أن يبلغ صاحب العمل بالزيادة ؛ حتى أصبح المقاول يطالب صاحب العمل بمبالغ مالية كبيرة تفوق قيمة العقد ثلاث مرات ونشأ هنا الخلاف ، وأحيلت القضية لهيئة التحكيم وطلب المقاول الحكم له بقيمة الاعمال المنفذة على الطبيعة ، وجاوب صاحب العمل بأنه اتفق مع المقاول على قيمة محددة في العقد وانه لم يكن يعلم بهذه الزيادة في الاعمال وأنها مجحفة في حقه ولا يستطيع على دفعها .

وانتهت هيئة التحكيم بالحكم للمقاول بقيمة الأعمال المنفذة على الطبيعة بعد أخذ رأي جهة خبرة وحكمت بمبالغ مالية تفوق مبلغ ١٣ مليون ريال . وقد تم تأييد الحكم من محكمة الاستئناف المختصة.

ويرى الباحث بعيداً عن التعقيب على الحكم أن في مثل هذه الحالة غرر وجهالة ، وان المقاول هو صاحب خبرة واختصاص وان عليه بذل العناية في التقدير قبل البدء في الأعمال حتى لا يتأثر صاحب العمل ويلزم بمبالغ لم يكن قد حسب حسابها ، كما أنها لم تكن مجاوزة المقايسة منظمة بشكل دقيق قبل نظام المعاملات المدنية السعودي .

المبحث الثاني

مراجعة القاضي لإعادة التوازن العقدي

إن من سماحة ديننا الحنيف أن الشريعة الإسلامية صالحة ومصلحة لكل زمان ومكان، لإحقاق العدالة ودفعاً للضرر، وغايتها استمرار العقود والمحافظة على توازنها بين طرفيها، مراعاة للمصلحة العامة والخاصة وهذا ما نهجه المشرع السعودي في إصدار الأنظمة الخاصة والحديثة والتي تعنى بالتعاملات المدنية بين أفراد المجتمع أياً كانوا، فأفرد المشرع لها نصوصاً نظامية اعتنى بها لإعادة التوزان العقدي بسبب الظروف الاستثنائية.

"ويرجع تاريخ نظرية الظروف الطارئة في المملكة العربية السعودية إلى عام ١٣٨١هـ، حيث صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨٠ في ١٣٨١/٨/٢هـ، وبه قرر مجلس الوزراء تعويضاً لمقاول تعاقد مع الإدارة على إقالة مستشفى في مدينة الدمام، عما لحقه من خسائر، نتيجة لارتفاع الأسعار بسبب أزمة قناة السويس، ثم اضطردت قرارات مجلس الوزراء على تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليس على عقود الأشغال فقط، بل على غيرها من العقود الإدارية، كعقود التوريدات مثلاً" (١).

"إن الأصل أن يتم إبرام العقود على التزامات متعادلة تحقق المساواة بين طرفيه، لكنها قد تختفي عند تنفيذه بسبب قوة قاهرة أو حادث طارئ ينشأ عنه استحالة التنفيذ أو إرهاق في تنفيذ العقد يهدد المدين بخسارة فادحة، ويجب أن يحدد هذا الإرهاق أو تلك الاستحالة بصورة موضوعية تقدر مصالح الأطراف والمصلحة العامة في استقرار العقود والمعاملات وتراعي اختلاف الوقائع والأحوال والظروف والملابسة لكل عقد، وهو ما يعني إتاحة قدر من السلطة

---

(١) دروس في القانون الإداري، د. عبد الفتاح حسن، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٧٣م، ص٢٣٢.

التقديرية للقاضي لإعادة التوازن العقدي بين الطرفين، مستعملاً عدداً من الحلول القضائية المستندة للمرجعية التشريعية للقضاء، وحيث تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر النصوص النظامية والأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية" (١).

كما أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي قرر في قراره رقم ٧ في الدورة الخامسة بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، حيث قرر المجلس ما يلي:

١- في العقود المتراخية التنفيذ-كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات-إذا تبدلت الظروف التي تم التعاقد عليها فيها تبدلاً غيّر الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة عند التعاقد فأصبح تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع وبناء على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزّع القدر المتجاوز من الخسارة على الطرفين المتعاقدين كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له-صاحب الحق في التنفيذ-يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة، حيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- يحق للقاضي أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

---

(١) الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، د. محمد بن علي القرني، مجلية علوم الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى، العدد ٨٣، ديسمبر ٢٠٢٠، ص١٥٢٩.

ويرى المجلس في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين، بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، والله ولي التوفيق.

ونجد أن هذا القرار رسم في بدايته شروط تحقق حالة الظروف الطارئة، وأوصى بالحلول التي يأخذ بها القاضي.

ونجد أيضاً أن المشرع السعودي في نظام المعاملات المدنية، أخذ بما سبق من اجتهادات فقهية، ولكنه أقرها بعدة نصوص نظامية حاكمة، فنصت المادة السابعة والتسعون منه على: "١-إذا طرأت ظروف استثنائيةُ عامَةُ لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحةٍ؛ فله – دون تأخرٍ غير مسوغ – دعوة الطرف الآخر للتفاوض.

٢-طلب التفاوض لا يخول المدين الامتناع عن تنفيذ الالتزام.

٣-إذا لم يُتوصل إلى اتّفاقٍ خلال مدَةٍ معقولةٍ؛ فللمحكمة تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

٤-يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف أحكام هذه المادة".

كما نصت المادة العاشرة بعد المائة من ذات النظام على أنه: "١-في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسببٍ لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تقاء نفسه.

٢-إذا كانت الاستحالة جزئيَةً انقضى الالتزام في الجزء المستحيل وما يقابله فقط، ويسري هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود الزمنية، وفي كلتا الحالتين يجوز للدائن طلب فسخ العقد، وللمحكمة رفض طلب الفسخ إذا كان القدر المستحيل قليل الأهمية بالنسبة للالتزام".

ولما أننا أشرنا في ذكر النصوص النظامية أعلاه، لكي يتضح اهتمام المنظم السعودي في إعادة التوزان العقدي في ظل الظروف الاستثنائية أو الطارئة.

ولكن محل بحثنا هذا هي الفقرة الثالثة من المادة الحادية والسبعون بعد الأربعمائة من ذات النظام، والتي تنص على: "٣-إذا أن انهار التوازن العقدي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب ظروف استثنائيةٍ عامَةٍ لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، فللمحكمة تبعًا للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تقضي بإعادة التوزان العقدي، بما في ذلك تمديد مدة التنفيذ أو زيادة الأجر أو إنقاصه، او ان تقضي بفسخ العقد".

وبناءً عليه نجد أن المادة الخاصة بإعادة التوزان العقدي لعقد المقاولة، جعلت للمحكمة وللقاضي السلطة التقديرية لإعادة التوازن العقدي وجعلت هنالك شروطاً لتدخل القاضي في إعادة التوازن، وهي:

أ- أن يكون الانهيار في التوازن العقدي بسبب ظروف استثنائية عامة لا يد لأحد من طرفي العقد فيها، ولم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد.

ب- أن ينهار الأساس المالي الذي قام عليه التقدير لعقد المقاولة بسبب هذه الظروف.

وبتحليل هذا النص توارد في ذهن الباحث سؤالين للإجابة عليها:

السؤال الأول: هل يمكن أن يكون هناك حالات من الممكن توقعها وقت التعاقد من قبل أحد طرفي العقد؟

السؤال الثاني: هل من سلطة للمحكمة وللقاضي في حال لم يكن هنالك انهيار في التقدير المالي لعقد المقاولة؟

وللإجابة على السؤال الأول: فإن الباحث يعتقد أن هنالك حالات يُمكنُ توقعها وقت التعاقد من قبل المقاول، وهو أحد طرفي العقد وقد تكون هذه

الحالات تسبب انهيار مالي لعقد المقاولة ومنها على سبيل المثال لا الحصر نزح المياه الجوفية من باطن الأرض، ففي هذه الحالة فإن صاحب العمل قد يكون إنساناً عامياً لا يعلم بخفايا الأعمال التخصصية مثل ما يعلمها الطرف الآخر وهو المقاول، فالأخير هو أهل للصنعة وأهل للتخصص وصاحب خبرة في مجاله، وبإمكانه عمل الاختبارات اللازمة للتأكد في مثل هذه الحالات حتى يكون صاحب العمل على علم ودراية كاملة بالأعمال قبل البدء فيها.

وللإجابة على السؤال الثاني: فإن الباحث يرى أنه الانهيار المالي وفق نص المادة شرطاً لتدخل المحكمة والقاضي، إلا أنها قد تسبب الظروف الاستثنائية بانهيارات لعقد المقاولة غير مالية، فعلى سبيل المثال تأخر تسليم العمل بسبب ظروف استثنائية لصاحب العمل حتى وإن لم يكن هنالك زيادة أو نقصان في الأجر، فقد يتضرر صاحب العمل من عدم تسليم العمل له.

وبعد الأسئلة والإجابة عليها ووضع الفرضيات، فإنه يلزمنا التوسع في بحث سلطة المحكمة والقاضي في ظل ما نصت عليه المادة المشار لها أعلاه.

بالنظر في نص المادة وتأمله نجد أن المنظم السعودي جعل سلطة المحكمة والقاضي بإعادة التوازن العقدي في عدد من المسائل وهي تمديد مدة العقد أو زيادة الأجرة أو إنقاصه، أو أن تقضي بفسخ العقد، وفي هذا البحث سنتطرق لهذه المسائل بالآتي:

أ- سلطة المحكمة والقاضي في تمديد العقد:

تدخل القاضي بتعديل أجل الالتزامات العقدية الذي اتفق عليه الأطراف في العقد بإنظار المدين المعسر إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه بشروط معينة، ويسمى الأجل القضائي باعتبار مصدره [١] ويكون وفق الشروط الآتية [٢]:

---

(١) يقسم فقهاء القانون الأجل من حيث مصدره إلى ثلاثة أنواع: (١) الأجل القانوني الذي =

١-ألا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة كعدم جواز منح الأجل للمدين بورقة تجارية.

٢-أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك بأن كانت عسرة مؤقتة وينتظر زوالها مع توافر حسن النية.

٣- ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم لأن مصلحته لها حق الرعاية وليس من العدل التيسير على المدين بالإضرار بالدائن فالضرر لا يزال بالضرر.

٤-أن يكون الأجل الممنوح أجلا معقولا بقدر الضرورة وتجاوز العسرة.

"وتستند سلطة القاضي في منح الأجل القضائي إلى اعتبارات العدالة ومراعاة مصلحة الطرفين في تنفيذ العقد دون فسخه، وقد تؤيد دعوى الإعسار المدني والإفلاس التجاري مثل هذا الحل الذي لا يمس الالتزام أو يسقطه وتبقى أحقية الدائن في حال الميسرة ، وفي الآية الكريمة {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} [البقرة ٢٨٠]، على أن فقه القانون المدني لا يؤيد أن الإمهال القضائي من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، باعتبارها تعديلاً وتجديداً للالتزام ولأن الاجل القضائي قد يعطى للمدين – في غير حالة الظرف الطارئ – مراعاة لظروفه فقط دون الإنقاص من الالتزام أو توزيع الخسارة بين أطراف العلاقة

ينشأ بمقتضى نص القانون. (٢) الأجل الإرادي أو الاتفاقي الذي ينشأ بمقتضى الاتفاق عليه بين المتعاقدين أو بمقتضى الإرادة المنفردة. (٣) الأجل القضائي الذي ينشأ بمقتضى حكم القضاء. انظر: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. عبد السميع أبو الخير، (ص٢٩٧).

(٢) ينظر: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، محمد بو كماش (٣٧٦).

التعاقدية" [١].

"ولكن يمكن أن يكون أحد الحلول القضائية من باب أولى، فما دام أنه مشروع مراعاة للظروف الخاصة للمدين، فإذا كان الظرف عاماً فهذا أدعى لاعتباره لأنه لا يؤثر على الحقوق المادية واجبة التسليم ويقتصر تأثيره في العامل الزمني، خصوصاً أنه ورد النص عليه ضمن حالات تمديد تنفيذ العقود الحكومية حيث نصت المادة (٧٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على حالات تمديد العقد والإعفاء من الغرامة ومنها: الظروف الطارئة والأسباب الخارجة عن الإرادة، ونصت لائحة استثمار المواقع والمباني الأثرية والتراثية وتشغيل مواقع خدمات الزوار فيها الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للسياحة والتراث الوطني رقم (٣٨-١٤) وتاريخ: ١٤٣٦/٨/١٥هـ، في المادة (٩) على حالات التوقف عن ممارسة النشاط ومنها القوة القاهرة والحوادث الفجائية التي لا دخل لإرادة المرخص له فيها، وأن له طلب تمديد فترة صلاحية الترخيص لمدة تعادل مدة توقفه" [٢].

ويرى الباحث أنه هذه السلطة للمحكمة وللقاضي أدعى لأن تكون الأفضل والأيسر على المتعاقدين، ولا ينال ذلك من أهمية الوقت، ولكنها قد تكون أنسب وأخف على المتعاقدين من زيادة أو إنقاص الأجرة أو فسخ العقد، ولكنها أيضاً قد تحتاج لرأي أهل الخبرة الثقات في تقدير الوقت أو المدة الزمنية التي لا

---

(١) مصادر الالتزام، سمير تناغو، ص٤٨٢، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا -مروان بو سيف، منشور في مؤلف جماعي بعنوان «الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، ص٣٢١.

(٢) الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، د. محمد بن علي القرني، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة ام القرى، العدد ٨٣، ديسمبر ٢٠٢٠، ص١٥٤٣.

تضر بالدائن وبها تتحقق المصلحة المرجوة.

ب- سلطة المحكمة أو القاضي في زيادة الأجر:

"أي الزيادة في التزام الدائن مقابل التزام المدين بحيث يتحمل الدائن جزءً من الزيادة غير المتوقعة في الثمن أو الأجر ونحوه، ويتحمل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة، وجزءً من الزيادة فير المتوقعة التي يتحملها طرفا العقد، وربما كانت هذه الصورة أكثر جدوى في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول والأكثر شيوعاً في الواقع العملي ويكون هذا في حالة ارتفاع الأسعار غالباً" [(١)].

سبق للقضاء السعودي الأخذ بهذا الحل باعتبار أنه مشاركة في تنفيذ العقد وتحقيق التوازن المالي، حيث أنتهى أحد أحكامه إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بتشارك طرفي العقد في تحمل الأجور معاً على النصف بينهما.

وترى بعض الأحكام أن هذا الحل يعد مشاركة في تنفيذ العقد وتحقيق التوازن المالي له بما يغني عن إعمال نظرية الظروف الطارئة نتيجة لانقلاب اقتصاديات العقد وتحقق الخسارة الجسيمة أو استحالة التنفيذ، فجاء في أحدها [(٢)] المشاركة في تحمل الظروف التي تواجه تنفيذ العقد حتى يتمكن المتعاقد من التغلب على الصعوبات العادية المتوقعة ويقوم بتنفيذ العقد يعتبر مشاركة في تحقيق التوازن المالي للعقد والمحافظة على اقتصاداته فلا وجه لإعمال نظرية

---

(١) الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، د. محمد بن علي القرني، نقلاً عن أ. طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، ص٢٥٤.

(٢) المصدر السابق، ص ١٥٣٥، حكم قضية ١/١١٤٦/ق ل عام١٤١٤، وقضية ١/١٥٥٤/ق لعام ١٤٢٥هـ، مدونة الاحكام الإدارية للأعوام (١٤٠٢-١٤٢٦هـ) (ج١٥).

الظروف الطارئة [١].

ويرى الباحث أن هذه السلطة للمحكمة وللقاضي وإن كان قد سبق العمل بها كثيراً، إلا أنها ذات جدوى في حال كانت الزيادة في الأجر بسيطة وفي استطاعة أطراف العقد، وقد تكون بسيطة وفي استطاعة طرف دون الآخر، ولكنها في رأي الباحث أن زيادة الأجرة غير مجدية في حال كانت الزيادة في غير مقدور أحد الأطراف.

ج ـ سلطة المحكمة أو القاضي في إنقاص الأجر:

إنقاص الأجر هو: "قيام القاضي بالتقليل من عبء الإرهاق الطارئ الذي لحق بالمدين أثناء تنفيذ العقد إلى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين القدر المألوف الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ثم يتولى قسمة القدر الزائد من الخسارة غير المألوفة بين المتعاقدين على السواء" [٢].

ونظراً للطبيعة الموضوعية التي يراعيها القاضي في اجتهاده القضائي فإنه لا يتقيد بقاعدة ثابتة لإنقاص الالتزام المرهق بل يتنوع اجتهاده في صور منها:

١- "إنقاص الالتزام المرهق من ناحية الكم بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين فقد يتعهد التاجر بتوريد كميات كبيرة من سلعةٍ ما ثم تعذر استيرادها بسبب جائحة كورونا نتيجة إغلاق الموانئ والمطارات والمصانع، وأصبح توريد الكمية المتفق عليها مرهقاً، فيجوز للقاضي إنقاص الكمية المتفق على توريدها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده تبعاً لظروف السوق" [٣].

---

(١) المصدر السابق، ص ١٥٣٥، حكم قضية رقم ١/٤٥٨٩/ق لعام ١٤٢٥هـ.

(٢) نظرية الطروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، خميس صالح المنصوري، ص١٥٢.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، (١/٧٢٥).

٢-"إنقاص كمية الالتزام المرهق من ناحية الكيف بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة، كأن يتعهد تاجر بتوريد كمية محدودة من سلعة معينة ومن صنف متفق عليه، إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح مرهقاً نتيجة لظروف التجارة الدولية أثناء قوة جائحة كورونا وتشديد الدول الإجراءات الاحترازية فيجوز أن يقدر القاضي أن يكون الوفاء بنفس الكمية من السلعة من السوق المحلية أو من صنف أقل جودة لا يكون في الوفاء به إرهاق للمدين" [(١)].

٣-يجوز للقاضي عند إنقاص الكمية أو الكيف أن يُنقص الثمن الذي يدفعه المدين أو يؤجل بعضه أو يؤجل تنفيذ جزء من العقد، فكأنه يقوم بإعادة هيكلة العقد وتعديل التزاماته من جديد، وهذا ما دفع بعض فقهاء القانون إلى اعتبار أن مصدر هذا التعديل هو إرادة القاضي.

وليس أطراف العقد وإرادة الأطراف، ويسمونه الالتزام القضائي ويعتبرونه مصدراً حديثاً من مصادر الالتزام [(٢)]، وحيث لا يعتد فيه بإرادة المتعاقدين ويستند فيه إلى قواعد العدالة [(٣)] [(٤)].

ويرى الباحث أن هذه السلطة للمحكمة وللقاضي في إنقاص الأجر أو

---

(١) نظرية الطروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، خميس صالح المنصوري، ص١٥٥.

(٢) مصادر الالتزام، د. سمير تناغو (ص٤٨٠).

(٣) سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، محمد بو كماش، ص٨٨.

(٤) الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، د. محمد بن علي القرني، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة ام القرى، العدد ٨٣، ديسمبر ٢٠٢٠، ص١٥٣٤.

الالتزام، وإن كانت تقديرية إلا أنها مقيدة للمحكمة في حدود معينة، ولكنها في وجهة نظر الباحث من أفضل الخيارات الممكنة للمتعاقدين.

د ـ سلطة المحكمة والقاضي في فسخ العقد

"يتجه الرأي الغالب في فقه القانون إلى أنه ليس للقاضي أن يحكم بفسخ العقد بسبب الظروف والحوادث الطارئة، وأنه ليس له إلا رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقاً للمدين، دون أن يكون له فسخ العقد أو إعفاء المدين من التزامه القائم أو إلزام الدائن برد ما استوفاه منه، وذلك عملاً بنصوص القانون المدني والتشريعات المعاصرة ولوقتية الظروف الطارئة واستمرار العقد بعدها. غير أن هناك جانباً من الفقه يرى صحة الحكم بالفسخ بناء على طلب الدائن واستندوا في ذلك إلى أن القاضي حينما يقوم بتعديل الالتزام ولكن يرى الدائن أن ذلك مجحف في حقه فإن له الخيار بين قبول ما يراه القاضي من حلول وبين فسخ العقد دون تعويض وأن له التخلي عنه لا سيما وأن فسخ العقد يكون أصلح للمدين ويعفيه من الخسارة المترتبة على الظرف الطارئ إعفاء كاملاً" (١).

"كما أنه بالنظر لطبيعة بعض العقود التي يكون قِصَر الزمن عاملاً أساسياً فقد تكون جائحة كورونا لها من قبيل القوة القاهرة التي يؤدي انفساخ العقد فإذا تأثر تنفيذ العقد بظروف هذه الجائحة فلأطرافه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ إلا أن مسألة تقدير الاستحالة تعود لسلطة القاضي التقديرية بالنظر إلى طبيعة العقد وملابساته وظروفه ودرجة تأثره وللقاضي تقدير نوع الاستحالة كلية أم جزئية مؤقتة ومن ثم الحكم بوقف التنفيذ لمدة معينة أو

---

(١) نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، خميس صالح المنصوري، ص١٦٥، وتنظر القوانين المدنية: المصري (٢/١٤٧)، والأردني (٢٠٥)، والإماراتي(٢٤٩).

الفسخ الجزئي أو الكلي" [١].

وتجدر الإشارة إلى أن لجوء أحد أطراف العقد إلى فسخه – من طرف واحد – يجعل هذا التصرف خاضعاً لرقابة القضاء وحق الطرف الآخر بالاعتراض على التصرف.

"وقد صدر حكم ديوان المظالم بفسخ العقد قضائياً لإغلاق الطرق المؤدية للعين المؤجرة فيما تبقى من العقد باعتبار الإغلاق قوة قاهرة" [٢] [٣].

ويرى الباحث أنه ومع السلطة للمحكمة وللقاضي الممنوحة بموجب النظام في فسخ العقد، إلا أن المشرع قد وضع فسخ العقد في آخر حالات إعادة التوازن العقد، وأن على القاضي في سبيل الحكم بموجب السلطة التقدير بحث جميع حالات إعادة التوازن العقدي من التمديد وزيادة الاجر وإنقاصه وعليه أيضاً أن يجعل فسخ العقد في آخر حلول السلطة التقديرية وذلك لأنها في غالب العقود أكثر ضرراً على المتعاقدين.

ونجيب على الأسئلة التالية :-

---

(١) فيروس كورونا، القوة القاهرة والظروف الطارئة من منظور النظام السعودي والشريعة الإسلامية، مكتب التميمي ومشاركوه للمحاماة.

(٢) حكم قضية ٢/١٢٤٣/ق لعام ١٤١١هـ، مدونة الأحكام الإدارية للأعوام(١٤٠٢-١٤٢٦هـ) (ج١٧). ونصت الفقرة(٣) من المادة (١٣٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن (للجهة الحكومية إنهاء العقد بالاتفاق بينهما وبين المتعاقد في الحالات الآتية:٣-إذا أصبح تنفيذ الأعمال مستحيلاً لوجود قوة قاهرة).

(٣) الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، د. محمد بن علي القرني، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة ام القرى، العدد ٨٣، ديسمبر ٢٠٢٠، ص١٥٣٤.

١ـ لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟

ج١ :يتدخل القاضي لبسط سلطته التقدير في النظر في إعادة التوازن العقدي بعد تحقق الشروط المنصوص عليها نظاماً ، ووجود ظروف استثنائية لا يد لأحد من المتعاقدين فيها ولم يمكن توقعها أثناء التعاقد.

٢ـ متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟

ج٢: عند نشوء الضرر والخلاف وطلب أحد طرفي العقد التدخل وإعادة التوازن العقدي .

٣ـ كيف يتدخل القاضي ؟

ج٣:يتدخل القاضي بتطبيق النصوص النظامية على الواقعة وفحص الظرف الاستثنائي ومدى إمكانية توقع هذه الظروف قبل التعاقد .

٤.آثار تدخل القاضي ؟

ج٤:ينتج عن تدخل القاضي مراجعة عقد المقاولة والنظر في الظرف الاستثنائي والحكم فيها إما بإعادة التوازن العقدي في تمديد العقد أو زيادة الأجر أو إنقاصه أو فسخ العقد .

وفيما يلي حكم قضائي والذي يوضح ويبيّن مدى أهمية سلطة القاضي والمحكمة في إعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد :-

التطبيق القضائي: حكم صادر من المحكمة الإدارية في دعوى رقم ١٧٩٦ لعام ١٤٤٣هـ مقامة شركة مقاولات ضد وزارة التعليم .

الوقائع : تعاقدت شركة مقاولات مع وزارة التعليم لإنشاء مشروع عبارة عن مدرسة وقد شرعت شركة المقاولات في تنفيذ الإعمال إلا أن وزارة التعليم قد تأخرت في صرف المستخلصات (المستحقات) لمدد متفاوتة وقد مددت وزارة التعليم مدة العقد نظير تأخرها الا أنها لم تقم بصرف المستخلصات حتى في فترة التمديد ؛وطلبت شركة المقاولات من المحكمة الحكم بإلغاء قرار سحب المشروع والحكم بفسخ العقد والحكم أيضاً بصرف المستخلصات وإلغاء

غرامات التأخير والإشراف والافراج عن الضمان النهائي الخاص بالمشروع .

وقد أجابت وزارة التعليم بأن شركة المقاولات متأخرة في تنفيذ أعمالها ، وانه قد تم إنذارها عدة مرات لاستكمال الأعمال و أنه من المفترض أن يكون المقاول لديه إمكانية مالية لإكمال الأعمال وطلبت الوزارة رفض الدعوى المقامة من الشركة .

حكمت الدائرة الابتدائية بالمحكمة الإدارية برفض الدعوى المقامة من المقاول واستندت في أسباب حكمها للمادة ٥٣ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية والتني تصت على (يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد ، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية (ب- إذا تأخر عن البدء أو تباطأ في تنفيذه أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابه بتصحيح الوضع .... الخ).

وبالتالي وبعد استئناف الحكم فقد حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم الابتدائي القاضي برفض الدعوى والحكم مجدداً بإلغاء قرار السحب والحكم برفض طلب فسخ العقد واستندت محكمة الاستئناف في حكمها على أنه خلاصة وهي أن (تأخر الجهة في صرف المستخلصات مبرر وعذر للمقاول في تأخر الإنجاز ، وان الجهة في تأخرها في صرف المستخلصات وقرارها بسحب المشروع مناف للعدالة)

وخلاصة هذا الحكم القضائي أن محكمة الاستئناف ألغت قرار سحب المشروع من المقاول ورفضت طلب الفسخ وجعلت بحكمها هذا تمديد للعقد لتنفيذه وان على طرفي العقد الالتزام كلاً بالتزاماته .

المبحث الثالث

مراجعة القاضي للتعويض الاتفاقي

"إن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي، وتكييفه القانوني هو انه التزام تابع لا التزام أصيل" (١).

والشرط الجزائي: "هو أن يتفق المتعاقدان مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو عند تأخره في تنفيذ ذلك الالتزام في موعده المحدد، قد يوضع هذا الشرط ضمن فقرات وبنود العقد المبرم بين المتعاقدين، أو قد يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد" (٢).

وسبب استحقاق الشرط الجزائي: "قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول، وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير. والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضين" (٣).

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بشكل عام، الاثبات -آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٢٢م، ص٨٥٤.

(٢) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ياسين محمد، الجزء الثاني-آثار الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ص١٧١.

(٣) المصدر السابق [١]، ص٨٥٥.

"لما كان الشرط الجزائي اتفاقاً على التعويض، فقد ثار التساؤل : هل يستطيع القاضي أن يغير من هذا الشرط بالزيادة أو النقصان ؟ والسبب في هذا التساؤل أن المبدأ الذي يحكم الاتفاق والذي يجب أن يحترمه القاضي هو مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين. في حين أن المبدأ الذي يحكم التعويض، والذي يجب أيضاً أن يحترمه القاضي هو أن التعويض يجب أيضاً أن يكون متناسباً مع الضرر.

ولما كان هذان المبدأن متعارضين ؛ لأن مقتضى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن القاضي يجب عليه أن يحترم ما اتفق عليه المتعاقدان حول مقدار التعويض حتى ولو كان هذا التعويض لا يتناسب مع مقدار الضرر، في حين أن المبدأ الثاني وهو مبدأ وجوب تناسب التعويض مع ضرر مقتضاه أن القاضي يجب علبه أن يتدخل في أن يخفض الشرط الجزائي أو يزيده بالقدر المتناسب مع الضرر .

ولقد مال المشرع في فض هذا الاشتباك بين هذين المبدأين إلى جانب أن الشرط الجزائي تعويض ، ولكنه لم يغفل أنه من جانب آخر اتفاق "[1].

موقف المنظم السعودي من التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي):

نصت المادة الثامنة والسبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاقٍ لاحقٍ؛ ما لم يكن محل الالتزام مبلغاً نقدياً، ولا يشترط لاستحقاق التعويض الاعذار".

كما نصت المادة التاسعة والسبعون بعد المائة من ذات النظام على ما يلي: "١-لا يكون التعويض الاتفاقيُ مستحَقًا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي

(١) احكام الالتزام ، أ.د. أيمن سعد سليم ، دار النهضة ، ٢٠١٦م .

ضرر.

٢-للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تنقص هذا التعويض إذا أثبت أن التعويض المتفق عليه كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ جزء منه.

٣-للمحكمة بناءً على طلب الدائن أن تزيد هذا التعويض إلى ما يساوي الضرر إذا أثبت أن الضرر جاوز مقدار التعويض الاتفاقي نتيجة غش أو خطأٍ جسيمٍ من المدين.

٤-يقع باطلاً كلُّ اتفاقٍ يُخالف أحكام هذه المادة".

كما نصت المادة الثمانون بعد المائة من ذات النظام على: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص نظامي؛ قدرته المحكمة وفقًا لأحكام المواد (السادسة والثلاثين بعد المائة) و (السابعة والثلاثين بعد المائة) و (الثامنة والثلاثين بعد المائة) و (التاسعة والثلاثين بعد المائة) من هذا النظام. ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشًا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وبالرجوع للمادة السادسة والثلاثين بعد المائة من ذات النظام نجد أنها نصت على أنه: "يكون التعويض بما يجبر الضرر كاملاً؛ وذلك بإعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان فيه أو كان من الممكن أن يكون فيه لولا وقوع الضرر".

وبالرجوع للمادة السابعة والثلاثين بعد المائة من ذات النظام نجد أنها نصت على أنه: "يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارةٍ وما فاته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعةً للفعل الضار. ويعد كذلك إذا لم يكن في مقدور المتضرر تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد".

وبالرجوع للمادة الثامنة والثلاثين بعد المائة من ذات النظام نجد أنها نصت على: "١-يشمل التعويضُ عن الفعل الضار التعويضَ عن الضرر المعنوي.

٢-يشمل الضرر المعنوي ما يلحق بالشخص ذا الصفة الطبيعية من أذى حسيٍّ ونفسيٍّ، نتيجة المساس بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي.

٣-لا ينتقل حق التعويض عن الضرر المعنوي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى نص نظامي أو اتفاقٍ أو حكمٍ قضائيٍّ.

٤-تقدر المحكمة الضرر المعنوي الذي أصاب المتضرر، وتراعي في ذلك نوع الضرر المعنوي وطبيعته وشخص المتضرر".

وبالرجوع للمادة التاسعة والثلاثين بعد المائة من ذات النظام نجد أنها نصت على:

"١. يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للمحكمة تبعًا للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تقضي بالتعويض بالمثل أو بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن تقضي بأمر معين متصل بالفعل الضار.

٢-يجوز الحكم بأداء التعويض على أقساط أو في صورة إيراد مرتب، وللمحكمة في هاتين الحالتين أن تحكم بإلزام المدين بتقديم ضمان كافٍ".

ويرى الباحث أن المنظم أجاز للمتعاقدين أن يحددا مقدار التعويض ولكنه اشترط ألا يكون محل الالتزام مبلغاً نقديًا، لكيلا يكون هناك مخالفة للشريعة الإسلامية كما أنه لم يشترط له الاعذار.

كما أن المنظم أخذ بنظرية الضرر في استحقاق التعويض فجعل عدم وجود ضرر نافياً لاستحقاق التعويض الاتفاقي.

وأيضاً قد أوسع المنظم في سلطة المحكمة والقاضي في فحص مقدار التعويض ومناسبته للعقد (الالتزام الأصلي) سواء بالزيادة أو بالنقصان إلا أن هذه السلطة تحتاج لرأي أهل الخبرة الثقات لأهمية الرأي الفني الدقيق في عقد المقاولة وآخراً جعل المنظم مخالفة أياً من أحكام المادة (١٧٩) تجعل الاتفاق

باطلاً.

كما أن المنظم في المادة (١٨٠) من ذات النظام جعل المحكمة سلطة تقدير التعويض واشترطت لذلك عدد من الحالات ومنها: -

١-أن يكون التعويض بما يجبر كاملاً، وذلك بإعادة الوضع على ما كان عليه لو لا وقوع الضرر.

٢-حدد المنظم التعويض بالضرر ووضع الكسب الفائت من ضمن الضرر بالإضافة إلى الخسارة، كما أنه اشترط ألا يكون في مقدور المتضرر تفادي الضرر ببذل الجهد المعقول من الشخص المعتاد.

كما أنه المنظم السعودي أقر بالتعويض المعنوي في المادة (١٣٨) وأقر استحقاقه بثبوت الفعل الضار، كما أنه جعل حق نقل التعويض المعنوي للغير إذا تحددت قيمة.

وأخيراً جعل طبيعة الضرر المعنوي وشخص المتضرر معطيات لتقدير المحكمة للتقدير المعنوي.

وفي المادة (١٣٩) من ذات النظام جعلت التعويض بالنقد أو بالمثل بناءً على طلب المتضرر وإعادة الحال على ما كان عليه.

وجعلت للقاضي الحكم بتقسيط مبلغ التعويض عند إحضار المدين ضمان كافٍ.

ويرى الباحث من خلال النصوص النظامية المشار لها أعلاه أن المنظم أوسع في سلطة المحكمة والقاضي في إثبات الضرر ابتداءً وتقديره ومنها إثبات الغش من المدين الوارد في الفقرة ٣ من المادة (١٧٩) ومنها أيضاً تقدير مقدرة المتضرر عن تفاديه للضرر ببذل الجهد المعقول الوارد في المادة (١٣٧).

وفي مجمل النصوص أعلاه فإنها حاكمة لمسألة التعويض وسلطة القاضي فيها واسعة يلزمه فيها بحث جميع جوانب استحقاق التعويض لأنها مقيدة في

بعض جوانبها وملزمة في البحث في الجانب الآخر؛ ولأنها مسألة مهمة للحكم به.

ونجيب على الأسئلة التالية :-

١ـ لماذا يتدخل القاضي أو المحكمة ؟

ج١:يتدخل القاضي لبسط سلطته في النظر في الاخلال العقدي ومدى مناسبة التعويض الاتفاقي له.

٢ـ متى يتدخل القاضي في عقد المقاولة ؟

ج٢: عند نشوء الخلاف وطلب أحد طرفي العقد التدخل .

٣ـ كيف يتدخل القاضي ؟

ج٣:يتدخل القاضي بتطبيق النصوص النظامية على الواقعة وقياس الاخلال العقدي والنظر في تناسب التعويض الاتفاقي مع الاخلال وللتأكد من وجود الضرر من عدمه

٤.آثار تدخل القاضي ؟

ج٤:ينتج عن تدخل القاضي مراجعة عقد المقاولة في التعويض الاتفاقي ومدى تناسب التعويض مع الضرر والحكم في التعويض إما بإلغائه او زيادته أو إنقاصه.

وفيما يلي حكم قضائي والذي يوضح ويبيّن مدى أهمية سلطة القاضي والمحكمة في تعديل التعويض الاتفاقي بين طرفي العقد :-

التطبيق القضائي: حكم صادر من المحكمة الإدارية في دعوى رقم ٢/٨٢٧/ق لعام ١٤١٢هـ مقامة شركة مقاولات ضد الهيئة الملكية للجبيل وينبع .

الوقائع: تعاقد مقاول مع الهيئة الملكية للجبيل وينبع على توريد قطع غيار وأدوات ، وأكمل العمل إلا أنه قد تأخر في توريد جزء بسيط من قطع الغيار

تمثل قيمته تسعة عشر ألف وثلاثمائة ريال لمدة ٣١ يوم ؛ أثر ذلك فرضت عليه الهيئة غرامة مالية قيمتها اثنان مليون وسبعمائة ألف ريال .

أقام المقاول دعوى يطلب تخفيض الغرامة بما يتناسب مع التأخير وأهميته بالنسبة للعمل وطلبت الهيئة رفض الدعوى لأن هذا اتفاق في العقد ونصت عليه اللائحة المنظمة للاتفاق .

عليه حكمت المحكمة بتخفيض الغرامة من اثنان مليون وسبعمائة ألف ريال إلى ألف وتسعمائة وثلاثين ريال وحكمت أيضاً على الهيئة بإعادة المبلغ المتبقي للمقاول واستندت في حكمها على أنه غرامة التأخير في فقه الشريعة الإسلامية لابد أن يؤخذ في الاعتبار تقدير الغرامة والغاية التي اشترطت من أجلها وان على الجهة القضائية ان تنظر في تخفيض الغرامة إذا تظلم احد طرفي العقد بما يتناسب مع قيمة الاعمال المتأخرة وأثرها على العقد وعلى الضرر .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، الذي جعل لكل شيء قدرًا، وجعل لكل قدرٍ أجلاً، وجعل لكل أجلٍ كتاباً.

تم بحمد الله وفضله وكرمه ومنته سبحانه هذا البحث وخلاصته وأهم نتائجه أوجزها فيما يلي:

- تعديل الفقرة الأولى من المادة السبعون بعد الأربعمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي وتحديد نسبة للمجاوزة الظاهرة حتى لا يكون هنالك اختلاف في السلطة التقديرية بين محكمة وأخرى أو قاضي وآخر .
- اعتماد نماذج لعقد المقاولة وتكون معتمدة .
- تعديل المادة التاسعة والسبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية السعودي وحذف الفقرة ٢ والفقرة ٣ منها وجعل سلطة القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي في حال عدم وجود شرط في العقد.

المراجع:

أولا: المراجع العامة

طريقة الكتابة:

إسم المُؤلّف، عنوان الكتاب، عدد الطبعة، دار النّشر، بلد النّشر، سنة النّشر.

ثانيا: الرّسائل العلمية

طريقة الكتابة

صاحب الرّسالة، عنوان الرسالة، طبيعة الرّسالة (يعني نكتب: مُذكّرة أو رسالة لنيل شهادة الماجستير)، الجامعة أو الكليّة، الدّولة، العام.

ثالثا: المقالات

إسم صاحب البحث، عنوان البحث بين ضفرين " ..... "، عنوان المجلّة، سنة النّشر، عدد المجلة، الدّولة، الصفحة. (يعني الصفحة الأولى من البحث وليس الصّفحة التّي تمّ إعتمادُها في المشروع)

١- د. محمد بن علي القرني ،الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى، العدد ٨٣، ديسمبر ٢٠٢٠م.

٢- د. عبد الله بن صالح السيف، الأحكام الفقهية المتعلقة بطرق تحديد الثمن في عقود المقاولات، مجلة الدراسات الإسلامية جامعة الملك سعود، المجلد ٢٨، العدد ٢، الرياض ٢٠١٦م.

٣- د. فيصل صطوف العساف -د. سلطان فيحان أبا العلا، العقود المدنية، الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، ٢٠٢١م.

٤- العين (١/١٤٠).

٥- المنثور في القواعد الفقهية (٢/٣٩٧)المكتبة الشاملة .

٦- ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني-آثار الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان.

٧- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

٨- بدائع الصنائع للكاساني، المكتبة الشاملة.

٩- تاج العروس (٣٩٤/٨)، لسان العرب (٢٩٦/٣)، المكتبة الشاملة .

١٠- د. نايف بن محمد اليحيى، تصحيح العقود المالية الفاسدة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، الجمعية العلمية القضائية السعودية، (١٤٤٢هـ).

١١- د. عبد الفتاح حسن، دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٧٣م.

١٢- محمد بو كماش.سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

١٣- أ د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.

١٤- كمال الدين ابن الهمام السيواسي. فتح القدير، المكتبة الشاملة .

١٥- مكتب التميمي ومشاركوه للمحاماة، فيروس كورونا، القوة القاهرة والظروف الطارئة من منظور النظام السعودي والشريعة الإسلامية.

١٦- كشف الأسرار لشرح أصول البزدوي (٩٨/٢)، وينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه، المكتبة الشاملة .

١٧- مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٨٨، المكتبة الشاملة .

١٨- مجلة المجمع، العدد السابع، ج ٢.

١٩- سمير تناغو، مصادر الالتزام.

٢٠- د. عبد السميع أبو الخير. نظرية الالتزام في القانون المدني المصري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي .

٢١- خميس صالح المنصوري ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، ص١٦٥، وتنظر القوانين المدنية: المصري (٢/١٤٧)، والأردني (٢٠٥)، والإماراتي(٢٤٩).

٢٢- أ.د. أيمن سعد سليم ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٦م .