ملاحظات على بعض بنود
نموذج عقد الفيديك
ومدى اتفاقها مع القانون المصرى

للدكتور محمد محمد بدران
المحامى بالنقض
والأستاذ بحقوق القاهرة

مقدمة وتقسيم:-

تثور أهمية هذا البحث، عند تنفيذ نموذج عقد الفيديك فى جمهورية مصر العربية إذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق عليه. ويقصد بالقانون المصرى فى هذا البحث أفرع القانون المختلفة ذات الصلة بهذا النموذج وهى: القانون المدنى المصرى والقانون الإدارى المصرى. فالغالب فى مصر هو تطبيق نموذج عقد الفيديك على أعمال الأشغال العامة ، التى تبرمها الحكومة مع مقاولين من الخارج ، خصوصا عندما يكون عقد الأشغال العامة ممولا بقروض أو بمنح أجنبية. غير أن لا يوجد ما يمنع من استعمال هذا النموذج فى عقود الإنشاءات التى يكون أطرافها من القطاع الخاص، لاسيما بعد أن بلغ هذا القطاع المصرى فى مجال المقاولات شأوا بعيدا ، وتطورت فى مصر شركات مقاولات عملاقة ، لم يعد نشاطها مقتصرا على مصر وحدها ، بل ساهمت فى تنفيذ عقود أشغال ضخمة فى أفريقيا والشرق الأوسط.

ولو أن الخلفية القانونية التى قام عليها هذا النموذج تنتمى إلى عائلة القانون المدنى، أو ما يسمى بـ civil law system لما أجهدنا أنفسنا فى مراجعة هذا النموذج ، للتأكد من مدى مطابقته للقانون المصرى. غير أن الأمر ليس على هذا النحو. فنموذج عقد الفيديك مستمد من شروط العقود التى وضعها معهد المهندسين المدنيين ICE فى انجلترا، والتى صيغت لتناسب بيئتها القانونية، التى تنتمى إلى عائلة الشريعة العامة Common Law أو العائلة الأنجلوأمريكية. ونظرا للنجاح الكبير الذى حققته هذه الشروط فى انجلترا ، لذلك فقد تبنى الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين FIDIC هذه الشروط، وطور فيها تطويرا ملحوظا ، فى الطبعات المتعددة لهذا النموذج ، والتى وصلت خمس طبعات أهمها:- الكتاب الأحمر Red Book الأمر الذى أدى فى النهاية إلى سيادة هذا النموذج - على حساب نماذج دولية أخرى - فى مجال تعاقدات الإنشاءات الدولية.

وبإلقاء نظرة سريعة على الكتاب الأحمر ، يلاحظ أن نموذج عقد الفيديك ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، غالب عليه أفكار ومفاهيم القانون الانجليزى.

فمن ملامح القانون الانجليزى من حيث الشكل، استغراق أطراف العقد فى سرد التفاصيل الدقيقة لما أتفقوا عليه ، الأمر الذى يؤدى إلى طول البنود ، وكثرتها ، مقارنة بالعقود المصاغة طبقا للقانون المصرى أو القانون الفرنسى.

والسبب فى ذلك الطول وهذا التعقد مزدوج. فالقانون الإنجليزي ليس فيه مجموعة أو تقنين مدنى ، يكمل إرادة الأطراف فيما لو لم يعددوا حقوق والتزامات الطرفين، تعدادا تفصيليا. وفضلا عن ذلك – ومن الناحية التاريخية – كان المحامون الإنجليز يتقاضون أتعابهم بعدد كلمات العقد أو الوصية التى يصيغونها. ولذلك كان من مصلحتهم تطويل الفقرات وزيادة عدد بنود العقد زيادة ملحوظة. ومازال هذا الطابع التفصيلى هو السائد فى صياغة العقود الإنجليزية والأمريكية على حد سواء ، حتى وقتنا الراهن.

ومن ملامح القانون الانجليزى ، من حيث الشكل أيضا، أن يبدأ أطراف العقد ، بالتعريف بمعنى المصطلحات. والحكمة من ذلك هو أن يلتزم طرفا العقد بالمعنى المحدد فى التعريف، سواء جاء ذكر هذا المصطلح فى بنود العقد أو فى أية وثيقة ملحقة به. ولاشك أن الحرص على تحديد معنى المسميات التى يتضمنها العقد يحول دون وقوع أى خلاف على هذا المعنى فى تفسير نصوص العقد أو ملحقاته(انظر على سبيل المثال البند ١ من عقد الفيديك).

أما من الناحية الموضوعية ، فالغالب على القانون الانجليزى الإعلاء من الإرادة الحرة للطرفين ، والتقليل إلى حد كبير من القواعد الآمرة فى مجال التعاقد. صحيح أن بعض الفقهاء انتقدوا ذلك. كالفقيه الكبير فيليب باتريك عطية Attiya ، إلا أن الاتجاه السائد هو أن يلتزم الأطراف بتعهداتهم التى اتفقوا عليها بإرادتهم الحرة.

وفضلا عن ذلك فملامح القانون الإنجليزي واضحة للغاية فى الأحكام الموضوعية لعقد الفيديك. فالتعويض الجزافى والقوة القاهرة. وسبل تسوية المنازعات (بند ٦٧) من بين أحكام أخرى، تعكس الحلول المتبعة فى السوابق القضائية فى القانون الإنجليزي.

لهذا ستكون غايتنا من هذا البحث دراسة بعض نصوص نموذج عقد الفيديك (فى طبعته الرابعة) التى تثير بعض التساؤلات القانونية عند تطبيقها فى بيئة المقاولات المصرية. فالملاحظ أن تنظيم أعمال الهندسة المدنية فى انجلترا يختلف عنه فى مصر. ففى انجلترا يتم إنجاز الوظائف الفنية اللازمة لتنفيذ الأعمال الهندسية خارج منظمات مقاولى البناء والتشييد حيث توجد منظمات خارجية مكونة من الخبراء والفنيين يطلق عليهم : المهندسون الاستشاريون ، ويشير إليهم عقد الفيديك باصطلاح المهندس. وبمعنى آخر ، يتضاءل دور المقاول فى انجلترا بالمقارنة بدور المقاول فى مصر، فالمقاول فى انجلترا لا يضطلع بتصميم المشروع ، ثم إنه يقيد بنطاق الأعمال التى يقوم بها هذا المهندس الخارجى ، الذى تزايد دوره خلال السنوات الماضية، فى تشييد المشروعات.

ونظرا للسمعة المهنية الطيبة التى يتمتع بها المهندسون الاستشاريون فى إنجلترا، والتزامهم بميثاق مهنى، فإنهم ، بمساعدة المعاهد والمؤسسات المهنية الممثلة لهم ، استطاعوا أن ينشئوا مجموعة من الشروط التعاقدية ، حاولوا فيها – بنجاح كبير – أن يكونوا وسطاء إلزاميين بين المقاول وصاحب العمل.

القطاع الخاص فى مصر، من ناحية أخرى. وفيما يلى سوف نقوم بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين :

المبحث الأول : الإطار القانونى لعقود الإنشاءات فى القانون المصرى.

المبحث الثاني: دراسة تفصيلية لبعض بنود نموذج عقد الفيديك ، لمعرفة مدى اتفاقها مع القانون المصرى.

المبحث الأول
الإطار القانونى لعقود الانشاءات
فى مصر

ذكرنا سابقا أن الإطار القانونى ، الذى صيغت فى نطاقه عقود معهد المهندسين المدنيين وعقود الفيديك ، يختلف فى كثير من الجوانب ، عن الإطار القانونى الذى تصاغ فيه عقود الانشاءات المدنية فى مصر وتنفذ. ولذلك لا يستطيع رجل قانون على علم بالنظامين ، إلا أن يتعجب كيف يمكن أن ينفذ عقد مصاغ طبقا للنظام الانجلوسكسونى ، فى بيئة قانونية لها معطياتها ومنطقها الداخلى، كبيئة القانون المصرى. ولهذا ، فإن النتائج القانونية المترتبة على عقد مصاغ على شروط الفيديك قد تختلف، اختلافا بينا ، إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد ، قانونا منتميا إلى العائلة اللاتينية ، أو أى عائلة قانونية أخرى.

فالنظام القانونى المصرى قد أوجد – فى خلال المائة عام الأخيرة – مدخلا قانونيا خاصا به ، فى مجال عقود الإنشاءات ، استقاه من عدة مصادر هى :-

١- النصوص العامة والخاصة من المجموعة المدنية المصرية وتفسيرها.

٢- مبادئ العقود الإدارية التى نمت وتطورت تطورا كبيرا ، سواء عن طريق الدور الاجتهادي المرموق لمجلس الدولة المصرى ، أو عن طريق التشريعات التى وضعت قواعد عديدة فى مجال العقود الإدارية.

أولا : القانون المدنى المصرى، وعقود الإنشاءات:

١. الملامح العامة للتقنين المدنى المصرى فى مجال تفسير العقود:

حل التقنين المدنى الحالى منذ عام ١٩٤٨ محل المجموعة المدنية القديمة ولقد استمد واضعوها أحكامها من مصادر عدة من بينها مبادئ وأحكام الفقه الإسلامى العظيم ، واجتهادات الفقه وأحكام القضاء المصريين،

ولعل هذا المنهج الاستنباطى السائد فى التفكير القانونى المصرى، هو الذى حدا بالمشرع إلى اللجوء إلى وضع قواعد عامة مجردة ، تسمح باحتواء الحالات الجديدة ، يجمعها عادة فى مدونة قانونية ، تبدأ بالقواعد العامة.

ولقد جعل المشرع المصرى على رأس القضاء المصرى بنوعيه محكمة عليا، يختار قضاتها بعناية ، لتسهر على ضبط الاجتهاد القانونى وصياغته فى صورة مبادئ عامة هى أقرب إلى قواعد القانون المكتوب منها إلى السوابق القضائية بالمفهوم الانجلوسكسونى.

وارتكانا إلى هذه الخلفية القانونية فإن قواعد التفسير القانونى فى مصر تأخذ ملامح جد مختلفة عن نظيرتها فى الفقه والقضاء الانجلوسكسونية. فالقضاء عند تفسير أحد العقود المسماة ، يلجأ أولا إلى المبادئ العامة التى تضمنها التقنين المدنى بصفة أساسية. وليس للسوابق القضائية إلا دور مساند للنص القانونى المكتوب. ثم يلجأ القضاء ثانيا إلى النصوص الخاصة بالعقد المثار حوله النزاع.

(أ) النصوص العقدية الصريحة: احترام العقد.

طبقا للمادة ١/١٤٧ من التقنين المدنى ، العقد شريعة المتعاقدين. فالشروط التى يضعها العاقدان ، اللذان يتمتعان بأهلية التعاقد، تأخذ حكم القانون ، ولا يجوز العدول عن شرط أو عن شروط العقد إلا برضاء الطرفين أو لسبب يجيزه القانون، وهو ما يقابل فى الفقه الإسلامي " الناس عند شروطهم ، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ". فإذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إدارة المُتعاقدين (المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى المصرى). ويجب تنفيذ العقود بحسن نية (المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى) . وحسن النية فى هذا الصدد هى من مقتضيات احترام الشروط. غير أن المبدأ العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين قد يتعارض أحيانا مع اعتبارات المصلحة العامة. والقاعدة أنه عند حدوث تعارض من هذا القبيل ، تكون أولوية التطبيق لاعتبارات المصلحة العامة.فإذا خلا اتفاق الطرفين من التعارض مع المصلحة العامة ، وجب دائما احترام العبارات الصريحة للعقد ، وهو ما يجرى عليه القضاء فى مصر.

فى محل البيع ام لا، قد تكون مسالة حاسمة وجوهرية فى تقرير مدى احترام النصوص التعاقدية الواضحة أم لا.

وهناك إلى جانب ذلك قيد آخر على تفسير النصوص الواضحة ، وهو حالة الغش و الخطأ الجسيم . فلقد جرى القضاء المصرى على أن النصوص التعاقدية المعفية من المسئولية ، أو التى تحد منها ،تعتبر نصوصا باطلة ، فى حالة الغش أوالخطأ الجسيم من جانب المتعاقد الذى صيغ النص لمصلحته.

(ب) حالة غياب النص الصريح أو النص الضمنى:-

أشرنا فيما سبق إلى أن القاضى قد يلجأ إلى نص المادة من القانون المدنى للبحث عن النية المشتركة لطرفى العقد، بدلا من اللجوء إلى طريقة التفسير الحرفى لمصطلحات العقد. ولقد حكمت المحاكم أن القاضى فى بحثه وتقضيه عن هذه النية المشتركة ، يجب عليه أن يأخذ فى حسبانه ، كل الجوانب ، بما يشمل سلوك الطرفين بعد توقيع العقد. وفى قضية شهيرة ، حكم القضاء الفرنسي بأن النية المشتركة للعاقدين لم يكن من الممكن أن تتوقع تطبيق بند تعاقدى أثناء الحرب ، حينما انقسم الإقليم الفرنسى إلى إقليمين منفصلين.[1]

ومن استعراض نصوص القانون المدنى المصرى، يمكن استخلاص عدد من مبادئ التفسير، منها: أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من ثقة وأمانة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى). وإذا كان من الممكن أن يفسر النص بطريقتين ، فإن التفسير المعول عليه هو ذلك الذى يسمح للنص التعاقدى بتحقيق أثر ما quelque effect (انظر المادة ١١٥٧ من المجموعة المدنية الفرنسية) فإعمال الكلام خير من إهماله ، وفضلا عن ذلك ، يجب تفسير العقد بحيث لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكنه يتناول أيضا ماهو من مستلزماته ، وفقا للقانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام (المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى المصرى).

---

[1] Cass. Soc. , II jume 1942

٢. نصوص القانون المدنى المصرى المتعلقة بعقود المقاولات :-

تضمنت المواد من ٦٤٦ إلى ٦٦٧ من القانون المدنى المصرى أحكام عقد المقاولة. ولن يتعرض الباحث فى هذا البحث لشرح هذه المواد جميعا ، ولكنه سيشير إلى بعض منها ، مما له صلة بعقد الإنشاءات المصاغ على نموذج الفيديك ، وهى تلك التى تتعلق بـ:

١- توزيع المخاطر.

٢- المسئولية المشددة والتعريف بالمتعاقد الذى يخضع لها.

٣- قبول الأعمال والنتائج القانونية المترتبة عليه.

٤- الثمن الإجمالى للعقد، والنتائج القانونية المستمدة منه.

٥- حق صاحب العمل (المالك) فى إنهاء العقد المثمن جزافيا، والنتائج القانونية المترتبة على ذلك.

ثانيا: القانون الإدارى وعقود الأشغال العامة :-

١- القضاء الإدارى المصرى ونظرية العقود الإدارية:

طبقا للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يختص مجلس الدولة بنظر النزاع المتصل بعقود الأشغال العامة. ولقد كان هذا القانون وما سبقه من قوانين منظمة لمجلس الدولة المصرى، نقطة البداية فى بناء نظرية متكاملة للعقود الإدارية ، استثناء من نصوص القانون المدنى. ولعل السبب فى تطبيق قواعد متميزة عن قواعد القانون المدنى على هذا النوع من العقود هو أن إنجاز الأشغال العامة يتغيا دائما الصالح العام ، الذى يجب أن يسود - عند التعارض - على المصالح الخاصة. ولقد استطاع مجلس الدولة المصرى تطوير نظرية العقود الإدارية ، لأنه - على عكس المحاكم العادية - لا يتقيد بقواعد القانون المدنى. غير أن الأمر ليس على هذا النحو دائما من الناحية العملية ، فإذا لم يجد مجلس الدولة حاجة مشروعة للخروج على قواعد القانون المدنى، فإنه لا يجد حرجا فى تطبيق نصوصه ، بل ويستند إليها صراحة فى الكثير من أحكامه، إذا لم يكن من شأنها ، تفويت المصلحة العامة لجهة الإدارة الممثلة للجماعة السياسية.

وبصفة عامة ، أعطى مجلس الدولة المصرى سلطات كبيرة لصاحب العمل (الإدارة) سواء فى مجال تعديل العقد ، أو أوامر التغيير، أو إنهاء العقد أو فسخه، أو زيادة الالتزامات التعاقدية حتى ولو كان هناك نص قانونى صريح ينص على عدم جواز ذلك.

وفضلا عن ذلك ، فلقد استطاع مجلس الدولة المصرى ، إقتداء بنظيره الفرنسى من ناحية ، وباجتهاده الإبداعي الخالص من ناحية أخرى أن ينشئ عددا من النظريات العقدية ،لانظير لها فى نطاق عقود القانون المدنى ، من أجل تعويض المتعاقد مع الإدارة فى بعض الحالات ، الأمر الذى يجعل هذا المتعاقد فى وضع أفضل بكثير من المتعاقد مع أشخاص القانون الخاص. ولعل أبرز الأمثلة على ذلك نظرية الظروف الطارئة (التى استقاها القانون المدنى المصرى من القضاء الإدارى) والتى تجد أساسها القانونى فى الفقه الإسلامي ، وفى قاعدة rebus sic stantibus فى القانون الرومانى ومضمونها ، أن العقد قائم على شرط ضمنى يقتضى مراجعة العقد إذا كانت الظروف الاقتصادية السائدة وقت إبرامه قد تغيرت تغيرا جوهريا عند تنفيذه.

وإذا كان القانون المدنى المصرى قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة ، إلا أن مضمون تلك النظرية يختلف فى مجال العقود الإدارية عنها فى مجال العقود المدنية ، بطبيعة الحال.

ولم يقف اجتهاد مجلس الدولة المصرى على ابتداع هذه النظريات بل إنه قد توسع أيضا فى تطبيق عقد الأشغال العامة. فنظرا للدور الكبير الذى يقوم به أشخاص القانون العام فى إنشاء وتمويل مشروعات البنية الأساسية ، فلقد أصبحت الغالبية العظمى من تلك العقود ، خاضعة لقواعد القانون الإدارى ، وليس لقواعد القانون المدنى. بل إن القضاء الإدارى لم يقتصر عند تعريفه لعقد الأشغال العامة على تلك العقود التى أبرمتها الدولة والهيئات والمؤسسات العامة، بل امتد أيضا إلى تلك العقود التى يبرمها أشخاص القانون الخاص القائمة على تنفيذ مشروعات ذات نفع عام.

٢. النصوص التشريعية المنظمة للعقود الإدارية :-

وفضلا عن المبادئ والنظريات التى ابتدعها القضاء الإدارى فى مجال العقود الإدارية واتساع نطاق تطبيقها فى مجال الأشغال العامة ، فإن المشرع المصرى قد قام أيضا بوضع بعض النصوص الحاكمة للعقود الإدارية، وبوجه أخص ، عقد الأشغال العامة. ولعل أبرز هذه القوانين قانون المناقصات والمزايدات، الذى تضمن بعضا من القواعد الإجرائية لإبرام العقود الإدارية ، وبعضا من القواعد الموضوعية التى يجب أن تتضمنها تلك العقود. فإلى جانب نصوص الاشتراء ، والتعاقد، تضمن القانون المشار إليه عددا من القواعد الخاصة بالتمويل والضمان، وتعديل العقود، وأوامر التغيير، وسلطة إنهاء العقد.

ومع التسليم بكل الانتقادات الموجهة إلى هذا القانون ، فإننا نستطيع القول بأنه الشريعة العامة فى مجال العقود الإدارية ، وأنه – برغم تلك الانتقادات – بعد خطوة متقدمة فى إرساء الأساس التشريعى للعقود الإدارية.

خلاصة القول إذن :-

أن عقود الإنشاءات، فى مصر، تتنفس فى بيئة قانونية نشطة، خصوصا عندما تكون الإدارة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة ، وهو الوضع الغالب إن لم يكن السائد، فى تطبيق هذه العقود فى مصر. فلقد استطاع المشرع المصرى والقضاء المصرى الشامخ بنوعيه الإدارى والعادى، أن يبنى نظرية متكاملة لهذه العقود. ولذلك فإن غرس عقد الفيديك بخلفيته القانونية الانجلوأمريكية، فى البيئة القانونية المصرية، لا يمكن أن يكون بلا مصاعب.

فالإدارة المصرية لم تجد ثمة حاجة لوضع نموذج تفصيلى لعقود أشغالها العامة، اكتفاء بالنظريات العامة للعقود فى القانون المصرى. وإذا كانت هناك حاجة للطابع التفصيلى لنموذج عقد الفيديك بسبب أن القانون الإنجليزي لا ينحو منحى المبادئ والقواعد العامة حتى وقتنا الراهن، مكتفيا بحلول جزئية للمشاكل العملية، فإن الأمر ليس على هذا النحو فى القانون المصرى ، فلا توجد حاجة لهذا المنحى ،لأن القواعد العامة المكتوبة ، وأحكام القضاء تكمل ماسكت عنه المتعاقدان.

وعلى هذا لا يوجد ثمة ضرورة لتفصيل القواعد الخاصة بالمسئولية أو الإعفاء منها لأن كل هذا المسائل تخضع للقواعد العامة فى القانونين المدنى والإدارى المصريين. ولولا الضغوط التى مارستها وتمارسها شركات المقاولات الدولية ، خصوصا عندما يتم التمويل عن طريق المنح والقروض ، ربما لم يكن لعقد الفيديك سوى تطبيقات قليلة فى مصر، أسوة بفرنسا.

واستنادا إلى تلك المعطيات القانونية ، من السهل أن يتفهم القارئ لماذا تخلق شروط عقد الفيديك بعضا من سوء الفهم ، إذا ما طبقت ، دون حذر ، فى مصر. فمن الواضح أن هناك الكثير من الممارسات ، أو الشروط الضمنية ، والنظريات القانونية ، التى رسخت فى أذهان المتعاملين بالقانون المصرى (المدنى والإدارى) ، بفعل طول الاعتياد عليها. ومن ثم فإن هذه الممارسات والشروط الضمنية والنظريات القانونية سوف تقيد ، وتكمل ، وأحيانا تعدل من شروط الفيديك بطريقة تختلف كثيرا عن الطريقة التى تفسر بها هذه الشروط فى الدول التى تأخذ بالنظام الأنجلو سكسونى.

ولعل الوقت يكون مناسبا الآن ، لتبيان هذه المشاكل العامة ، فى بعض الجوانب الخاصة من عقد الفيديك. وهو مانخصص له المبحث الثانى من هذا البحث.

المبحث الثانى
تطبيقات خاصة عن مدى اتفاق نموذج
عقد الفيديك مع القانون المصرى

مقدمة وتعداد:-

يقوم مجلس الدولة المصرى الموقر عند مراجعة العقود المصاغة طبقا لنموذج الفيديك بإبداء بعض الملحوظات عليها. وبمتابعة الباحث لهذه الملحوظات يمكن القول بأن مجلس الدولة الموقر يبذل جهودا كبيرة فى تدجين هذا النموذج للبيئة القانونية المصرية.

غير أنه نظرا لإغراق المجلس الموقر بكم هائل من العقود الكبيرة والصغيرة (التى تتجاوز قيمتها أكثر من خمسة آلاف جنيه مصرى طبقا للمادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة) فإن المجلس الموقر لم يجد الوقت الكافى لتجميع هذه الملحوظات وتبويبها فى قواعد عامة تساعده هو نفسه عند المراجعة.

أضف إلى ذلك أن العديد من هذه الملحوظات ، يتم عادة بالرجوع إلى قانون المناقصات والمزايدات من ناحية وإلى المبادئ العامة للعقود الإدارية التى وضعها القضاء الإدارى من ناحية أخرى. أما القواعد العامة للقانون المدنى المصرى ، والتى لا تتناقض مع طبيعة العقود الإدارية ، فكثيرا ما لاتجد صدى فى ملحوظات مجلس الدولة على هذه العقود.

فيما يلى سوف يقوم الباحث باختيار بعض المسائل التى تضمنها عقد الفيديك ، بطريقة انتقائية ، نظرا لضيق الوقت، ثم التعليق عليها. ولو أن هناك متسعا من الوقت ، لعلق الباحث على كل نصوص الفيديك مقارنة بالقانون المصرى مدنيا كان أو إداريا ، لكن ماكل مايتمنى المرء يدركه على حد قول شاعر العربية الأشهر: أبو الطيب المتنبى. وتتمثل هذه المسائل فيما يأتى:

أولا: الإجراءات الخاصة بإرساء العطاء :

إذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق فلابد من الإلتزام بقانون المناقصات والمزايدات – رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، عند ابرام إحدى الجهات العامة لعقد من عقود الأشغال العامة. وتعتبر المناقصة العامة هى الأصل، ويجب خضوعها لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة. ولايتم اللجوء إلى المناقصة المحدود إلا فى الحالات التى تتطلب ، بحسب طبيعتها، قصر الإشتراك فيها على مقاولين معينين.

ولقد حدد القانون المشار إليه (ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣) اختصاصات كل من لجان فتح المظاريف ولجان البت ، فضلا عن إجراءات إرساء العطاء ، ومراجعة مشروع العقد بواسطة إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إلى آخر ماهو معروف فى هذا الصدد.

ولتأكيد أهمية هذا القانون ، نص المشرع صراحة فى المادة ٤٠ منه على أنه يجب النص فى شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملا لهذه الشروط ، يخضع لها العقد.

ولهذا فإن البند رقم ٢/٥ من نموذج عقد الفيديك[١] لايتناقض مع أغراض هذا القانون حيث يقضى هذا البند بأن الوثائق المتعددة التى تكون هذا العقد يجب اعتبارها مفسرة لبعضها البعض ، ولكن فى حال الغموض أو التناقض ، فإن المهندس يقوم بشرح وضبط المعنى. والفرض فى هذه الحالة أن المهندس – على النحو الذى سنبينه فيما بعد – يعتبر شبه محكم. ومالم يكن هناك نص على خلاف ذلك ، فإن أولوية الوثائق المكونة للعقد، تكون على النحو التالى:

١. عقد الاتفاق إن أبرم.
٢. كتاب القبول.
٣. العطـــــاء.
٤. القسم الثانى من شروط العقد النموذجى (الفيديك).
٥. القسم الأول من هذه الشروط.
٦. أية وثيقة غير ذلك تكون جزءا من وثائق العقد.

ولاشك أن الجهة الإدارية – صاحبة العمل – يجب عليها إدراج النص الخاص بالمادة ٤٠ فى شروط العقد. غير أن قضاء مجلس الدولة الموقر قد جرى على أن أحكام القوانين واللوائح التى يتم التعاقد فى ظلها تعتبر جزءا لايتجزأ من العقد مالم ينص صراحة فيه على استبعادها كلها أو بعضها، عدا ما تعلق منها بالنظام العام. (حكم الإدارية العليا فى ١٩٦٨/١/٦ – مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى خمسة عشر عاما ١٩٦٥ –١٩٨٠ ، الجزء الثانى ، ص ١٨٣٧، وانظر أيضا حكمها فى ١٩٨٩/٤/٤ فى ذات المعنى) وعلى هذا فإذا كان العقد لم ينص على استبعاد أحكام لائحة المناقصات والمزايدات ، فإنه يتعين تطبيق نصوص هذه اللائحة.

أما بخصوص مراجعة العقد بواسطة الإدارة المختصة بمجلس الدولة فهو الزام على الجهة الإدارية ، تتحمل هى مسئوليته ، ولايترتب على عدم اتباعه ، بطلان العقد. والملاحظ فى عقود الإنشاءات الدولية المبرمة مع الحكومة المصرية أو هيئاتها ، وخوفا من طول المدة اللازمة لمراجعة العقد من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، يجرى العمل على أن يدرج فى تلك العقود شرط بمقتضاه يلتزم الطرفان بما يبديه مجلس الدولة من ملحوظات. وحينما يبدى مجلس الدولة ملحوظاته، يعدل الطرفان شروط العقد بما يتفق معها. غير أن المتعاقد الاجنبى يخشى دائما من كلمة المراجعة review لأنها تعنى فى القوانين الأنجلوأمريكية سلطة فحص الوقائع والقانون معا. ولذلك فإنها تسعى مع حكوماتها للإفلات من شرط مراجعة

---

[١] اعتمد الباحث على ترجمتين لعقد الفيديك فى طبعته الرابعة ، إحداهما بواسطة أستاذنا الدكتور – جميل الشرقاوى فى كتابه المعروف : محاضرات فى العقود الدولية ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ – ١٩٩٧ والثانية قام بها مكتب الأستاذ على الشلقانى للمحاماة والاستشارات القانونية.

ثانيا: تـــــــــوزيع المخاطـــــــــر :-

تتناثر النصوص المنظمة لتوزيع المخاطر بين المقاول وصاحب العمل، فى بنود عديدة من نموذج عقد الفيديك، سوف يتناولها الباحث فيما بعد عند حديثه عن " مبدأ التعويض بلا خطأ من صاحب العمل ". غير أن الباحث سيركز الآن على البند رقم ٢٠ من الشروط العامة لنموذج عقد الفيديك فى فقرتيه رقم ١ ورقم ٢ الخاصتين بالقاعدة العامة لمسئولية المقاول عن العناية بالأعمال والمواد التى تستخدم والآلات التى تدمج فى هذه الأعمال من تاريخ البدء إلى تاريخ إصدار شهادة تسلم جميع الأعمال حيث تنتقل حينئذ مسئولية هذه العناية – ومن ثم التبعة – إلى صاحب العمل. أما الأستثناءات على هذه القاعدة العامة ، فقد وردت فى الفقرة ٤ من البند ٢٠ من العقد النموذجى ، حيث حددت هذه الفقرة المخاطر التى يتحملها صاحب العمل .

١. بالنسبة للقاعدة العامة التى أوردها البند ٢٠ فى فقرتيه رقمى ١و٢، يلاحظ فى هذا الصدد أن المبدأ الأساسى المستمد من القانون الرومانى ، والذى مازال الفقهاء يرددونه حتى اليوم ، بل وتشير إليه المحاكم أحيانا فى أحكماها هو أن تبعة هلاك الشئ على مالكه res perit domino .

وعلى هذا نص القانون الفرنسى فى المادة ١٧٨٨ بأن الأضرار التى تقع على الأعمال وهى فى مرحلة التنفيذ ،لأى سبب كان ، قبل تسليمها، تقع على عاتق المقاول. وينص القانون المدنى المصرى على ذات الحكم فى المادة ١/٦٦٥ التى تقضى بأنه إذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب لابثمن عمله ولابرد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين. أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشئ ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه ، وجب عليه أن يعوض رب العمل عما يكون قد ورده (أى صاحب العمل) من مادة العمل. فإذا كان صاحب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشئ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه راجعا إلى خطأ منه ، أو إلى عيب فى المادة التى قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه ، وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الإقتضاء.

والملاحظ أن هذه المادة لم تخرج على قاعدة أن هلاك الشئ على مالكه، فتحمل التبعة عن الأعمال قبل تسليمها إلى رب العمل حقيقة أو حكما (بعد إعذاره) يقع على عاتق المقاول.

وإذا كان المشرع المصرى لم ينص صراحة على جواز اتفاق الطرفين على غير ماورد فى المادة المشار إليها ، فإن التساؤل يثور عما إذا كانت أحكام هذه المادة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها. غير أن أحكام القضاء المصرى مستقرة على أن هذه الاحكام ليست متعلقة بالنظام العام ، ولذا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

فالفرض طبقا لهذه المادة ٦٦٥ مدنى مصرى أن الأعمال لم تسلم إلى صاحب العمل ، ولم يعذر المقاول صاحب العمل أن يتسلمه وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائى أثبته المقاول. أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار صاحب العمل أن يتسلم، فالذى يتحمل التبعة هو صاحب العمل ، سواء كان هو الذى قدم المادة أو كان المقاول هو الذى قدمها، ويجب على صاحب العمل أن يدفع الأجر كاملا للمقاول.

وأحكام المادة ٦٦٥ مدنى مصرى لا تتعارض مع الأحكام التى نظمتها المادة ٢٠ من الشروط العامة لنموذج عقد الفيديك حيث تنص هذه المادة على أنه يسأل المقاول مسئولية كاملة عن العناية بالأعمال والمواد التى تستخدم والآلات التى سوف تدمج فى هذه الأعمال من تاريخ البدء إلى تاريخ إصدار شهادة تسلم جميع الأعمال، حيث تنتقل مسئولية هذه العناية إلى رب العمل. على أنه إذا أصدر المهندس شهادة تسلم لأي قسم أو جزء من الأعمال الدائمة، فإن مسئولية المقاول تنتهى عن العناية بهذا القسم أو ذلك الجزء من تاريخ إصدار شهادة التسلم ، حيث تنتقل مسئولية العناية بهذا القسم أو ذلك الجزء إلى صاحب العمل.

٢. أما بالنسبة للإستثناءات الواردة على المبدأ المقرر فى البند ٢٠ فى فقرتيه ١و٢، والتى تضمنتها الفقرة الرابعة، فالملاحظ أن المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى تقررأنه " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لايد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة، او خطأ من المضرور ، أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك". والمادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى أوسع نطاقا من الفقرة الرابعة من البند ٢٠ من نموذج عقد الفيديك ، ولذلك فهى أكثر تحقيقا لمصالح المقاول من الفقرة المشار إليها.

وثمّة مشكلة أخرى تكمن فى أن قانون المناقصات والمزايدات نص فى المادة ٧٨ على أنه " يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه إخطار جهة الإدارة فى الوقت المناسب بملاحظته عليها، ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه".

فطبقا لهذه المادة يتحمل المقاول المسئولية عن الخسارة أو الضرر التى تلحق بصاحب العمل نتيجة تصميمات مقدمة من غيره ، ولكنها معيبة ، على اعتبار أن المقاول يقوم بدور الناصح الأمين لصاحب العمل. ولذلك لو أن المقاول قام بتنفيذ تصميمات وضعها غيره، ولكنها معيبة، يتحمل المقاول المسئولية عنها. وهذا عكس ما تجرى عليه المادة ٤/٢٠ من الشروط العامة لنموذج عقد الفيديك، والتى تنص على أن صاحب العمل هو الذى يتحمل المخاطر التالية..... الخسارة أو الضرر بالقدر الذى يرجع إلى تصميم الأعمال بخلاف الجزء من التصميم المقدم من المقاول أو الذى يكون المقاول مسئولا عنه.

ثالثا: تنفيذ الأعمال فى الوقت المحدد لها:-

يعالج عقد الفيديك عدة أوضاع قد تؤدى إلى امتداد وقت إتمام الأعمال، وفى معظم هذه البنود يحدد نموذج عقد الفيديك الآثار القانونية المترتبة على ذلك. وتختلف تلك الآثار باختلاف ما إذا كان التأخير فى التنفيذ راجعا إلى المقاول أو إلى صاحب العمل. ويلاحظ فى تلك البنود أن دور المهندس فى تقييم إمتداد وقت الاتمام والآثار المترتبة عليه، دور كبير حقا.

فيما يأتى سوف يركز الباحث اهتمامه على الأحكام الخاصة بالقانون المصرى مقارنة بالأحكام الخاصة بالبند رقم ١/٤٤ من نموذج عقد الفيديك الخاصة بامتداد وقت الاتمام والبند ١/٤٧ من النموذج المشار إليه الخاصة بالتعويض الاتفاقى أو الجزافى عن التأخير.

١. البند ١/٤٤ من نموذج عقد الفيديك :-

ينص البند المشار إليه على أنه " إذا حدث أن

(أ) قيمة أو طبيعة الأعمال الزائدة أو الإضافية ،

(ب) أى سبب للتأخير مشار إليه فى هذا العقد،

(ج) التقلب الاستثنائى فى الأحوال المناخية، أو

(د) أى تأخير أو تعطيل أو منع من جانب صاحب العمل ، أو

(هـ) أية ظروف خاصة أخرى يمكن أن تحدث، بخلاف تلك التى ترجع إلى إخلال المقاول أو خرقه للعقد أو تلك التى يكون مسئولا عنها، قد ترتب على أيهم منح المقاول، عدالة، الحق فى امتداد وقت اتمام الأعمال، أو اتمام أى قسم أو جزء منها ، فللمهندس ، بعد التشاور المناسب مع صاحب العمل والمقاول ، أن يحدد قدر هذا الإمتداد وأن يخطر المقاول بذلك مع إرسال صورة إلى صاحب العمل".

ويلاحظ على هذا البند أنه يتحدث عن مد الأجل وحده ، ولاينظم منح المقاول تكاليف إضافية ، لأن منح تلك التكاليف لايكون إلا وفقا للبنود الأخرى التى قد تنص على ذلك. وحق المهندس فى تحديد فترة المد ترجع لتقديره الشخصى ، ولكن من حق المقاول أن ينازع فى ذلك عن طريق الإلتجاء للتحكيم.

وإذا كانت البنود الفرعية(أ) ، (ج) ، (د) من البند ١/٤٤ محددة إلى حد كبير، إلا أن البندين الفرعيين رقمى (ب)،(هـ) ، اللذين يتداخلان ، قد تمت صياغتها بشكل واسع للغاية، مما يجعلنا نتساءل عن اختلاف منهج الصياغة الذى هو محدد فى البنود الفرعية الأولى ومرن فى البنود الفرعية الثانية. ولاشك أن اختلاف منهج الصياغة قد يؤدى إلى بعض المشاكل عند تفسير نصوص العقد.

والملاحظ أن هذه القائمة من الأسباب لا تؤدى بذاتها إلى الحق فى امتداد وقت اتمام الأعمال إلا إذا ترتب عليها – عدالة Fairly – حق المقاول فيه. ولعل التساؤل يثور حول مفهوم العدالة فى هذه الحالة. فهل يقصد بها مفهوم equity فى القانون الانجليزى، بمعنى الحياد والنزاهة فى تقدير ووزن هذه الأسباب، أم ان المقصود بها غير ذلك؟

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه ، طبقا للقانون المدنى المصرى ، لا يتحمل المدين نتائج التأخير فى أداء التزامه إذا كان التأخير راجعا إلى سبب أجنبى لا ينسب إلى المدين وبشرط ألا يكون سئ النية.

وفضلا عن ذلك، فلقد جرى العرف على تعويض المقاول فى حالات القوة القاهرة والظروف غير المتوقعة Unforeseen Circumstances والذى يطبق على نطاق واسع بواسطة المحاكم. وفى هذه الحالة يستحق المقاول امتدادا فى الوقت فضلا عن التعويض.

٢. التعويض الجزافى ، والغرامة :-

يجوز لطرفى العقد ، فى القانون الانجليزى ، أن يتفقا مقدما على المبلغ الذى سيدفع عن طريق التعويض فى حالة الإخلال. فعندما يتفق مقاول إنشاءات على أنه سيقوم بدفع مبلغ ١٠٠٠ جنيه استرلينى

اسبوعيا ، عن كل أسبوع تظل فيه الإنشاءات غير كاملة بعد التاريخ المتفق على إنهاء الإنشاءات فيه ، فإن المبلغ المتفق عليه ، على هذا النحو يقع فى إحدى الطائفتين التاليتين :

١. يجوز أن يكون المبلغ المتفق عليه تقديرا حقيقيا عن الخسارة التى تترتب لأحد الطرفين ، إذا ارتكب الطرف الآخر إخلالا بالعقد. ويطلق على مثل هذا المبلغ " التعويض الجزافى أو الاتفاقى أو معين المقدار Liquidated damages . وهو يشكل المبلغ – دون زيادة أو نقصان – الذى يكون المدعى مستحقا لإسترداده فى حالة الإخلال بالعقد ، دون أن يطلب منه إثبات مقدار الضرر الفعلى الذى لحق به.

٢. يجوز أن يكون المبلغ المتفق عليه ، هو تهديد للطرف الآخر ضمانا للموعود له بأن العقد سينفذ. ومثل هذا المبلغ المشترط فى العقد يطلق عليه فى القانون الانجليزى الشرط الجزائى العقابى penalty.

والشرط الجزائى العقابى يخضع منذ عهد بعيد فى القانون الانجليزى للسلطة التقديرية للمحكمة. فلقد اتجهت محاكم العدالة إلى أنه لما كان المقصود من الشرط الجزائى العقابى أن يكون مجرد ضمان لتنفيذ العقد ، فإنه يمكن تعويض الموعود له – المضرور – تعويضا كافيا لدى الحكم له بالخسارة الفعلية التى لحقت به. ولذلك فالقاعدة هى أن المدعى الذى يقيم الدعوى لاقتضاء جزاء عقابى – بموجب شرط جزائى يراد به أن يكون عقوبة – يجوز له أن يسترد تعويضا بقدر الضرر الفعلى الذى لحق به فحسب ، دون أن يكون مستحقا لاسترداد المبلغ الوارد فى الشرط الجزائى إن لم يلحق به ضرر مساو له فعلا. وعلى المدعى عبء إثبات هذا الضرر الفعلى.

أما فى التعويض الجزافى أو الاتفاقى ، فإن المبلغ المتفق عليه يعتبر التعويض الذى يدفع فى حالة الإخلال بالعقد ، أيا كان مقدار الضرر الفعلى. ويستحق التعويض الأتفاقى بمجرد حدوث الإخلال بالعقد ، دون حاجة لإثبات الضرر الفعلى من جانب المضرور.

ونظرا لهذه الميزة النسبية للتعويض الجزافى أو الاتفاقى ، تؤكد عقود الفيديك دائما على أن التعويض المقرر باتفاق الطرفين هو تعويض اتفاقى وليس شرطا جزائيا not a penalty ، حيث ينص البند ١/٤٧ من نموذج عقد الفيديك على أنه إذا فشل المقاول فى انهاء الأعمال كلها أو أى قسم منها فى الأجل المحدد فى البند ٤٣ ، فإن المقاول يلتزم بالتعويض عن هذا الإخلال وفق المحدد له فى ملحق العطاء ، باعتباره تعويضا لا باعتباره غرامة عن كل يوم أو جزء من اليوم يمر بين التاريخ المحدد للإنهاء وتاريخ صدور شهادة الانجاز عن كل أو بعض الأعمال ، ولصاحب العمل دون مساس بأى طريق آخر للحصول على حقه، أن ينقص مستحقات المقاول بقدر ما يستحق من التعويض، ولا يعفى المقاول ، مع ذلك ، من التزامه بإنهاء الأعمال أو أية التزامات أخرى.

فالتفرقة التى يأخذ بها عقد الفيديك بين الغرامة من ناحية والشرط الجزافى (أو التعويض الاتفاقى) من ناحية أخرى تجد أساسها فى القانون الانجليزى الذى يقضى بالزامية التعويض الجزافى ، بحيث لا يجوز للطرفين انقاصه أو زيادته. فى حين أن الشرط الجزائى العقابى يخضع لتقدير القاضى من ناحية ، ويقع عبء إثبات الضرر الفعلى على المدعى من ناحية أخرى.

أما فى القانون المصرى فالشرط الجزائى هو الشرط الذى يدرجه المتعاقدان فى بنود العقد، لتحديد التعويض الذى يستحق عند اخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته. وطبقا للقانون المدنى المصرى يجب لاستحقاق التعويض المشترط على هذا النحو مايأتى:

١- أن تتوافر شروط المسئولية العقدية، من تقصير وضرر وعلاقة سببية بينهما (المادة ٢٣٢مدنى مصرى) ولذلك لا يكون التعويض مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر من جراء التأخير أو عدم التنفيذ.

٢- إذا تحققت أركان المسئولية العقدية ، فللقضاء أن يخفض التعويض المشترط، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مغالى فيه إلى حد كبير أو أن الالتزام نفذ جزئيا، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك طبقا لما تقضى به المادة ٢٢٤ مدنى مصرى. وتخفيض التعويض فى هذه الحالة هو لجعله متناسبا مع الضرر وليس مساويا له ، مما يعنى إمكان تجاوز التعويض للضرر، وفى هذا تكمن فائدة الشرط الجزائى. (د. جميل الشرقاوى – مقالة الناشر المركز الثقافى الفرنسى، ص ٣٤٢).

٣- وللقاضى أيضا أن يزيد التعويض عن المقدر بالشرط الجزائى ، إذا زاد الضرر عنه ، وكان ناشئا عن غش المدين أو خطئه الجسيم (المادة ٢٢٥ مدنى مصرى). ويعلل هذا الحكم بأن انقاص الشرط عن مقدار التعويض يمثل إعفاء من المسئولية العقدية الذى لا يجوز فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم طبقا للمادة ٢/٢١٧ من القانون المدنى المصرى.

أما فى القانون الإدارى المصرى فالغرامة هى مبالغ إجمالية ، تقدرها الإدارة مقدما ، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، خصوصا فيما يتعلق بالتأخير فى التنفيذ. ولقد نصت المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على الزام المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة. فإذا تأخر المقاول جاز للسلطة المختصة بالإعتماد ، إذا اقتضت المصلحة العامة إعطائه مهلة اضافية لاتمام التنفيذ أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها إنهاء العمل بعد الميعاد المحدد إلى أن يتم التسليم المؤقت. ولا يدخل فى حساب مدة التأخير ، مدة التوقف التى يثبت لجهة الإدارة نشوؤها عن أسباب قهرية. ولقد حددت المادة ٨١ المشار إليها نسب وأوضاع توقيع الغرامة، بما لا يجاوز ١٥٪. وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الإدارة أن الجزء المتأخر يمنع الأنتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة.

أما إذا رأت جهة الإدارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والاوضاع من قيمة الأعمال المتأخرة.

وتوقع الغرامة طبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة المصرى لمجرد حصول التأخير، ولو لم يترتب عليه أى ضرر، دون حاجة إلى تنبيه أو أنذار. بل ويجب على جهة الإدارة مراعاة الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الإذن بصرف مستحقات المقاول. ثم إن غرامة التأخير لا تحول دون حصول جهة الإدارة عما أصابها من أضرار نتيجة لتأخر المقاول فى تنفيذ التزاماته.

الإدارة هى وحدها التى سببت كل مدة التأخير ، أو إذا كان المقاول ضحية خالصة لقوة قاهرة، أو إذا طلب المقاول رسميا مهلة جديدة ووافقت الإدارة دون تحفظ ، أو إذا قدرت الإدارة ظروف المقاول وقررت إعفاءه من آثار المسئولية عن التأخير. وهذه الإستثناءات لا تعدو أن تكون تطبيقا لأحكام القواعد العامة فى القانون المدنى والقانون الإدارى.

رابعا : التعويض فى مواجهة التنفيذ العينى :-

١. لاحظ كثير من الشراح فوارق عديدة فى نظرة كل من الشريعة العامة والنظام اللاتينى إلى التنفيذ العينى . فالقوانين اللاتينية تؤكد على أن أداء الالتزام هو الأصل. ولذلك فإن التنفيذ العينى ينظر إليه على أنه الجزاء الأساسى للإخلال بالالتزامات التعاقدية. ومن ثم لا يستحق التعويض إلا فى الحالات التى يستحيل أو يتعذر فيها تنفيذ الالتزام الأصلى.

أما نظام الشريعة العامة ، الذى يشكل الخلفية القانونية لنموذج عقد الفيديك ، فعلى العكس من ذلك، إذ يجعل التعويض الجزاء الأساسى للإخلال بالالتزامات التعاقدية، ولا يكون التنفيذ العينى إلا جزاء استثنائيا وتقديريا للقاضى. ولذلك تولى الأنظمة الانجلوسكسونية إهتماما كبيرا للتعويض الأتفاقى أو الجزافى، باعتباره البديل عن التنفيذ العينى ، عند الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلى.

٢. وفضلا عن ذلك تختلف نظرة النظامين اللاتينى والأنجلو سكسونى بخصوص اشتراط الخطأ عند الحكم بالأحقية فى التعويض. فالقانون اللاتينى ، (والقانون المصرى) ، يشترط توافر الخطأ من جانب الطرف المخل. أما النظام الأنجلو سكسونى ، فلا يشترط توافر هذا الخطأ كقاعدة عامة.

والسبب فى عدم اتفاق النظامين بهذا الصدد يرجع إلى اختلافهما فى النظرة إلى العلاقات التعاقدية ، حيث نشأ النظام الأنجلوسكسونى وتطور بفعل التجار وممارساتهم التجارية. فى حين أن النظام اللاتينى نشأ وتطور بفعل القساوسة والفقهاء. وبمعنى آخر ، نشأ النظام القانونى الأنجلوسكسونى وتطور لسد الحاجات العملية للتجار ، وليعمل على حل المشاكل بينهم ؛ ولذلك لا يعرف هذا النظام ، التفرقة بين القانون المدنى والتجارى ، أو بين العمل المدنى والعمل التجارى، أو بين العملين المدنى والإدارى. أما النظام اللاتينى ، فلقد كانت تقنيتاته العظيمة ، كالقانون المدنى الفرنسى ، وليدة جهود كبار الشراح والمنظرين ، ولذلك جاءت أحكامه انعكاسا للأفكار الفلسفية والأخلاقية التى كانت سائدة وقت تدوين هذه المجموعات القانونية. ولهذا يقال عادة بأن النظام اللاتينى أكثر أخلاقية وفلسفة من النظام الأنجلو سكسونى ، وأن هذا الأخير أكثر إتساقا مع

أما فى النظام الانجلوسكسونى فليس للخطأ هذا الدور فى [illegible]

فى النظام الأنجلوسكسونى لها طبيعة أكثر موضوعية من نظيرتها اللاتينية. وليس لتقدير درجة الخطأ نفس أهميتها فى النظام اللاتينىعند تقرير الإخلال بالتزامات العقدية. وعلى هذا ، وكمبدأ عام ، يعتبر انجاز العقد فى النظام الأنجلوسكسونى على النحو المتفق عليه ،التزاما مطلقا ، لا يقدح فى تقديره خطأ المتعاقد أو عدم خطئه ، ولا يعتد – إذن – بعدم توافر الخطأ فى جانب المتعاقد لانتفاء المسئولية العقدية. فالنظام الانجلوسكسونى ينظر إلى الالتزامات التعاقدية على أنها التزامات مضمونة Guaranteed obligations أى التزامات بتحقيق نتيجة معينة ، يؤدى عدم تحقيقها إلى إثارة المسئولية العقدية دائما.

٤. ولقد عبر القاضى الأمريكى هولمز ، خير تعبير عن الطبيعة القانونية للتعويض فى النظام الأنجلوسكسونى بقوله : إن الالتزامات التعاقدية هى فى حقيقة الأمر ، تعهد بتحمل المخاطر الناجمة عن عدم تنفيذ تلك الالتزامات ، ومن ثم فالأصل هو أن يكون للمتعاقد الخيار بين تنفيذ التزامه أو عدم تنفيذه ، وأن تطابق إرادتى طرفى العقد ، هو فى الحقيقة ، اعطاء كل طرف الخيار بين أداء الالتزام أو دفع التعويض بدلا من ذلك.

٥. صحيح أن الواقع العملى قد قرب بين النظامين اللاتينى والأنجلوسكسونى فى هذا الصدد ، إلا أن الفلسفة الكائنة خلف عقد الفيديك متأثرة بتلك التفرقة بين التعويض من ناحية والتنفيذ العينى من ناحية أخرى ، وبين ضرورة توافر الخطأ ، وبين التقليل من أهمته من ناحية أخرى، الأمر الذى يجب أخذه فى الاعتبار عند مراجعة عقد الفيديك. ومن ثم ، إذا أرادت الجهة الإدارية التنفيذ على حساب المقاول ، عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، وجب النص على ذلك صراحة ، حتى لا يحل التعويض الاتفاقى أو الجزافى محل التنفيذ العينى.

خامسا: التعديلات والإضافة والتغيير والالغاء :-

ينظم البندان ٥١و٥٢ من نموذج عقد الفيديك التعديلات والإضافة والالغاء، حيث يقرر البند ٥١ بأنه يجوز للمهندس أن يقرر أى تعديل فى الشكل أو فى النوعية أو الكمية، فى كل الأشغال أو فى جزء منها ، بما يراه ضروريا. وللمهندس أن يأمر المقاول باجراء التعديلات التالية: زيادة أو نقص كمية العمل المتفق عليها فى العقد، الغاء بعض الأعمال ، تغيير الخصائص أو نوعية أو طبيعة الأعمال ، تغيير المستويات أو التخطيط والأوضاع والأبعاد للأشغال ، إضافة أعمال تكميلية من أى نوع مادامت ضرورية لإنهاء الأعمال. ولاتبطل أى من هذه التعديلات عقد المقاولة، بل تؤخذ قيمتها فى الاعتبار لتقدير قيمة المقابل فى العقد. فالبند ٥١ لم يشترط إلا أن يكون الأمر بإجراء هذه التعديلات كتابة من المهندس ، وإلا كان المقاول غير ملزم بها. ومن

وإذا لم يتم الاتفاق ، قدرها المهندس وأخطر بها المقاول ، مع صورة إلى صاحب العمل.

وللمهندس طبقا للفقرة الثانية من البند ٥٢ سلطة فى تحديد الأسعار ، إذا رأى أن طبيعة أو حجم الأعمال الإضافية يجعل الأسعار المحددة فى العقد غير مناسبة. ومن المسلم به أنه لا تتم زيادة أو انقاص الأعمال ، فى حالة الأعمال التكميلية أو الإضافية إلا بناء على إخطار كتابى من المهندس إلى المقاول ، فى خلال ١٤ يوما من صدور الأمر أو قبل بدء الأعمال.

والملاحظ على هذين البندين ما يأتى:

١.على الرغم من أن صياغة البند ٥١ أعطت المهندس سلطات واسعة للغاية إلا أنه من المسلم به أن المهندس لا يمكنه أن يطلب إضافة أعمال جديدة مساوية للأشغال الأصلية ، ولا يحق له أن يطلب إجراء تعديلات تغير الخصائص العامة للمشروع.

وإذا كان الخفض أو الزيادة فى حدود ١٥٪ ، من السعر المبين فى العقد ، تكون زيادة أو انقاص مقابل العقد لهذا السبب بالاتفاق بين المهندس والمقاول. فإذا لم يتم الاتفاق ، فبقرار من المهندس ، مع ملاحظة المصروفات العمومية overheads للمقاول، ومع إخطار صاحب العمل.

٢.يتفق فى القانون الإدارى المصرى مع عقد الفيديك فيما قرره هذان البندان إلى حد كبير ، حيث يضع قيودا على التعديل تحول دون تحول المشروع المتفق عليه إلى مشروع آخر ، أو طلب أعمال إضافية لا صلة لها بالمشروع الأصلى. وإذا كان للإدارة أن تطلب أعمالا إضافية أو أعمالا لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد، إلا أنها لا تستطيع أن تأمر المقاول بإجراء أعمال جديدة. ويقصد بالاعمال الإضافية فى هذا الصدد تلك الأعمال التى تنتمى إلى نفس جنس أعمال المشروع الأصلى، بحيث تعتبر إضافة إليها، وليست بديلا عنها. أما الأعمال غير المتوقعة وقت إبرام العقد، فهى تلك الأعمال التى لم يكن باستطاعة الطرفين التنبوء بها وقت إبرام العقد، غير أنها أصبحت ضرورية عند تنفيذ العقد. فالأعمال الجديدة إذن تختلف فى طبيعتها وفى توقعها عن كل من الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة.

ولايقف القانون الإدارى المصرى عند حد تقييد الإدارة، بطبيعة الأعمال الأصلية المتفق عليها ، بحيث لا يجوز للإدارة التغيير في تلك الطبيعة ، ولكنه يحد من سلطة الإدارة فى مقدار الكمية المطلوبة من

سادسا: مبدأ التعويض بلا خطأ من صاحب العمل :-

تضمن عقد الفيديك أحكاما خاصة تخول المقاول حقا فى التعويض، من صاحب العمل، على الرغم من انعدام التقصير من جانب هذا الأخير. وتتمثل تلك الحالات فى :

١. الظروف الطارئة.

٢. تغير التشريع وقيود النقد الأجنبى.

٣. الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وهذه الحالات تشابه إلى حد كبير نظريات التوازن المالى فى العقد الإدارى المصرى، وهى نظريات الظروف الطارئة وعمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة. غير ان الأساس القانونى لتعويض المقاول يختلف فى الحالين. ففى مجال القانون الإدارى المصرى تجد هذه النظريات أساسها فى التوازن المالى للعقد، تلك الفكرة التى ظهرت لأول مرة فى فرنسا بمناسبة تدخل الإدارة فى عقود الإمتياز ، والتى تولى المفوض ليون بلوم صياغتها فى تقريره الذى قدمه فى قضية Cie Francaise des tramways والتى صدر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١١ مارس ١٩١٠. فإذا كانت الإدارة تتدخل فى أثناء تنفيذ العقود الإدارية، لتزيد أو تنقص من التزامات المقاول ،وإذا كان سير المرافق العامة بانتظام واطراد هدفا أساسيا من أهداف العقود الإدارية، لذلك إذا تعرض المقاول لظروف مرهقة، أو لصعوبات مادية غير متوقعة ، أو زادت التزاماته بسبب عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوئ مركز المقاول، وجب على جهة الإدارة التدخل لتعويض المقاول المضرور عن كل أو معظم الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك ، بما يعيد التوازن المالى للعقد.

أما فى مجال عقد الفيديك فإن أساس التعويض فى هذه الحالة قائم على أساس من العدالة equity وإن كانت الآثار القانونية واحدة فى جملتها. وفيما يلى دراسة لهذه الحالات الثلاث التى يعوض فيها المقاول عما لحقة من أضرار بغير خطأ من صاحب العمل (الإدارة).

١. الظروف الطارئة:-

تنظم البنود ٤/٢٠ و٦٥ و ٧٠ /١ و ٧٢ /١ من نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك حالات الظروف الطارئة، وحق المقاول فى أن تمد إليه الإدارة (صاحب العمل) يد المعاونة لإقالته من عثرته.

١. غير أن البند ٤/٢٠ نص على أن صاحب العمل يسأل عن بعض المخاطر وهى :

(أ) الحرب والنزاع المسلح (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) ، والغزو أو أعمال العدو الأجنبى.

(ب) التمرد والثورة والإنقلاب واغتصاب السلطة والحرب الأهلية.

(ج) الإشعاعات ، العدوى نتيجة انتشار نشاط من أى وقود ذرى أو مخلفات ذرية من الوقود الذرى أو اشعاع سام أو قابل للانفجار أو له أية خواص أخرى لمركب نووى متفجر.

(د) ضغط الموجات الناتجة عن الطائرات أو أية آلات طائرة تسير بسرعة الصوت sonic أو فوق سرعة الصوت.

(هـ) القلاقل والهيجان العام والإخلال بالنظام (الفوضى) إلا إذا كان ذلك حادثا من مستخدمى المقاول وحدهم أو من مستخدمى مقاولى الباطن ومتعلقة بسير الأعمال.

(و) أى فقد أو تلف راجع إلى استعمال أو احتلال صاحب العمل لأى جزء من الأشغال الدائمة، إلا إذا نص العقد على حقه فى ذلك العقد.

(ز) أى تلف أو فقد راجع إلى تصميم الأشغال ، غير أجزاء التصميم التى أعدها المقاول أو التى يكون مسئولا عنها.

(ح) أى اثر لقوى الطبيعة والتى لا يتوقع مقاول متمرس أن تتخذ ، وفقا للمعقول ، إجراءات الوقاية منها.

٢. ويقضى البند ٦٥ فى فقرته الأولى بأن المقاول لا يسأل عن أية نتائج تترتب على المخاطر الخاصة المشار إليها فى البند ٢/٦٥ ، سواء عن التعويض أو غير ذلك ، بالنسبة لما يأتى:

(أ) انهدام أو ضرر الأشغال ، إلا بالنسبة للأشغال المرفوضة ، وفقا للبند ٣٩ قبل وقوع المخاطر الخاصة.

(ب) الإنهدام أو الضرر الحادث لأملاك صاحب العمل أو الغير.

(ج) الجرح أو فقدان الحياة للأشخاص.

ويحدد البند ٢/٦٥ نفسه المخاطر الخاصة بأنها:

سواء بالنسبة للأجور أو المواد أو أى عنصر يؤثر على تكاليف تنفيذ الأعمال وفقا لما يتقرر فى القسم الثانى من شروط العقد، فإن الزيادة توجب الإضافة إلى مقابل العقد كما يوجب الانخفاض نقص هذا المقابل.

٤. وتتناول الفقرة ١ من البند ٧٢ أسعار الصرف فتنص على أنه إذا نص على أن الدفع للمقاول يتم كليا أو جزئيا بعملة بلد أو بلاد أجنبية ، فإن دفع حقوق المقاول لا يتأثر بتغير سعر أو أسعار الصرف بين هذه العملة أو العملات وعملة البلد التى تنفذ فيه الأشغال.

وتتشابه هذه الأحكام التى أوردها نموذج عقد الفيديك مع الأحكام التى نصت عليها المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى من جواز تعديل آثار العقد ، بحكم القاضى ، بسبب ما يطرأ من قرارات أو ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة تجعل تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها مرهقا إرهاقا شديدا لأحد المتعاقدين ، وهو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة.

٢. تغير التشريع وقيود النقد الأجنبى:-

تتناول الفقرة ٢ من البند ٧٠ تغير التشريع وأثره ، حيث تقرر بأنه قبل انتهاء أجل تقديم العطاءات بـ ٢٨ يوما إذا حدث فى البلد الذى تنفذ فيه الأشغال أو يجب تنفيذها فيه ، أن عدل تشريع عام التطبيق أو تشريع دويلة (فى الدول الاتحادية) أو لائحة أو مرسوم أو أى تشريع أو لائحة أو قرار من سلطة محلية أو أية هيئة منشأة قانونا ، أو إذا بدأ نفاذ اى من هذه التشريعات أو القرارات ، وكان ينتج عنها بالنسبة للمقاول زيادة أو نقص فى تكاليف الأشغال (غير الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى) فإن الزيادة أو النقص يجب أن يصدر بها أو به شهادة من المهندس بعد التشاور مع كل من صاحب العمل والمقاول ويتم أداء الزيادة للمقاول أو احتساب النقص لمصلحة صاحب العمل ، ويخطر المهندس المقاول بذلك مع صورة لصاحب العمل.

وينظم البند ١/٧١ أثر قيود النقد ، فيقضى بأنه إذا حدث خلال ٢٨ يوما سابقة على الموعد الأقصى لتقديم العطاء ، أن الحكومة أو أية وكالة مفوضة منها فى البلد الذى تنفذ فيه الأشغال فرضت قيودا على الصرف وكانت تؤثر على النقد الأجنبى أو النقود التى يؤدى بها مقابل العقد ، فإن من حق المقاول أن يحصل

كان يستطيع عقلا توقعها ، فيجب على المقاول أن يخطر بها المهندس فورا مع نسخة لصاحب العمل ، فإذا وجدها المهندس كذلك ، وبعد التشاور مع صاحب العمل والمقاول ، يقرر:-

(أ) أى مد لوقت التنفيذ ، المحدد للمقاول وفقا للبند ٤٤ ،

(ب) وكذلك قيمة التكاليف التى تحملها المقاول بسبب هذه الظروف والعقبات ، والتى تضاف إلى مبلغ العقد .....".

والخلفية القانونية لهذه النص هى أن القانون الانجليزى يتوسع فى تفسير معنى الظروف والعقبات التى قد تواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد ، إذا لم يكن المقاول المتمرس يستطيع عقلا توقعها. ومعيار الشخص المتمرس يثير عند تطبيقه بعض المشاكل ، الأمر الذى غالبا ما ينتهى بالتحكيم. ويؤسس القانون الإنجليزى حق المقاول فى التعويض فى هذه الحالة ، على العدالة من ناحية والنية المفترضة للمتعاقدين من ناحية أخرى.

وتتفق أحكام البند ٢/١٢ مع أحكام القانون الإدارى المصرى فى هذا الصدد. فلقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة منذ منتصف القرن التاسع عشر ورتب عليها حق المقاول فى التعويض. وحينما أنشئ مجلس الدولة المصرى ، وعهد إليه بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ، لم يتوان عن الأخذ بالحلول الجديدة التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسى فى العقود الإدارية، فضلا عن اجتهاداته هو الخاصة. ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة القضاء الإدارى فى مصر ، فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ وفى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير ١٩٥٧ أن تتعرض لأحكام نظرية الصعوبات الماديةغير المتوقعة ، فعرفتها بأنها الصعوبات المادية الإستثنائية التى تطرأ فى أثناء تنفيذ العقد الإدارى ، خصوصا عقود الأشغال العامة، ولم تدخل فى حساب طرفى العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتؤدى إلى أن يكون التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة ، وأكثر كلفة. ولذلك يجب – من باب العدالة – تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه هى نية الطرفين المشتركة.

والصعوبات المادية غير المتوقعة فى قضاء مجلس الدولة المصرى لا ترجع فى جميع الحالات إلى الظواهر الطبيعية ، فقد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير ، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل ، لم تظهر فى المواصفات التى على أساسها أعد العقد، أو أن يضطر المقاول إلى إصلاح طريق ضرورى لتنفيذ الأشغال العامة.

والنظريات الثلاث التى يطبقها مجلس الدولة المصرى على العقود الإدارية ، وبوجه أخص على عقود الأشغال العامة، تقوم جميعا على أن التصرف الضار الذى يشكو منه المتعاقد ، لا يتضمن خطأ من جانب الإدارة. فإذا أخطأت الإدارة ، فلا يمكن إثارة مسئوليتها على أساس واحدة من تلك النظريات ، بل تسأل الإدارة فى نطاق المسئولية التعاقدية العادية. والأساس القانونى لهذه النظريات جميعا هو العدالة من ناحية، والنية المفترضة للمتعاقدين من ناحية أخرى، ومراعاة أن المتعاقد مع الإدارة يعاون الإدارة فى أداء وظيفتها، فضلا عن ضرورة إقامة التوازن بين سلطات الإدارة تجاه المتعاقد وحقوقه إزاءها ، حتى لايحجم الأفراد عن التعامل مع الإدارة ، الأمر الذى يلحق ضررا كبيرا بالمصلحة العامة. والملاحظ أن النظريات الثلاث تشكل منظومة متكاملة من العدالة الإدارية ، بتعويض المتعاقد عن المخاطر الإدارية (فعل الأمير) والمخاطر الاقتصادية (الظروف الطارئة) والمخاطر الطبيعية (الصعوبات المادية غير المتوقعة). وتمتاز نظرية عمل الأمير بأن العمل الضار يجب أن يكون منسوبا إلى جهة الإدارة المتعاقدة ، والصعوبات المادية بأنها لا يمكن أن ترجع إلى عمل الإدارة (أو المتعاقد معها) بل هى باستمرار خارجة عن إرادة المتعاقدين. أما نظرية الظروف الطارئة فتشارك النظريتين الأخريين فى مصدرهما : فقد يكون مصدر الظروف الطارئة فعل جهة الإدارة المتعاقدة ، وقد يكون مستقلا عن عمل الإدارة إطلاقا. وهكذا يوجد مجال مشترك بين هذه النظرية وبين كل من النظريتين الأخريين ، وبالتالى يكون مجال تطبيقها أوسع (الطماوى – العقود الإدارية ، ص ٦٦٩).

وإذا سلم مجلس الدولة بقيام نظرية عمل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فإن التعويض الذى يحكم به هو التعويض الكامل الذى يغطى جميع الأضرار التى تلحق بالمقاول. أما فى حالة الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة ، فإن التعويض يكون جزئيا ، والغالب أن تتحمل الإدارة التعويض عن معظم الأضرار.

مسئول.

والأحكام السابق الإشارة إليها تتفق مع أحكام القانون المدنى المصرى، حيث تنص المادة ٣/٦٦٢ منه على جواز نزول المقاول عن حقوقه من عقد المقاولة إلى الغير.

أما بالنسبة للقانون الإدارى المصرى ، فإن أحكام القضاء تجرى على جواز النزول عن العقد ، إذا تم الإتفاق على ذلك فيه.

٢: المقاولون من الباطن :

يقضى البند ١/٤ من نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك بأنه ليس للمقاول أن يتعاقد مع مقاول من الباطن عن مجموع الأعمال إلا بناء على شرط صريح فى العقد يجيز له ذلك. وليس له أن يبرم مقاولة من الباطن عن جزء من الأعمال بغير موافقة كتابية سابقة من المهندس الإستشارى. وإجازة النزول فى هذه الحالة لا يعفى المقاول من أية مسئولية أو التزام ناشئ عن العقد، بل يظل المقاول مسئولا عن أعمال واخلال وإهمال أى مقاول من الباطن ، أو من يمثله أو من موظفيه أو عماله ، كما لو كانت الأفعال أو الإخلال أو الإهمال صادرة من المقاول أو من يمثله هو نفسه أو من موظفيه أو عماله. فالمقاول إذن ممنوع من النزول عن كل الأعمال، لا عن جزء منها وفقا لهذا النص.

والقاعدة طبقا للقانون المدنى المصرى ، هو حق المقاول فى أن يتنازل عن كل أو جزء من الأعمال ، مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك (مادة ٦٦١ مدنى مصرى).أما فى مجال العقود الإدارية فالنزول عن كل الأعمال غير جائز.

ثامنا :استحالة التنفيـــــذ :-

يقضى البند ٦٦ من نموذج عقد الفيديك بأنه " إذا حدث ما لا يمكن أن يعزى إلى أى من الطرفين من ظروف ، بعد صدور خطاب قبول العطاء إلى المقاول ، وترتب عليه أن أصبح من المستحيل أو غير المشروع لأى من الطرفين أن يفى بالتزاماته العقدية ، أو إذا كانت شروط العقد تقتضى إعفاء الطرفين من

النظام المصرى (والفرنسى) تختلف عن فكرة استحالة التنفيذ التى ترجع إلى الـ Frustration فى الشريعة العامة Comman Law والتى أستقى منها البند ٦٦ من نموذج عقد الفيديك.

فاستحالة التنفيذ فى القانون المصرى هى استحالة دائمة ومطلقة ، أما استحالة التنفيذ فى الشريعة العامة ، فتتصرف إلى حوادث غير منظورة تقع ، فتحول دون تحقيق الغرض الذى دار فى خلد المتعاقدين. ولعل أوضح حالة يمكن أن يستظهر فيها مبدأ الاستحالة هى الحالة التى أنشأتها القاعدة فى القضية الرائدة تايلور ضد كالدويل (١٨٦٣) والتى أورد ت مثالين لأستحالة التنفيذ هما : الهلاك المادى لمحل العقد قبل حلول ميعاد الوفاء، وحالة التغير اللاحق للقانون الذى يجعل الوفاء بالعقد أمرا غير مشروع. فكل حادث بعد ابرام العقد يستحيل معه على الطرفين تنفيذه – بمعنى أنه لم يعد من الممكن تنفيذ الغرض الجوهرى من العقد الذى تغياه الطرفان – يعتبر Frustration. وقد يكون الوفاء حرفيا literal بالعقد لا يزال ممكنا ، ولكن مع ذلك ، لن يوفى بالقصد الأساسى والمشترك للطرفين ، وفى هذه الحالة ، ينفسخ العقد ، من تلقاء نفسه ، بقوة القانون.

ولقد أثارت النظرية القانونية التى يعتمد عليها فى تأصيل مبدأ الاستحالة فى القضاء الانجلوأمريكى جدلا شديدا. فقدم الفقه نظريات عديدة ، لتفسير الأساس القانونى للاستحالة، استند بعضها إلى النية المفترضة للمتعاقدين واستند بعضها الآخر إلى مبادئ المعقولية والعدالة.

وبناء على ماتقدم ، لو أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى ، وكانت استحالة التنفيذ مؤقتة ، فإن ذلك لا يعفى أى من الطرفين من تنفيذ التزاماته العقدية ، ولكنها تعطى الحق فى وقف التنفيذ إلى حين زوال المانع المؤقت.

فإذا تم وقف تنفيذ العقد فى هذه الحالة ، ثم زال المانع المؤقت ، غير أن الغرض الجوهرى من العقد لم يعد تحقيقه ممكنا، فهل يلزم الاستمرار فى تنفيذ العقد فى هذه الحالة؟ طبقا للقانون الانجليزى ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، لأن الالتزام الذى تعهد كلا من المتعاقدين بأدائه اصلا بموجب العقد ، لم يعد هو الالتزام الذى سينفذ بعد استحالة التنفيذ المؤقتة. أما فى القانون المصرى فإن اتجاه المحاكم غير واضح. ولذلك يحسن

ذلك تماما إذا كانت البضاعة ستشحن إلى ميناء أجنبى ، وفى أثناء سريان العقد نشبت حرب بين بريطانيا والبلد الأجنبى ، الكائن بها ميناء الوصول. ذلك أن الاستمرار فى تنفيذ العقد ينطوى على التعامل مع الأعداء (ج.س. تشيشر وآخرون : أحكام العقد فى القانون الانجليزى).

أما فى مصر ، فيشترط صدور حكم قضائى بإنهاء العقد، إلا إذا اتفق العاقدان على خلاف ذلك. فإذا كان العقد إداريا ، فلا يجوز للمقاول فى كل الأحوال إنهاء العقد إلا باستصدار حكم قضائى بذلك.

تاسعا: إنهاء العقد :-

يعطى البند ٦٩ المقاول الحق فى انهاء العقد فى حالة إخلال صاحب العمل بالتزاماته المتعلقة بـ:

(أ) دفع قيمة أية شهادة دفع مستحقة للمقاول ، صادرة من المهندس خلال ٢٨ يوما من الوقت المحدد ، (وهو أيضا ٢٨ يوما من انتهاء الـ ٢٨ يوما من تاريخ صدور شهادة الدفع).

(ب) التدخل أو الأعتراض أو رفض الموافقة عل صدور أى شهادة.

(جـ) إذا أفلس ، أو إذا كانت شركة تقررت تصفيتها ، لغير الرغبة فى إعادة تكوينها أو أندماجها فى شركة أخرى.

(د) إذا وجه إخطارا للمقاول يخبره بأنه لأسباب غير متوقعة ، ترجع إلى خلل إقتصادى ، ليس فى إمكانه أن يفى بالتزاماته العقدية.

وحق المقاول فى إنهاء العقد يتم بإخطار من المقاول لصاحب العمل ، مع صورة للمهندس ، ويدخل هذا الإخطار إلى حيز التنفيذ، بعد ١٤ يوما من توجيهه.

---

(١) أنظر

A. Shalakany :
The Application of the FIDIC Civil Engneering Conditions of Contract in A Civil Code System ..
the International Construction Law Review, 1989 , P.277.

العقد بناء على إخطار يرسله الطرف الراغب فى الإنهاء ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك. وعلى هذا نصت المادة ١٥٨ من القانون المصرى على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.

فإذا كان العقد عقدا إداريا ، فلا يجوز للمقاول إنهاؤه ، إلا بصدور حكم قضائى بذلك. وحتى يحصل المتعاقد على تعويض فى هذه الحالة ، فإن عليه أن يطلب من المحكمة على وجه الاستعجال ايقاف الأعمال لحين صدور حكم بإنهاء العقد ، أو رفع دعوى يطلب فيها الحكم بإنهاء العقد. والحكمة من ذلك أن العقد الإدارى يساهم فى إدارة واستغلال المرافق العامة، وهو وثيق الصلة بالمصلحة العامة. ولو ترك هذا الحق للمتعاقدين مع الإدارة ، دون قيود ، فقد تضار المصلحة العامة أيما ضرر. ولهذا لا يجوز للمقاول من تلقاء ذاته فى العقود الإدارية أن يوقف تنفيذ الأعمال عند إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ، بل لابد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك. غير أنه إذا كان من جراء إخلال الإدارة بالتزاماتها ، أن أصبح من المستحيل على المقاول تنفيذ العقد، فلا مفر أمام المقاول من وقف الأعمال. فإذا أوقف الأعمال من تلقاء نفسه ، دون الرجوع إلى القضاء ، لاستصدار حكم بذلك ؛ فإن المقاول يفقد حقه فى التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها. واستلزام لجوء المقاول إلى القضاء ليحكم له بوقف تنفيذ العقد الإدارى مقرر لمصلحة الإدارة ، التى يجوز لها أن تتفق مع المقاول صراحة على غير ذلك.

وهذه القاعدة التى يقصد بها حماية المصلحة العامة فى العقود الإدارية ، لا وجود لها فى العقود العادية. ولذلك يجوز للمقاول أن يوقف تنفيذ العقد العادى فى حالة إخلال صاحب العمل بالتزاماته العقدية ، دون لجوء إلى المحكمة (انظر المادة ١٦١ من القانون المدنى المصرى ، الخاصة بالدفع بعدم التنفيذ).

عاشرا: ضمـــــــان العيـــــوب :-

يحتوى البند ٤٩ من نموذج عقد الفيديك ، على معظم الالتزامات الخاصة بالعيوب. وهناك أيضا نصوص أخرى متناثرة فى مواضع مختلفة من هذا النموذج لها صلة وثيقة بهذه الالتزامات، من بينها:

- البند ٢/١٠ الذى يحدد بقاء فترة صلاحية الضمانات التى يقدمها المقاول حتى يتم تنفيذ واستكمال كل الأعمال ، وإصلاح ما يوجد فيها من عيوب وفقا لشروط العقد،

وان العقد لا يعتبر منتهيا حتى يصدر المهندس شهادة المسئولية عن العيوب ويسلمها لصاحب العمل.

ونظرا لأهمية البند ٤٩ فى هذا الصدد ، فإننا سنتناوله بالدراسة بشئ من التفصيل.

تقضى الفقرة الأولى من البند ٤٩ بأن فترة المسئولية عن العيوب (التى تحدد عادة بمدة سنة) تحسب من تاريخ انهاء الأعمال ، المثبت فى شهادة الانجاز التى يصدرها المهندس ، طبقا للبند ٤٨ (أى منذ انجاز الأعمال فى جوهرها substantially – بمعنى أن تكون الأشغال صالحة فيما أعدت له ، عدا بعض الأشياء قليلة الأهمية الباقية).

وخلال هذه الفترة (فترة المسئولية عن العيوب) يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال الباقية فى أسرع وقت ممكن بعد التاريخ المبين فى الشهادة ، كما يجب عليه اتمام أية أعمال إصلاح أو تعديل أو إعادة إنشاء أو تصميم أو إعادة أى شئ تعيب إلى الحالة الأصلية. (الفقرة ٢ من البند ٤٩).

ويقضى البند ٣/٤٩ بأن أعمال الصيانة المنوه عنها فى الفقرة (٢) ، من البند ٤٩ ، تتم كلها على حساب المقاول ، فى حالة استعمال مواد أو آليات أو تشغيل غير مطابق للعقد ، أو أى خطأ فى التصميم إذا كان المقاول مسئولا عن هذا التصميم ، أو أى إهمال أو إخلال من المقاول بأى التزام مشروط صراحة أو ضمنا فى العقد.

وهذه المبادئ العامة التى قررتها المادة ٤٩ بفقراتها المختلفة ، لا تتعارض مع أحكام القانون المصرى ، حيث أن مسئولية المقاول منذ تاريخ إنهاء الأعمال طبقا للقانون المصرى تشمل ، على الأقل ، الحالات المشار إليها فى المادة ٣/٤٩.

إلا أن المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى تفرض مسئولية إضافية على المقاول (والمهندس) ، وهى المسئولية العشرية ، التى تتلخص أحكامها فى أن يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات، من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادوا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

١. تثور هذه المسئولية إذا تحقق أى سبب من الأسباب التالية:

أ- الخطأ فى الممارسات الهندسية أو الإنشائية ومثالها ، تعيب الأساسات.

ب – عيوب التربة التى أقيمت عليها الإنشاءات ، كأن تكون التربة غير صلبة ، إذا كانت الإجراءات الضرورية لمعالجتها لم تؤخذ ، طبقا للأصول الهندسية المرعية.

جـ – العيوب فى المواد الداخلة فى الإنشاءات ومثالها: رداءة النوعية أو عدم مطابقتها للمواصفات.

٢- غير أن أيا من هذه العيوب لابد وأن يتحقق فيه شرطان هما:

ا – أن يكون العيب خطيرا إلى الدرجة التى تهدد سلامة ومتانة المبنى أو الإنشاءات ،

(ب) ألا يكون العيب ظاهرا أو معروفا لصاحب العمل. فإذا كان العيب ظاهرا أو معروفا لصاحب العمل ، وكان من الممكن اكتشافه بوسائل التفتيش والفحص العادية ، ثم قبل صاحب العمل الأعمال قبولا نهائيا ، بلا تحفظات ، فإن ذلك يعتبر تنازلا من صاحب العمل عن ضمانة المقاول لهذا العيب.

٣. وإذا كان المهندس هو الذى يشرف على تنفيذ الاعمال ، فإن المهندس هو الآخر يكون مسئولا عن كل العيوب السابق التنويه عنها ، إذا تحقق فيها الشرطان السابق ذكرهما. أما إذا كان المهندس هو الذى قام بالتصميم فقط ، أى دون أن يشرف على التنفيذ ، فإنه يكون مسئولا عن عيوب التصميم وحدها، إلا إذا كانت العيوب واضحة إلى درجة يمكن للمقاول أن يكتشفها، ومثالها ، مخالفة القوانين واللوائح المتعلقة بارتفاعات المبانى أو الإنشاءات.

٤. فإذا حدث عيب فى الإنشاءات فى خلال عشر سنوات ، من تاريخ تسليم الإنشاءات ، فإن صاحب العمل لا يتحمل عبء إثبات إهمال المهندس أو المقاول ، لأن التزاماتهما كانت التزامات بتحقيق نتيجة ، وهى مبنى متين وآمن ، وليس التزاما ببذل عناية. وبمعنى آخر فإن مسئولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء فى خلال السنوات العشر ، مسئولية مفترضة – طبقا للمادة ٦٥١ مدنى مصرى – إلى المهندس والمقاول. ولا يجوز لأيهما ، التنصل من تلك المسئولية إلا إذا أثبت:

أ – أن التهدم الكلى أو الجزئى للمبانى أو للإنشاءات قد نتج عن حالة من حالات القوة القاهرة ، ومثالها عيوب فى التربة، لم يكن من الممكن اكتشافها بوسائل الفحص الفنى المتاحة.

بعشر سنوات. ومع ذلك ، فإنه بعد وقوع التهدم ونشوء حق صاحب العمل فى التعويض ، طبقا للمادة ٦٥١، يجوز لصاحب العمل أن يتنازل عن حقه فى التعويض صراحة أو ضمنا ، إذا مرت ثلاث سنوات من وقوع التهدم الكلى أو الجزئى دون إثارة مسئولية أحدهما أو كليهما.

حادى عشر: المهندس الإستشارى :-

طبقا لأحكام نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك ، يعين صاحب العمل ، مهندسا استشاريا ، تجعل له النصوص وضعا مستقلا حتى بالنسبة لصاحب العمل ، فيما يعد مفوضا فيه من منح الإذن للمقاول ببعض الأعمال، أو إعطاء الشهادات التى يخول بإصدارها ، وعلى وجه الخصوص فيما يكون له ، عند النزاع ، بين صاحب العمل والمقاول ، من عرض الأمر عليه ، قبل رفعه إلى التحكيم (البند ٦٧ من نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك).

ويحرص نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك ، على النص صراحة على سلطات المهندس الإستشارى فى البند (٢) منه ، حتى يكون المقاول على ثقة من السلطات التى يمارسها المهندس ، وبغير هذا النص لا يستطيع المقاول أن يعرف سلطات المهندس التى نص عليها فى الإتفاق بينه وبين صاحب العمل.

وبمراجعة سلطات المهندس طبقا لنموذج الفيديك، نتبين أنه يمارس عملين هما:

١. الوكالة عن صاحب العمل.
٢. الفصل فيما يثور من منازعات بين صاحب العمل والمقاول. وعمل المهندس فى هذا الصدد يشبه عمل المحكم وليس عمل الوكيل.

فالمهندس يكون إذن وكيلا عن صاحب العمل عندما يفى بحقوق المقاول طبقا للبند ٦٠ من نموذج عقد الفيديك ، ويكون وكيلا كذلك عندما يعترض على المواد والمعدات لعدم مطابقتها لشروط العقد(بند ٤/٣٦) أو عندما يأمر المقاول بالبدء فى العمل أو إيقافه (بند ٤٠) وغير ذلك.

غير أنه عندما يمارس سلطاته طبقا للبند ٦٧ من نموذج الفيديك ، فإنه لايكون ممثلا لصاحب العمل ، بل مستقلا ، لا يتلقى من صاحب العمل الأوامر. ولذا فإن رأى المهندس فى هذه الحال لا يلزم صاحب

والحيدة.

ويعكس البند ١٣ من نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك السلطات الواسعة التى يمنحها هذا العقد للمهندس. ولا يعنى ذلك أن المهندس يستطيع أن يطلب ما يشاء دون قيود. فعبارة برضاء المهندس مقيدة بما ورد فى البند ٦٧ من نموذج عقد الفيديك ، من أن المهندس لا يستطيع أن يطلب من المقاول ما يجاوز التزاماته بمقتضى العقد ، ودون نص على خلاف ذلك ، يكون المقاول هو صاحب الشأن فى اختيار أسلوب التنفيذ والرقابة الفعالة على الموقع.

ويلاحظ أنه من الصعوبة بمكان – طبقا للقانون المصرى – تكييف الوضع القانونى للمهندس بأنه وكيل عن صاحب العمل أو أنه محكم. وفضلا عن ذلك فالمقاول يعلم أن المهندس ممثل لصاحب العمل وأنه ، بهذه المثابة ، يحصل على أجره من صاحب العمل ، ولذلك يصعب على المقاول فهم سلطات المهندس الواسعة من حيث إصدار القرارات وإبداء الآراء والقبول ، فضلا عن تحديد القيمة ، بل واتخاذ أى إجراء قد يؤثر على حقوق أو التزامات المقاول.

صحيح أن البند ٦/٢ قد نص على وجوب أن يكون تقدير المهندس بلا تحيز فى إطار نصوص العقد ، مع مراعاة كل الملابسات ، ومع خضوع هذا التقدير لإعادة النظر والمراجعة ، كما يقضى بذلك البند ٦٧ من الفيديك. إلا أن ذلك لا ينفى تعارض المصالح Conflict of interest فى دور المهندس. فحل الخلافات التى قد تثور بين صاحب العمل (وممثله المهندس) وبين المقاول ، طبقا للقانون المصرى ، يتم حسمها فى إطار من القانون ، وليس بالرجوع إلى " تقديرات " و " آراء " المهندس ، الذى يمثل رب العمل.

إن تأكيد الفيديك فى أكثر من موضع على السلطة التقديرية للمهندس ، ولآرائه ، نابع أساسا من رغبة واضعى هذا العقد ، فى التأكيد على تسهيل انجاز العقد ، والحيلولة دون سوء الفهم والمطالبات المحتملة بين المقاول وصاحب العمل، إلا أن ذلك لا يتفق مع القواعد والأعراف المصرية فى مجال البناء والتشييد. فالمقاول المصرى أقل استعدادا للمنازعة من نظيره الإنجليزى أو الأمريكى ، حيث تتخصص لديهم شركات فى تجهيز وإعداد المطالبات ، والمنازعة فى كل صغيرة وكبيرة بخصوص تنفيذ عقد الإنشاء. بل إن حجم المطالبات قد يفوق بكثير قيمة العقد الكلية فى بعض الأحيان ، على الرغم من تنفيذ العقد بكامله.

الخلافات التى قد تثور بين صاحب العمل (وممثله المهندس) وبين المقاول ، طبقا للقانون المصرى ، يتم حسمها فى إطار من القانون ، وليس بالرجوع إلى " تقديرات " و " آراء " المهندس ، الذى يمثل رب العمل.

إن تأكيد الفيديك فى أكثر من موضع على السلطة التقديرية للمهندس ، ولآرائه ، نابع أساسا من رغبة واضعى هذا العقد ، فى التأكيد على تسهيل انجاز العقد ، والحيلولة دون سوء الفهم والمطالبات المحتملة بين المقاول وصاحب العمل، إلا أن ذلك لا يتفق مع القواعد والأعراف المصرية فى مجال البناء والتشييد. فالمقاول المصرى أقل استعدادا للمنازعة من نظيره الإنجليزى أو الأمريكى ، حيث تتخصص لديهم شركات فى تجهيز وإعداد المطالبات ، والمنازعة فى كل صغيرة وكبيرة بخصوص تنفيذ عقد الإنشاء. بل إن حجم المطالبات قد يفوق بكثير قيمة العقد الكلية فى بعض الأحيان ، على الرغم من تنفيذ العقد بكامله.

إن القانون المدنى المصرى وقانون المناقصات والمزايدات يضعان أعباء ثقالا على عاتق المقاول. ولاشك أن أصول ممارسة هذه المهنة فى مصر ، تحتم على المقاول أن يعين من بين عماله وموظفيه خبراء فى المسائل الفنية ، حتى يستطيع المقاول أن يقوم بدوره كناصح أمين لصاحب العمل. ولا يتأتى – بعد ذلك – أن يخضع المقاول المصرى ، لتعليمات وأوامر وآراء ، آتية إليه من مهندس إستشارى لصاحب العمل ، يستطيع المقاول – عن طريق شركته – القيام بها بنفسه.

وإذا كان القانون المصرى ينظر إلى المهندس على أنه ممثل لرب العمل ، فإن قواعد مسئولية المهندس تجاه المقاول ، طبقا لعقد الفيديك ، ماتزال فى حاجة إلى عناية ودراسة. فالدور الريادى للمهندس الإستشارى طبقا لعقد الفيديك ، قد يؤدى إلى التساؤل عما قد يثور بصدد مسئولية المقاول عن آراء وتقديرات وأوامر المهندس الإستشارى. فإذا حدثت أضرار ، سواء للمقاول أو صاحب العمل من جراء تقديرات وآراء وأوامر المهندس ، فما هى حدود مسئولية المقاول تجاه صاحب العمل فى هذه الحالة ، وماهى حدود مسئولية المهندس تجاه المقاول من ناحية أخرى؟ أسئلة مازالت تبحث عن إجابة ، لأن دور المهندس الإستشارى فى عقد الفيديك ، يخلق مشاكل أكثر مما يقدمه من حلول.

ثانى عشر : تسوية المنازعات :-

يحدد البند ٦٧ من عقد الفيديك إجراء مفصلا ومتقنا لتسوية المنازعات التى قد تثور بصدد تنفيذ

الطرف الآخر قرار المهندس ، ودون مساس بأى حق آخر له ، أن يعرض عدم التنفيذ على التحكيم ، وفقا للفقرة (٣) ولا تطبق عندئذ أحكام الفقرتين (١) و (٢).

٣. التسوية الودية : إذا صدر الإخطار بالعزم على الالتجاء إلى التحكيم ، فإن التحكيم فى النزاع لا يبدأ إلا بعد محاولة تبذل من الطرفين للتسوية الودية. ومالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، يبدأ التحكيم خلال ٥٦ يوما من صدور الإخطار بالعزم على الالتجاء إلى التحكيم ، سواء أتمت التسوية الودية أم لم تتم.

٤. التحكيم : إذا صدر قرار من المهندس ولم يصبح نهائيا أو ملزما ، وإذا لم تتحقق تسوية ودية فى الأجل المحدد ، فإن النزاع يسوى بطريق التحكيم ، إلا إذا نص فى العقد على غير ذلك. ويكون للمحكم أو المحكمين سلطة كاملة فى إعادة النظر أو مراجعة أى قرار أو رأى أو تعليمات أو تحديد أو شهادة أو تقييم اتخذه المهندس فى النزاع.

ويمكن أن يبدأ التحكيم قبل أو بعد اتمام الأشغال ، على شرط ألا تتغير التزامات كل من المقاول وصاحب العمل والمهندس بسبب التحكيم إذا بدأ التحكيم خلال تقدم الأعمال.

هذه هى الخطوط العريضة التى وضعها البند ٦٧ من العقد النموذجى لتسوية المنازعات فى تنفيذ عقد الفيديك، ولنا عليها الملحوظات التالية:-

١. إذا أعلن المقاول عن رغبته فى الالتجاء إلى التحكيم فإنه ليس ملزما فى أن يبدأ التحكيم فى خلال مدة محددة من تاريخ تسلمه قرار المهندس. ولاشك أن الطبعة الرابعة فى عقد الفيديك من هذه الناحية ، على عكس الطبعة الثالثة ، قد أصبحت متفقة مع أتجاه المحاكم المصرية التى لا تحتم ضرورة الالتجاء إلى التحكيم ، فى خلال أجل محدد.

٢. إذا طالب المقاول بمبالغ إضافية تطبيقا لأى بند من الشروط العامة أو غيرها ، فيجب عليه ، طبقا للبند ١/٥٣ أن يخطر المهندس بعزمه على ذلك ، مع نسخة لصاحب العمل خلال ٢٨ يوما بعد بدء الحدث الذى ينشئ الحق فى المطالبة. فإذا لم يقم المقاول بهذا الإخطار ، فليس معنى ذلك حرمانه من حقه فى المطالبة بهذه المبالغ الإضافية. كل ما هناك ، هو أن مقدار ما يعطى للمقاول من هذه المبالغ قد يكون أقل

٥. الهيكل التنظيمى لإدارة عقود الإنشاءات طبقا لنموذج عقد الفيديك ، قد يثير بعض المشاكل القانونية عند تنفيذ هذا النموذج فى مصر. فمن المسلم به أن المهندس ، نظرا لالتزامه بواجب الحياد بين طرفى العقد، طبقا للبند ٦/٢ ثم إنه فى أحيان كثيرة يتخذ قرارات فى بعض المسائل الهامة بعد التشاور مع صاحب العمل ، فإذا عن للمهندس بعد ذلك ، أن يرجع عن هذه القرارات ، فى فترات لاحقة من التنفيذ، فإن مسئوليته قد تثور عن خطئه (وباعتباره ممثلا لصاحب العمل عن خطأ هذا الأخير أيضا ، أو عن خطئهما معا) فى هذه الحالة. فإذا رفض المهندس إصدار شهادة انجاز الأعمال taking over cirtificate ثم تراجع عن قراره هذا فى خلال ٤٨ يوما من إحالة النزاع إليه بواسطة المقاول ، فإن ذلك يشكل خطأ مستوجب التعويض عن الأضرار التى تلحق بالمقاول من جرائه.

٦. التسليم الإعتبارى : يجب أن نلاحظ أنه طبقا للقانون المصرى إذا اعتقد المقاول أن شهادة تسلم الأعمال taking over certificate لم تصدر ، طبقا لشروط العقد ، فإن عليه أن يرسل إخطارا لصاحب العمل لكى يستفيد من نظرية القبول الإعتبارى deemed acceptance للأعمال. فإذا قام المقاول بإجراء الإخطار ، فإن القاضى ، إذا وقر فى يقينه ، أن مطالبة المقاول صحيحة قانونا ، سوف يطبق نظرية القبول الإعتبارى ، فتنتقل المخاطر إلى صاحب العمل منذ هذا التاريخ ، سواء بالنسبة للمسئولية العشرية أو الضمان. بل إن القاضى المصرى فى هذا المثال، قد يصدر حكما وقتيا (إذا كان مقتنعا بأن صاحب العمل كان يجب عليه قبول الأعمال) يخضع لتقدير هيئة التحكيم ، إذا مارفع إليها النزاع بعد ذلك.

والحقيقة أنه ، مهما كانت صياغة البند ٦٧ ، وبغض النظر عن أن ضرورة اللجوء إلى المهندس قبل اتخاذ إجراءات التحكيم ، سوف تحظى بتدعيم القضاء المصرى ، فإن كلا من المقاول والمحاكم المصرية ، سوف لا تقبل بسهولة نص البند ٦٧ ، نظرا لغرابة دور المهندس فى التقاليد القانونية المصرية.

٧. يجب أن نلاحظ أن الغالبية العظمى من عقود الإنشاءات الدولية ، عقود إدارية. وأن أهم شركات المقاولات العملاقة فى مصر ، تنتمى إلى قطاع الأعمال العام ، سواء كمتعاقد أصلى أو متعاقد من الباطن ، الأمر الذى يؤثر تأثيرا كبيرا على تطبيق البند ٦٧ من عقد الفيديك فى مصر. فنظرا للصلة الوثيقة بين الإدارة المصرية وشركات المقاولات ، ونظرا لأن الأحكام المنظمة لعقد المقاولات فى القانون المدنى والأحكام المنظمة لعقد الأشغال العامة فى أحكام القضاء الإدارى المصرى ، وقانون المناقصات والمزايدات ،

التفصيل.

١/٨ قبل صدور قانون التحكيم الحالى ، أجازت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتويين لها فى عامى ١٩٨٩ و١٩٩٣، التحكيم فى العقود الإدارية استنادا إلى المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة ، بعد مناقشة كل من المادتين ١٧٢ من الدستور و١٠ من قانون مجلس الدولة. وفى عام ١٩٩٠ صدر حكم من المحكمة الإدارية العليا لا يجيز التحكيم فى العقود الإدارية.

٢/٨ بعد صدور قانون التحكيم الحالى ، صدرت فتوى شهيرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بعدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية تبعها حكم من محكمة استئناف القاهرة يجيز التحكيم فى العقود الإدارية.

هذا عن المؤسسات القضائية. أما عن الفقه فقد ذهب رأى إلى الجواز، وهو الرأى الأكثر أنصارا ، وذهب رأى آخر إلى عدم الجواز ، وإن كان أقل أنصارا.

والخلاف بين الاتجاهين فى مؤسسات القضاء ، والرأيين فى الفقه ، مرده البحث عن نية المشرع عند مناقشة مشروع قانون التحكيم.

ودون الدخول فى مناقشة حجج الفريقين ، لضيق الوقت المخصص لهذا البحث ، فالرأى عندى هو جواز التحكيم فى العقود الإدارية للأسباب الآتية:

(أ) – نية المشرع – وهو ما يطلق عليه الفقهاء الأمريكيون Intent of legislature :

فالأعمال التحضيرية الخاصة بالمادة الأولى – وليس المادة الثانية – من قانون التحكيم ، قاطعة فى الدلالة على أن نية المشرع كانت خضوع العقود الإدارية للتحكيم. أما الأعمال التحضيرية للمادة الثانية فخاصة بالحالات التى يعتبر فيها التحكيم تجاريا ، ولذلك لا يعتد بأعمالها التحضيرية فى هذا الصدد.

ومما يؤيد هذا التفسير تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية، ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية بمجلس الشعب عن مشروع قانون التحكيم حينما نص صراحة على سريان مشروع قانون التحكيم على العقود الإدارية. فضلا عن أن التصويت على الاقتراح المقدم من الأستاذ عبد الوهاب خليف قد نال أقلية ، وقد كان اقتراحه هو " عدم سريان القانون المذكور على العقود الإدارية " عند مناقشة المادة الأولى من مشروع القانون المذكور.

مصلحه من مصالح الدوله ان تبرم او تقبل او تجيز اى عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرارات محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة (بمجلس الدولة). والواضح من هذا النص أن للإدارة أن تلجأ إلى التحكيم لفض منازعاتها العقدية، وإلا ما كان المشرع قد ألزم الجهة الإدارية باستفتاء مجلس الدولة.

(د) لا يجوز الاحتجاج بنص المادة ١٧٢ من الدستور ، بأن مجلس الدولة – دون غيره – هو المختص بالفصل فى المنازعات الإدارية ، لأن هذه المادة مقيدة بالمادة ١٦٧ من الدستور التى تقول بأن " يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها....." فضلا عن أنه عند المنازعة فى دستورية نزع اختصاص مجلس الدولة من النظر فى قرارات الاعتقال ، حكمت المحكمة الدستورية العليا بأن ذلك لا يتناقض مع المادة ١٧٢ من الدستور.

ثمّ أن المادة ١٦٧ يجب أن تفسر أيضا فى ضوء المادة ١٦٥ من الدستور ، التى نصت على أن المحاكم العادية هى صاحبة الولاية العامة فى نظر المنازعات.

أضف إلى ذلك أنه لا يجوز الاحتجاج بالمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة لأن مناط تطبيقها هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادى ، وليس القول بحظر الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية.

(هـ) القول بأن الولاية العامة لا يجوز العهود بها إلى هيئة خاصة(مثل هيئة التحكيم) خصوصا وأن الدولة وهيئاتها فى العقود الإدارية تظهر بمظهر السلطة العامة (وهو الأساس الذى بنيت عليه الفتوى الأخيرة فى ١٩٩٧ من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع) قول يعوزه الأساس القانونى، لأن التلازم ليس حتما بين الولاية العامة وجواز العهود بها إلى جهات خاصة. فالدولة تتصالح فى مجال القانون الجنائى ، الذى تظهر الدولة فيه كممثلة للسلطة العامة فى أبهى صورها. ولعل أبرز الأمثلة القائمة للآن : التصالح فى مجال التهريب الجمركى. فضلا عن جواز التحكيم فى مجال الضرائب ، وهى أشد وقرا فى مجال السلطة العامة من العقود الإدارية. وفضلا عن ذلك فمجلس الشعب الموقر حينما يراجع اتفاقيات امتياز البترول المدرج فيها شرط التحكيم ، لا يجد حرجا فى الموافقة عليها ، ورغم ورود شرط التحكيم بها. وإذا كان للدولة حق اللجوء إلى التحكيم حتى فى مجال سيادتها على أراضيها (مثل تحكيم طابا) أفلا يجوز من باب أولى أن تلجأ إلى التحكيم فى عقودها الإدارية؟