**المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى**
١ شارع الصالح أيوب، الزمالك، القاهرة

# مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية البوت (BOT)
# وعقود الفيديك الدولية

**دكتور مهندس / شريف مصطفى الهجان**
زميل المعهد البريطاى للتحكيم الدولى، لندن
استشارى ميكانيكا التربة والأساسات

١٨ - ٢٠ أكتوبر ١٩٩٨

# المخاطر فى عقد الفيديك الدولى

إن صناعة التشييد، بطبيعتها، محفوفة بمخاطر يتعرض لها المقاول حيث تطرأ مواقف وحالات كثيرة – أثناء تنفيذ المشروع – لا يمكن تجنبها ولم يكن من الممكن التنبؤ بها مسبقا. يلزم التنويه إلى أن عقد التشييد يكاد يكون العقد الوحيد الذى يتم فيه تحديد سعر المُنتَجْ النهائى حتى قبل أن تبدأ عملية الإنتاج. والمتناقص يتكبد مصاريف ويبدأ فى الإنفاق فى ظل منافسة شديدة مع آخرين أملا أن يتم اختياره لتنفيذ المشروع.

تقترن عملية صنع القرار واتخاذه فى معظم الأحوال – إن لم يكن فى كلها – بوجود بعض المخاطر المتعلقة والمرتبطة بهذا القرار والتى قد تنجم عن اتخاذه. فإذا كان متخذ القرار مدرك لذلك ولديه معلومات كافية ولديه إدراك بذلك فسوف يبذل ما فى وسعه لتقليل تأثير المخاطر إلى حدود مقبولة معقولة وذلك بالطبع فى حدود المعلومات المتوفرة وقت اتخاذ القرار. فإذا ما تم اتخاذ قرار بقبول مخاطرة أو عدد من المخاطر والتعايش معها فلابد أن يقترن ذلك بقرار آخر – بالضرورة – وهو ما إذا كان سيتم مشاركة آخرين فى تحمل تلك المخاطر أو توزيعها عليهم.

تم إعداد **الكتاب الأحمر** على أساس أن يتم توزيع المخاطر *Allocation of Risks* بين رب العمل والمقاول وهو نفس الأساس الذى أعد العقد الإنجليزى *ICE Conditions of Contract* على أساسه، وفى تعليق على ذات المبدأ فيما يتعلق بالعقد الإنجليزى قيل ما يلى:

" ... إن الأساس فى ذلك هو أنه قد تم **اتخاذ قرار** بأن يقوم المقاول بتسعير المخاطر التى يمكن لمقاول ذو خبرة أن يتنبأ بها ويعرفها أثناء إعداد العطاء. إن من حق وواجب رب العمل أن يقرر احتياجاته ويصمم ما سيتم تنفيذه ويعد مواصفاته بواسطة المهندس. ومن واجب رب العمل أن يتيح الفرصة للمقاول ليؤدى وينفذ المطلوب منه بدون تدخل. وواجب المقاول أن ينفذ المطلوب منه – بموجب التعاقد – ومن حقه أن يقرر الكيفية التى سيستخدمها فى التنفيذ. فإذا كانت هناك حالات خاصة على غير المعتاد *Exceptional* يكون مطلوبا فيها من المقاول أن يقوم بدور فى التصميم أو إذا كان المهندس و/أو رب العمل سيتدخلان فى تحديد كيفية تنفيذ الأعمال – أو جزء منها – فيلزم، حينئذ، أن ينص العقد على ذلك صراحة *Explicitly* وأن يوضح التبعات المالية التى ستترتب عل ذلك لحماية المقاول ... ".

يتضح مما سبق أن شروط التعاقد تطورت فى اتجاه يحقق التوازن بين المالك والمقاول وذلك بالتقليل من المخاطر التى يتعرض لها المُنتِجْ، أى المتناقص والمقاول، وبما يضمن توزيع المخاطر *Allocation Of Risks*

بينه وبين رب العمل، ذلك أنه قد تبين بما لا يدع مجالا للشك أن التوازن وتوزيع المخاطر بين الأطراف يؤدى إلى مُنتَجْ نهائى أفضل سواء من ناحية التكلفة و الجودة والفترة الزمنية اللازمة للتنفيذ.

إذن فعقد الفيديك أساسه توزيع المخاطر بين اطراف التعاقد ولن نعالج فى هذه الورقة المخاطر بوجه عام إنمـــا نقتصر على المادتين اللتين ورد فيهما اصطلاح " المخاطر " بشكل صريح وهذا بالطبع لا يعنى أن العقد تعامل مع المخاطر فى هاتين المادتين فقط. والمادتان اللتان ذكر فيهما اصطلاح " المخاطر " هما كالتالى:

- المادة رقم (٢٠) المتعلقة بالمخاطر المستثناة (مخاطر رب العمل) *Employer's Risks*
- المادة رقم (٦٥) المتعلقة بالمخاطر الخاصة *Special Risks*

نجد أننا هنا فى مواجهة حالتين متناقضتين من ناحية تأثير العقد الإنجليزى، حيث أنه يوجد فى العقد الإنجليزى مادة مماثلة لموضوع المخاطر المستثناة أما فى حالة المادة المتعلقة بالمخاطر الخاصة فلا نجد لها مثيلا باستثناء حالة الحرب المذكورة فى مادة بنفس الرقم (٦٥).

ويمكن تقسيم هذا الموضوع إلى قسمين يعالج كل منهما تفصيلا على حدة.

## ١. المخاطر المستثناة

**١-١ تمهيد.** إن الحديث عن هذا الموضوع يجرنا بالضرورة لتناول موضوع العناية بالأعمال الواردة فى نفس المادة، فقرة (١) وكذلك موضوعى الإهمال والتأمين وللاختصار فإننا نكتفى هنا بموضوع العناية بالأعمال لأن علاقته بالمخاطر المستثناة مباشرة.

**١-٢ العناية بالأعمال.**

تضع المادة (٢٠) فقرة (١) مسئولية العناية بالأعمال على عاتق المقاول وتتحول تلك المسئولية إلى المالك عند إصدار شهادة الاستلام الابتدائى أو استلام المالك لجزء من الأعمال واحتلالها.

تفيد المادة أن المقاول مسئول عن إصلاح الأعمال التى تصاب بأضرار أو عطل أو ضياع "أيا كانت الأســباب" على نفقته الخاصة إلا لو كان الضرر قد وقع بداع من بعض الأخطار المستثناه فعلى المقاول أن يصلحها بطلب من المهندس على نفقة صاحب العمل.

اختلف الفقهاء حول تفسير "أيا كانت الأسباب" وما اذا كان اللفظ العام يشمل إغفال المالك أو أحد العاملين لديه.

يقول أبراهامسون (١٩٨٣) فى شرحه للعقد الانجليزى فيما يتعلق بنفس الموضوع أنه كان يبـــدو أن المقــاول مسئول عن الإصلاح على نفقته ولو كان السبب إهمال المالك.

*(ويورد هادسون (١٩٧٤) الحكم فى الدعوى المرفوعة من فار ضد البحرية البريطانية (١٩٥٣) والتى تم الحكم فيها على أساس الدعوى المرفوعة من ترافرز ضد كوبر (١٩١٥) حيث تعاقد مقاول على بناء رصيف لرسو السفن فى ميناء حربى، وفى أثناء التنفيذ اصطدمت احدى سفن المالك بالرصيف وتسببت فى أضرار بالغة وقضت المحكمة بأنه على المقاول القيام بالإصلاح على نفقته الخاصة ولا يمكنه المطالبة بأية تكاليف إضافية).*

ويعتبر هذا الحكم تفسيرا للنص على أنه يشمل الأخطاء الناجمة عن إهمال المالك أو أحد العاملين لديه.

وبالنظر إلى روح المادتين رقم (٢٠) و (٢١) بوجه عام يمكن استنتاج قصد الذين قاموا بصياغة العقد على أنه يشمل المالك إلا اذا كان هناك نص صريح باستثنائه.

وسبب تحفظ ابراهامسون على هذا التفسير هو صدور حكم فى *(الدعوى المرفوعة من سميث ضد ساوث ويلز سويتشجير (١٩٧٨) يفيد بأنه لكى تكلف مادة فى العقد أحد الأطراف بتأمين الطرف الآخر ضد إهمال هذا الطرف الآخر فلا بد أن تنص المادة صراحة على ذلك وأن النص فى صورته الحالية غير شامل بدرجة كافية).*

وهذا الحكم قد يفيد أن النص غير قطعى فى دلالته على شمول إهمال وأفعال المالك أو أحد العاملين عليه.

وبغض النظر عن الخلاف حول هذه الجزئية فإن المقاول مطالب بالتأمين باسمه واسم المالك مجتمعين ضد جميع الخسائر أو الأضرار الناشئة أيا كانت الأسباب. فيما عدا المخاطر المستثناة.

**١-٣ المخاطر المستثناة.** يستثنى من مسئوليات المقاول فى العناية بالأعمال مجموعة من المخاطر منصوص عليها فى المادة (٢٠) فقرة (٢) والمقاول غير مسئول عن التأمين ضد تلك المخاطر. ويتحمل المالك المسئولية فى حالة حدوث ضرر ناجم عن هذه الأخطار، ويقع العبء على المقاول فى إثبات أن الضرر نجم كليا أو جزئيا عن المخاطر المستثناة.

وفى حالة ما إذا تسببت المخاطر المستثناة جزئيا فى إحداث الأضرار وكان الجزء الآخر يقع على مسئولية المقاول فيبدو على وجه العموم أن السبب الأكثر هيمنة أو فعالية فى حدوث الأضرار سيؤخذ فى الاعتبار عند تقرير ما إذا كان المالك أو المقاول سيتحمل الخسائر والتكاليف.

*(... قام مقاول بتركيب معدات كهربائية فى أحد المصانع وكانت تلك المعدات غير مناسبة لأداء الغرض المقصود من تركيبها وأيضا غير آمنة وقد تؤدى إلى نشوب حريق.*

*قام أحد موظفى المقاول بتشغيل المعدات المذكورة قبل اختبارها وتركها بدون إشراف طوال الليل ونتيجة لذلك نشب حريق ودمر المصنع).*

من الواضح أن هناك سببين للحريق أحدهما خطورة المعدات والثانى إهمال الموظف والسبب الأول هو الفعال فى نشوب الحريق وعليه فقد اعتبرت شركة التأمين غير مسئولة عن تغطية الأضرار على أساس أن وثيقة التأمين استثنت الأضرار الناجمة عن طبيعة أو حالة المعدات التى يجلبها المقاول.

ماذا نفعل إذا نشأ الضرر عن سببين أحدهما من المخاطر المستثناة (مثل انهيار مبنى نتيجة خطأ فى التصميم) وآخر نتيجة سوء التنفيذ؟. والذى يبدو أنه فى مثل هذه الحالة يتم تقسيم التكاليف بالنسبة والتناسب، هذا مع الأخذ فى الاعتبار صعوبة الوصول إلى النسب العادلة فى هذه الحالة.

والسبب فى وجود هذه المادة هو أن المقاول لا يمكنه أن يؤمن ضدها وقد استثنيت على أساس أن شركات التأمين لا تقوم بالتأمين ضدها وقد حددت المادة من الناحية العملية توزيع المسئوليات بين المقاول والمالك حتى أنها نصت على ذلك صراحة فى الطبعة الرابعة من الفيديك (١٩٨٧).

**١-٤ إيقاف العمل والمخاطر المستثناة.**

بالرجوع إلى المادة (٤٠) فقرة (١) يتضح أن التكاليف الإضافية الناجمة عن إيقاف العمل إذا ما أمر المهندس بذلك يتحملها المالك إلا فى حالات منها أن يكون إيقاف العمل ضروريا للتنفيذ الصالح للأعمال أو من أجل سلامتها.. ما دامت هذه الضرورة غير ناشئة ... عن أى من الأخطار المستثناة.

**١-٥ أخطار التصميم.**

من المخاطر المستثناة الأضرار الناجمة من تصميم وتخطيط المهندس لا غير، أى أن يكون التصميم هو السبب "الوحيد" فى حدوث الأضرار وهنا تجدر الإشارة إلى الآتى:

- يجب ألا يتحمل المقاول تكاليف إصلاح أى أضرار فى الأعمال ناجمة عن خطأ المهندس فى التصميم من نفقته الخاصة.
- لا يمكن أن يؤمر المقاول بتصميم أى من الأعمال المسئول عن تصميمها المهندس فإذا ما تعاون أو ساعد فى حل مشكلة أو صعوبة متعلقة بالتصميم فلا يتحمل أية مسئولية نتيجة هذا التعاون.

*(قام مقاول بتنفيذ خط أنابيب حسب العقد وهبطت أجزاء من هذا الخط مما سبب بعض الأضرار. قال موكل المالك فى الدعوى بأنه ما دام المحكم قد حكم بأن هبوط خط الأنابيب لم يسببه سوء تنفيذ المقاول للأعمال فإنه من الممكن استنتاج أن الهبوط كان نتيجة خطأ فى التصميم الذى قام به المهندس).*

وهنا تجدر الإشارة إلى أن كثير من المنشآت لا تكون ثابتة أو متزنة كاملا حتى إتمام البناء والانتهاء منه لذا تكون الحاجة للأعمال المؤقتة. فالمادة إذن تتحدث عن الانهيارات التى تحدث أثناء التنفيذ بسبب خطأ فى التصميم ويمكن استنتاج أن هذا الجزء من المادة يقصد الآتى:

أ. خطأ فى تصميم الأعمال الدائمة يؤثر على توازنها وسلامتها بعد إتمام البناء والتنفيذ ويكون هذا الخطأ سببا فى حدوث الضرر أو الانهيار أثناء الإنشاء وذلك فى حالة عدم الاحتياج إلى أعمال مؤقتة للتثبيت والسند أثناء التنفيذ.

ب. أن يكون المهندس قد صمم الأعمال المؤقتة، وليس المقاول.

ج. أن يكون المهندس قد اختار وصمم طريقة الإنشاء والتنفيذ وأن استعمال طريقة آخرى كان من الممكن أن يمنع حدوث الضرر أو النهيار.

إذن فكلمة "أن يكون التصميم هو السبب الوحيد" تعنى أيضا أنه إذا لم يقم المقاول بتثبيت المبنى - بواسطة أعمال مؤقتة - أثناء التنفيذ وإذا ما تسبب عدم التثبيت فى الضرر أو الانهيار فإن هذا التصرف يلغى هذا الاستثناء ويصبح المقاول مسئولا.

## ٢. المخاطر الخاصة

٢-١ رغم التشابه والتماثل بين الفيديك والعقد الانجليزى والذى أشرنا إليه فى مقدمة هذه الورقة فإن المادة المتعلقة بالمخاطر الخاصة لا يوجد لها نظير فى العقد الانجليزى باستثناء الموضوع المتعلق بالحرب الواردة فى المادة رقم (٦٥) وهى نفس رقم المادة المتعلقة بالمخاطر الخاصة فى الفيديك.

وهذا البند من أهم البنود كما صرح بذلك سيرباكس (١٩٨١) من حيث أنه يمنح حماية واسعة جدا للمقاول ضد المخاطر الخاصة المنصوص عليها فى المادة (٦٥).

٢ -٢ وقائمة المخاطر الخاصة هى نفسها قائمة المخاطر المستثناة مع وجود فرق بسيط هو أن المستثناة تزيد عن الخاصة فى ثلاثة مواضيع:

أ. استعمال المالك أو احتلاله للأعمال أو لجزء منها.

ب.تصميم المهندس.

ت.فاعلية قوى الطبيعة.

ويؤدى هذا التماثل أحيانا إلى الخلط بين المادتين وأدى هذا بدنكان والاس (١٩٨٣) إلى التعجب من هذا التماثل فعلق قائلا: "أن المرء يجد صعوبة فى فهم سبب هذا التماثل" فلماذا لا تنقسم القائمتين إلى مادتين أحدهما تشمل المواضيع الثلاثة المشار إليها أعلاه والثانية تشمل بقية المخاطر. يعزى والاس السبب فى هذا التكرار إلى أن العقد الانجليزى لا يشمل المادة (٦٥) وأن هذه المادة قد تمت صياغتها فى وقت لاحق على الصياغة الأولى للفيديك.

### ٢-٣ الفرق بين مادتى المخاطر الخاصة والمستثناة

إن المادة (٢٠) فقرة (٢) تفيد أن المقاول غير مسئول عن إصلاح الأعمال إذا ما تسبب فى أضرارها أحد المخاطر المستثناة إلا بأمر من المهندس ويكون الإصلاح على نفقة المالك.

أما المادة رقم (٦٥) فإنها تعطى حماية أوسع كثيرا فيما يتعلق بالمخاطر الخاصة. وأهم الاختلافات بين المادتين (٦٥) و (٢٠) هى:

أ. المادة رقم (٦٥) لا ينطبق فقط على الأعمال ولكن يمتد إلى ممتلكات المالك والمقاول المستعملة، أو التى ينوى استعمالها، لغرض إنشاء الأعمال.

ب. المخاطر الخاصة لا يقتصر تأثيرها على الدولة التى ينفذ فيها المشروع.

ج. المادة تمنح المقاول حماية على أوسع نطاق ممكن حيث تشمل أية مصاريف إضافية أو انخفاض فى الربح أو تأخير فى فترة التنفيذ ناجمة عن المخاطر الخاصة فى أى مكان فى العالم.

د. الإصلاح أو التبديل يكون على أساس التكلفة مع إضافة نسبة أرباح وتشمل التعويضات المالية المعدات أيضا.

**٢-٤ تعليق على بعض الفقرات**

الفقرة الثانية:

مخازن المقاول فى الدولة التى يتم تنفيذ المشروع فيها (بلد المشروع) مشمولة فى الحماية.

الفقرة الثاثة:

تشمل التعويضات أية أضرار أو خسائر تنجم عن قوات صديقة فى أوقات السلم.

الفقرة الخامسة:

تذمر هذه الفقرة صراحة "فى أى مكان فى العالم" مما قد يفيد أن المخاطر المذكورة فى الفقرة الأولى تقتصر على بلد المشروع ولكن هذا ليس صحيحا بالضرورة حيث تشمل الفقرة الثانية أية ممتلكات فى طريقها للموقع. أى أية مواد أو معدات منقولة من دولة إلى أخرى عن طريق الشحن البحرى أو خلافه مما يفيد أن المخاطر المذكورة فى الفقرة الأولى غير مقتصرة على بلد المشروع.

الفقرتين السادسة والسابعة:

لا تشمل التعويضات – فى حالة إنهاء العقد – الأرباح عن أية أعمال كان سيتم تنفيذها إذا ما تمكن المقاول من استكمال الأعمال.

**٢-٥ إنهاء العقد**

تطالب المادة المقاول بشرط هام جدا بحيث إذا لم يتوفر قد يسقط حقه فى مطالباته المتعلقة بهذه المادة أو على الأقل يضعف موقفه، و ".... يجب على المقاول حالما يبلغ علمه أية إضافة أو زيادة فى التكاليف إشعار المهندس بها كتابيا".

وهذا الشرط نراه عادلا جدا بحيث تعطى المادة للمالك حق إنهاء العقد إذا ما نما إلى علمه أن هناك زيادة فى التكاليف تجعله غير قادر على تمويل المشروع أو قد تجعل المشروع خاسرا من الناحية الاستثمارية... إلخ. أى أن المالك هو الذى سيتحمل التكاليف الإضافية فكان من العدل والتوازن أن يمنحه العقد – وليس المقاول – حق إنهاء العقد.

## ٣. المراجع:


- Max W. Abrahamson (1983), "Engineering Law and the ICE"
- I. N. Duncan Wallace (1983), "The International Civil Engineering Contract, A Commentary"
- J. G. Sawyer & C. A. Gillot (1981), "The FIDIC Conditions, Digest of Contractual Relationships and Responsibilities"
- "Clearing the Critics' Confusion", New Civil Engineer, 20 December 1973, London, Page 33.
- تقرير أعده المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى عن قانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.