

جامعة باتنة - 1 -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# الإطار القانوني لفض المنازعات عقود الإنشاءات الدولية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق  
تخصص قانون أعمال

إشراف الدكتور :

د/ عمار رزيق

إعداد الطالبة الباحثة :

آمال بولغاب

## لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة باتنة	أستاذة تعليم عالي	أ.د/ فريدة مزياني
ممتحنا	جامعة عنابة	أستاذة تعليم عالي	أ.د/ فضيلة صحري
مشرفا ومقررا	جامعة باتنة	أستاذ محاضر	د/ عمار رزيق
ممتحنا	جامعة باتنة	أستاذ محاضر	د /محمد الأخضر بن عمران
ممتحنا	جامعة قسنطينة	أستاذ محاضر	د/ سامي بن حملة
ممتحنا	جامعة الأغواط	أستاذ تعليم عالي	أ.د/ الهادي خضراوي

السنة الجامعية 2015/2016

# قال الله تعالى

الله لا إله إلا هو الحي القيوم لا

تأخذه سنة ولا نوم له ما في

السموات وما في الأرض من ذا

الذي يشفع عنده إلا بإذنه يعلم ما

بين أيديهم وما خلفهم ولا يحيطون

بشيء من علمه إلا بما شاء وسع

كرسيه السموات والأرض ولا

يؤوده حفظهما وهو العلي

العظيم

# إهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين، اللهم أدخلني  
مدخل صدق و أخرجني مخرج صدق واجعلني من لدنك سلطانا نصيرا.

أهدي ثمرة جهدي إلى ضيائي و قدوتي و إلهامي في الحياة والدي العزيز عزوزي وإلى  
منارة فؤادي و عنفوان روحي صبحي و مسائي أمي الغالية فطيمة.

إلى نصفي الثاني، منبع أمني و صبري و إجتهادي زوجي العزيز يحيى.

إلى من نظرت في عينيها أعطيتني القوة والأمل لإنجاز هذا العمل أبنائي

رفيف و شهاب .

إلى كل من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة إخواني صابر ، حمزة ، أيمن ، وأخواتي

سليمة ، إيمان ، أحلام

وإلى صديقتي الغالية أماني سامي العجه

# تشكرات و عرفان

أتوجه إلى الله سبحانه وتعالى والحمد والثناء والشكر كما يحبه ويرضاه على أنه وفقني في إنجاز هذا العمل على ما فيه من ضعف البشر وقصر النظر ، فما كنت فيه من صواب فهو من خالص فضله سبحانه وتعالى علينا ، فله الحمد والشكر ونسأل الله العفو والغفران .

ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ( لا يشكر الله من لا يشكر الناس) ، ومن هذا المنطق أقدم بالشكر الخالص والخالص جدا إلى المشرف على هذه الرسالة الدكتور عمار رزيق ، جزاه الله خيرا.

وإلى أعضاء اللجنة الكرام على قبولهم مناقشة هذه الرسالة ، كما أتقدم بالشكر إلى كل من :

- الدكتور عبد السلام إسماعيل الهماش الذي لم يبخل علي بمساعداته القيمة وتوجيهاته
- الأستاذ الدكتور محمد يوسف علوان الذي أمد لي يد العون في أهم مراحل إعدادي لهذا العمل
- الدكتورة القاضية منتهى يوسف المقابلة نعم الصديقة الوفية على ووقوفها إلى جانبي دائما أبدا
- إلى شقيقتي الأستاذة أحلام رميسة على مساندتها لي بكل ما أعطتها ربنا سبحانه وتعالى من قوة إلى كل هؤلاء وكل من ساعدني في إتمام هذا العمل المتواضع ولو بكلمة طيبة وإبتسامة ،

جعلها الله في ميزان حسناتي وحسناتهم .

## قائمة لبعض المختصرات الواردة في الرسالة

أولا باللغة العربية:

ج.ر.ج.ج = جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية

ص = صفحة

ص ص = من الصفحة الى الصفحة

ط = طبعة

ق.إ.م.إ = قانون إجراءات مدنية وإدارية

ثانيا باللغة الأجنبية:

Art = Article

BOT = Building Operate Transfer

CCI = chambre de commerce international

DAB = Dispute Adjudication Board

FIDIC = La Fédération International Des Ingénieurs – Conseils

JoF = Journal officiel Français

N° = Numéro

Op ;cite = ouvrage précédemment cité

p = page

pp = de la page à la page

PPP = partenariat public privé

RDAI = revu de droit des affaires internationales

## مقدمة

ازدادت أهمية التجارة الدولية، ومجال التعاون الاقتصادي بين الدول، وتعددت مشاكلها، حيث استحوذ الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لها مشاكلها القانونية على فكر الباحثين بمختلف تخصصاتهم في مختلف الدول ولعلنا المستويين الداخلي والدولي .

فبعد أن كان دور الدولة يقتصر على إدارة المرافق العامة الإدارية في المجال الداخلي فقد اتسعت اليوم مآبعا تدخلها ونشاطها في كثير من الميادين الاقتصادية، وأصبحتتندخل بأسلوب الإدارة المباشرة في كثير من أوجه النشاط الاقتصادي، خاصة في ظل ذلك التقدم الفني الهائل الذي يشهده العالم اليوم، والذيدمناحية النظر هو كثير من المجالات التي يعجز النشاط الخاص عن الاضطلاع عليها في كثير من الدول مثل الاستثمارات في السكك الحديدية والكهرباء ومحطات المياه، ومناحية أخرى فإن الثورة الهائلة في نطاقتكنولوجيا والاتصال جعلتنا التقدم الفني سمة من سمات العصر وبذلك طور دور الدولة، مندولة حارسة للدولة ممتدخلة في أوجه الأنشطة الاستثمارية لتصبح الدولة حديثا منتجة ومستثمرة .

لما كانت الدول النامية تحتاج إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتشجيع الاستثمار في المجالات المختلفة لجلب التقنية الحديثة من الدول المتقدمة أصبح لزاما أن تكون هناك وسيلة قانونية تضمن حقوق المستثمر وتلزم الدول بتحمل التزاماتها مع المستثمرين الأجانب بسواء كانوا أشخاصا أو شركات، فظهر نتيجة لذلك عقدا الاستثمار الدولي مع بداية القرن التاسع عشر .

وتميزت هذه العقود بطبيعة خاصة تختلف عن العقود الإدارية الأخرى التي تكون الدولة طرفا فيها، وتعددت أنواعها حسب المجالات المختلفة للاستثمار وحسب المتغيرات الاقتصادية التي كانت أو سلبية أو رأس مالية، وما يهمنها هنا هي تلك العقود التي تخدم زيادة مساهمة القطاع الخاص في مشروعات التشييد وزيادة الاستثمار الأجنبي المباشر، الذي أدى بالدولة إلى إبرام العقود لإنشائها للمشروعات التي تخدمها. تغيرت عن طر يقظهور أساليب التعاقدية الجديدة تهتم بإنشاء وتطوير مرافق انتقيا لأصل حكرا على الدولة كمشروعات تطوير البنية التحتية والمشاريع الكبري التي تخدمها. ولخاصة النامية منها لتصلبها المصافا للدول المتقدمة .

خاصة وأن مجال البنية والاعمار من المجالات التي ازدادت لأهمية الكبري والمتنامية في جميع الدول حيث أصبح يمتد لأبرز المجالات الاقتصادية التي تساهم في تحقيق النمو الاقتصادي، ويهدف قطاع البنية والتشييد الذي يشكل جزءا هاما من الاقتصاد الوطني في أية دولة إلى تحقيق زيادة في الناتج المحلي وتحقيقا لنمو اقتصادي في الاقتصاد الوطني، والذي يعد أساسا أساسا لعملية التنمية .

كما أن نمو قطاع الإنشاءات والعقارات يتكاملان في إطار النمو الاقتصادي للدولة .

وأن تنامي الطلب على الناتج عن الزيادة في السكان والحاجة الاجتماعية للمساكن والظروف الاقتصادية قد دفعت المستثمر إلى اتجاه الاستثمار في البنية والتشييد باعتبارهما أفضل لقطاعا التي يمكن استثمار بها . ونظرا لتلك الأهمية المتنامية والمطرد في قطاع البنية والتشييد والتوسع في

دخول الشركات الأجنبية لتنفيذ مشروعات وطنية أصبحت الدولة متأهبة لإبرام أي عقود يكون الطرف المقابل فيها قسماً عاصراً سواء كان هذا القسماً عاصراً محلياً أو أجنبياً وسواء كان فرداً أو شركة، وكل هذا من أجل تقوية مشاريعها.

ولما كان الأساس في هذا المشاريع الإنشائية، عقود الأشغال العامة التقليدية علناً المستندة إلى القانون الداخلي، فإن تعامل الدولة بنفسها مع هذا العقد مع أشخاص أجنبيين فيعليها صفة دولية وبالتالي تصبح من العقود الإنشائية الدولية.

وهذا الأخير فتعدنا لإفرازات جديدة للاستثمار الأجنبي، والذي طور أساليب جديدة في مشاريع خاصة مع الدول التي لها كيانات مستقلة سياسياً وذلك لحفظ حقيقتها بابتكار عقود نموذجية، تعتبر من استراتيجيات الجديدة في عالم التشييد والهندسة.

### ومن هذا العقود النموذجية نذكر على وجه الخصوص عقد الفيديك FIDIC

وهو اختصاراً للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وعقد البوت BOT وهو اختصاراً للبناء والتشغيل ونقل الملكية".

ويعتبر عقد البوت كذلك من العقود النموذجية لأنها أساسية من الكتاب الفيديك، حيث يوصف باستخدامها في المشاريع المتكاملة حيث يتولد فيها المقاولات والتصاميم، وتحمل عدداً من المخاطر ومسؤوليات، وهذا يشبه العقود الامتياز في الجزائر مثلاً، والتي تعتمد على نموذج الصفقات العمومية في اختيار العقد وهو بمثابة عقد نموذجي.

وهذا العقود هي غالباً ما تكون النماذج المعتمدة من المنظمات المالية الدولية كالبنك الدولي.

كما اهتمت بهذا النوع من العقود منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، وأفرزت لها نظاماً خاصاً وعقوداً نموذجية استرشادية لتشجيعها استقرار جوانب ضمانات الأنشطة الاستثمارية والتكنولوجية المعاصرة.

ويعتبر التعامل بالعقود النموذجية ضماناً لاطراف من مخاطر الجهل بمعرفة تفاصيل عقودها القانونية التي تحكم منازعاتها في حال حدوثها<sup>(1)</sup>.

## الهدف من البحث.

باستناداً لزيادة أهمية العقود النموذجية والتي أصبحت من المراجع الأساسية للدول عند إبرام عقود الإنشاءات والمقاولات، وانتشارها واستخدامها في عالم الاستثمار العقاري في جميع أنحاء العالم، بالرغم من أن الإطار القانوني في هذا المجال يشوبه نوعاً من الغموض وعدم التنظيم أكثر من المجالات

<sup>1</sup> عادل عزت السنجلي، عقود الاستثمار الهندسية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1983، ص 18

لاتا لأخرى، ويحتا جتنفيذ هذا المشرو عاتا لإنشائية الضخمة لفترات زمنية طويلة، تتغير فيها الظروف وعند تنفيذ المشروع وعمما كانت عليه وقت إبرامها لعقد، وقد لا تكتمل أعمالنا عبر طريقة مرضية للجانبين، وهذا يؤدى إلى نشوب نزاعات بيننا لأطراف، ولذلك فالهدف من هذا الدراسة هو تبين ما استحدثته هذه العقود الإنشائية الدولية من طرق وشروط لضمنا إنجاز المشروع وعفيظ وفجيدة، ووضع أطراف لفضا المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف العقد دو تحديد الوسائل لتبع الكيفيو عالعقد بوسيلتين أساسيتين هما مجلس لفضا المنازعات والتحكيمو اللذان صارا الطريقتان الموازيان للقضاء في فض المنازعات انعقودا لإنشاء اتالدولية.

## أهمية البحث

• تتحدث أهمية دراسة " الإطار القانوني لفض المنازعات انعقودا لإنشاء اتالدولية" فيالتطرقأولادراسة كلعقد الفيديك وعقد البوت، ومعرفة التكيف القانوني لهذا النوع من العقود، والذي من خلال يتحدد طرق لفضا المنازعات التي تنشا خلال تنفيذها.

كما تبرز أهمية فيدراسة كلعقد التحكيمو مجلس لفضا الخلافات باعتبارهما هوسيلتين نصت عليهما العقود النموذجية لإنشاء اتالدولي فلما تتمتع به من مزايا تفوق غيرها على غيرهما من الوسائل البديلة الأخرى لحل المنازعات، وتوضيح الدور المهم للمهندسا لاستشاري في حل هذا المنازعات. ت.

كما تكمن أهمية الدراسة في إبراز أهمية هذا المشاريع، لما تتمتع به من تكلفة اقتصادية عالية جدا، حيث تؤدي النزاعات فيها التي تعرق لالمشروع والخسائر تلحق أطراف العقد، سواء خسار تمادية أو في خسارة الوقت في حالة اللجوء للقضاء لحل النزاع.

كما تكمن أهمية هذا الدراسة في أنها تعيد من التخصصات والمهتمين بهذا النوع من العقود فضلا عن القانونيين، مثل المهندسين لاستشاريين، وحنتموظفوا القطا العام، ومكاتب الاستشارات الهندسية الخاصة.

تبرز كذلك أهمية هذا الدراسة في قلة الأبحاث والدراسات المتخصصة والمتعلقة بهذا الموضوع علنا الرغم من تعدد جوانبها في الدول العربية وخاصة علنا المستوطنين في الجزائر.

## إشكالية البحث

وتبعالما تقدمفإننا لإشكالية التي تنظر حها في هذا البحث هي كالتالي:

مامدفعالية كلعقد مجلس لفضا الخلافات، والتحكيم في عقود الانشاء اتالدولية بالنسبة لأطراف العقد، باعتبارهما هوسيلتين صت عليهما هاتاه العقود النموذجية.



ولهذا الاشكالية عناصر يجب النظر قلها من خلال الاجابة علنا العديد من التساؤل وتمييزها :

- ما أهمية العقود النموذجية وآلية عملها؟
- ما الفائدة المرجوة من قبول اللجوء لهذه الوسائل لفض المنازعات بالنسبة لطرفي العقد؟
- ما هي واجبات أطراف المحافظة علينا استمرار العقد وتوازنها مع اللجوء هذه الوسائل؟
- هل تعتبر وسائل فض المنازعات المنصوص عليها في النماذج مناهجاً مما يجلب استثمار الأجنبي؟
- هل يمتد شرط التحكيم في العقد الأصلي للعقد المرتبط به كعقد نقل التكنولوجيا؟
- ما هي مسؤوليات المهندس الاستشاري في مجلس فض الخلافات؟
- ما أهمية قرار تهذ الوسائل وما هي إمكانية تنفيذها؟
- هل نظم التشريعات الجزائية هذه الأنواع من العقود؟

سنعتمد في هذا البحث أسلوباً تحليلياً للمواد والنصوص المنظمة لمجلس فض الخلافات التحكيم في دراسة تجمع بين النظرية والتطبيق، خاصة فيما يخص القانون الجزائري

كما اعتمدنا المنهج الوصفي بوصفنا نموذجاً ليو توال فيديكا باعتبارها نماذج مستحدثة، معتاداً لبعض المواقف. مع الاستعانة بأساليب

علمية أخرى كلما دعت الضرورة إلى ذلك

وللوصول للحل هذه الاشكالية، سيتم دراسة الموضوع من عدة جوانب ذات صلة وأهمية لإطار القانوني لفض المنازعات المتعلقة بعقود الإ

نشاءات دولية.

وذلك يتطلب ابداء تعريف عقد الإنشاء الدولي وتحديد طبيعتها القانونية، والبحث في الأشكال التعاقدية النموذجية حيث يتركز على كل من عقد الفيديو

مدى كفاءة التوازن المالي فيها، وعلى عقد البوت الذي يعتبر من أهم العقود التي تجالها الدول في مشاريع البندا التحتية خاصة، ثم ندرسم مجلس فض الخلافات

أهم وسائل فض النزاع المنصوص عليها في عقد الفيديو النموذجية لتطرق لشنأتهو طبيعتها القانونية ومدى إلزامية قراراتها للتحكيم في عقود البوت كأ

هالوسائل التي تاتي في حالة عدم إمكانية فض المنازعة من خلال المجلس حيث تعتبر عقود البوت احد نماذج عقد الفيديو.

ولذلك ستكون خطة الدراسة كالتالي: سيتم تقسيم البحث إلى بابين رئيسيين، يتقدمهم فصل تمهيدي لضرورة ارتئائها للبحث بعنوان مفهوم عقد الإنشاء الدولي.

ثم الباب الأول بعنوان حل المنازعات المتعلقة بعقد الفيديك، والذي قسمناه إلى ثلاثة فصول خصصنا الفصل الأول لماهية عقد الفيديك، والفصل الثاني نطرقنا فيه ماهية مجلس فض الخلافات في عقود الفيديك، أما الفصل الثالث فخصصناه للتوازن المالي في عقود الفيديك.

أما الباب الثاني: فعنوانه: حل المنازعات المتعلقة بعقد البوت، وقسمناه إلى ثلاث فصول، خصصنا الفصل الأول للماهية عقود البوت.

أما الفصل الثاني خصصناه لمفهوم التحكيم، ثم الفصل الثالث الذي خصصناه لموقف المعاهدات والاتفاقيات والهيئات من التحكيم في منازعات عقود البوت والعقود المرتبطة به

ثم خاتمة للموضوع ونحاول من خلالها توضيح حل الإشكالية، نتبعها بأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث بالإضافة لبعض التوصيات لتبسيطها.

## الفصل التمهيدي

## مفهوم عقد الإنشاء الدولي

في هذا الفصل سنتطرق إلى تعريف عقد الإنشاء الدولي، والذي اختلف الفقهاء في الإجماع على نفس هذه التسمية، حيث منهم من أطلق عليه، عقود البناء والتشييد<sup>(1)</sup>، وعقود الهندسة ومنهم من سماها بعقود المقاولات الدولية، والعقود الدولية للأشغال العامة، وغيرها من التسميات. ولذلك ارتأينا أن نعرف عقد الإنشاء الدولي على حسب كل تسمية لنحدد ما إذا كان هناك فرق بينهم، أم أن الفرق مقترن فقط بالتسمية، وهذا في المبحث الأول.

أما المبحث الثاني فنخصه للخصائص المتعلقة بعقد الإنشاء الدولي، وفي المبحث الثالث نتحدث عن المعايير التي قبلت بشأن تحديد طبيعة هذا النوع من العقود هل تصنف أنها إدارية أم من عقود القانون الخاص أم أن لها طبيعة خاصة تتميز بها. أما المبحث الرابع نخصه للإلتزامات الأساسية التي يجب أن تتوفر في العقد.

<sup>1</sup> أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية. بدون دار نشر - 1992، ص4.

## المبحث الأول: تعريف عقد الإنشاء الدولي.

في هذا المبحث سنحاول إعطاء تعريف لعقد الإنشاء الدولي، ولكي نعرف هذا العقد يتعين بداية التعرض لمفهوم العقد من جهة ولمفهوم المشروع الإنشائي من جهة أخرى، باعتبار إن عقد الإنشاء الدولي ينصب في الأصل على مشروع إنشائي، وذلك في المطلب الأول.

وفي المطلب الثاني نتطرق لموقف الفقه من تسمية عقد الإنشاء الدولي. وذلك لما فيه من اختلاف.

ونخصص المطلب الثالث للخصائص المتعلقة بعقد الإنشاء الدولي

## المطلب الأول: معنى عقد الإنشاء الدولي.

لإعطاء معنى الإنشاء الدولي كما أوضحنا في تقديم المبحث، يجب أن نتطرق لتعريف العقد وتعريف المشروع الإنشائي، من خلال الفروع التالية، وذلك بصفة عامة.

## الفرع الأول: تعريف العقد.

## أولاً - العقد لغة:

ذكر علماء اللغة أن لفظ العقد يرد على عدة معانٍ منها الشد والربط والعهد والضمان والجمع والعزم والتأكيد والإحكام والتوثيق.<sup>(1)</sup>

قال أبي فارس: "العين والقاف والدادل تدل على شد وشدة وثوق وإليه ترجع فروع الباب كلها"<sup>(2)</sup>

ومادة (عقد) في اللغة العربية تعني ما يأتي:

الأول: أن الفرد يلزم نفسه بشيء معين أو أن يلتزم عدة أطراف اتجاه بعضهم على شيء معين.

<sup>1</sup>أبي الفضل جمال الدين بن منظور، **لسان العرب**. الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1993.

<sup>2</sup>أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، **معجم مقاييس اللغة**. الطبعة الثالثة، دار الخانجي القاهرة، 1981

الثاني: أنها تُرد على الأشياء المحسوسة كشد الحبل، والأشياء غير المحسوسة (المعنوية) كعقد النكاح وعقد البيع.

الثالث: أنها ترد على أمور مستقبلية.

وما يعيننا في بحثنا أن من معاني العقد في اللغة العربية:

أن يلتزم طرفان أو أكثر، اتجاه بعضهم البعض على أمر غير محسوس في المستقبل.

ثانياً- تعريف العقد في القانون.

أ- في القانون المدني الجزائري:

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو

شخص أو عدة اشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما)<sup>1</sup>

ونلاحظ ان المادة 54 عبارة عن ترجمة حرفية لنص المادة 1101 من المجموعة القانونية الفرنسية لنابوليون سنة

1804 حيث نصت على أن (العقد عبارة عن اتفاق ما بين شخصين أو اكثر نحو شخص آخر أو اكثر بإعطاء شيء

أو بعمله أو بالامتناع عن عمله)

والنص باللغة الفرنسية هو كالتالي:

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers

une ou plusieurs autres à donner à faire ou a ne pas faire quelque chose »<sup>2</sup>

<sup>1</sup> القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية. الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2009، ص41.

أركان العقد هي: الرضا والمحل والسبب

حيث أن الرضا: يعتبر بمثابة الركن الأول لقيام العقد ولا يعتبر هذا العقد صحيحا إلا إذا رضي به أطراف العقد ويجب أن ينصب هذا الرضا على جميع شروط العقد ويجب أن يكون الرضا صحيحا أي صادر عن إرادة حرة واعية بما هي مقدمة عليه، أي أن يكون الرضا خاليا من أي عيب من العيوب التي يمكن أن تطرأ على الإرادة وإلا كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه، وعيوب الرضا هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال أو الغبن.

بينما المحل: يقصد به موضوع العقد شرط أن يكون ممكنا قابلا للتحقيق وجائز قانونا ويجب أيضا أن يكون المحل مما يدخل في دائرة التعامل وأن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

أما السبب: يقصد به الباعث أو الدافع على التعاقد ويشترط في سبب العقد أن يكون مشروعاً وإلا اعتبر باطلاً.<sup>(1)</sup>

ب-تعريف العقد في القانون الإداري:

عرفت المحكمة الإدارية العليا لمصر، في حكم لها بتاريخ 25-5-1963، العقد الإداري بقولها: " إن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول إنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثها المتعاقد معها بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة".<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> أحمد لهبيبات، سعد طبري، الاقتصاد والمانجمنت والقانون. الديوان الوطني للمطبوعات، الجزائر، 2010، ص 101

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية. دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر، 2005، ص 10.

كما عرف كل من الفقه والقضاء العقد الإداري على انه: اتفاق يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما بقصد إدارة أو تسيير أحد المرافق العامة، وتظهر نية، الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد.<sup>(1)</sup>

كما تم تعريف العقد الإداري بأنه: "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"<sup>(2)</sup>

ويشترط في العقد الإداري أن يكون أحد طرفيه إما الدولة أو الهيئة العمومية الوطنية المستقلة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العامة رغم الاستثناءات الواردة عليه بموجب عدة نصوص.<sup>(3)</sup>

ومن بين أنواع العقود الإدارية عقود الدولة حيث تنقسم إلى عقود داخلية وعقود دولية:

#### 1- عقود الدولة الداخلية وتنقسم إلى:

##### عقود الدولة الإدارية:

وهي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وهي مرتدية رداء السلطة العامة، وتخضع لقواعد القانون العام، ويختص بها القضاء الإداري، وتبرم بين إرادتين أو بين شخصين من أشخاص القانون العام<sup>(4)</sup> بقصد إدارة مرفق عام، ومن أمثالها: عقد امتياز المرافق العامة، عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد النقل، عقد المقاولة، عقد القرض العام.<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية- دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة- الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 48.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية مرجع سابق، ص 10

<sup>3</sup> ناصر أباد، القانون الإداري. الجزء الثاني، النشاط الإداري، 2004، ص 394.

<sup>4</sup> موسى شحاته، القانون الإداري. الطبعة الاولى، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، 1996، ص 147.

<sup>5</sup> مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي " دراسة مقارنة الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 48.

عقود الدولة الخاصة: (1)

وهي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ليس بوصفها سلطة عامة بل بوصفها فردا خاصا، حيث تقف على عدم المساواة مع المتعاقد معها ويستخدم فيها أسلوب القانون الخاص، وتخضع لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"

2- عقود الدولة الدولية - أو ذات الطابع الدولي: وتتقسم إلى:

- المعاهدات الدولية: وهي اتفاق بين دولتين متساويتين في السيادة، وتخضع لأحكام القانون الدولي العام.
- العقد المبرم بين المنظمات الدولية ودولة المقر: مثل العقد المبرم بين الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، والعقد المبرم بين جامعة الدول العربية وجمهورية مصر العربية.
- عقود الدولة ذات الطابع الدولي أو عقود الدولة الدولية: وهي العقود التي تبرم بين الدول أو من يعمل باسمها ولحسابها، ومشروع خاص أجنبي يكون موضوعه استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشآت صناعية بهدف التنمية لأجل طويل. (2)

أو هي العقود التي تبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وشخص أجنبي خاص بهدف إنشاء التزامات تعاقدية، قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة وقد لا تستخدمها. (3)

الفرع الثاني: تعريف المشروع الإنشائي.

لتعريف المشروع الإنشائي نعطي بداية يجب أن نتطرق لبعض المفاهيم الخاصة بمصطلح الإنشاء وما يرادفه من مصطلحات كالبناء والتشييد.

<sup>1</sup> مراد محمود المواجدة، نفس المرجع، ص 48.

<sup>2</sup> عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص. مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991، ص 22

<sup>3</sup> مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 49.



أولاً: التعريف اللغوي لكل من الإنشاء ، التشييد، البناء.

إنشاء أو بناء أو إقامة، و ترجمتها بالإنجليزية Building

ما يقابله كلمة تشييد في مجال العمارة ترجمتها بالفرنسية Construction

بناء و هو وضع الشيء على الشيء على وجه يراد به الثبوت والدوام

والبَّناء: بفتح الباء، وهو الشخص الذي تكون حرفته وضع الأبنية

البنائون الأحرار = الماسونيون<sup>(1)</sup>

ثانياً : التعريف الاصطلاحي.

يقصد بالتشييد: الإنشاء أو الاستحداث بمعنى البدء في إقامة المبنى لأول مرة بداية بوضع الأساسات، كما نكون بصدد تشييد بناية جديدة في حالة الهدم وإعادة البناء. إلا أن المشرع الجزائري أغفل وضع تعريف للبناء الجديد المقام لأول مرة، رغم الأهمية التي يحددها هذا التعريف في تحديد مفهومه بدقة.<sup>(2)</sup>

أما البناء فيقصد به: "كل عمل أقامته يد الإنسان، مشكل من مجموعة من المواد أيا كان نوعها، ومتصلة بالأرض، بحيث لا يمكن نزعها أو تفكيكها دون تلف، وتشكل حماية للإنسان أو الحيوان أو الأشياء من مخاطر الطبيعة"<sup>(3)</sup>

وحسب الفقه الفرنسي فإن الغرض الذي شيد من أجله البناء لا يؤثر في مسؤولية المهندس والمقاول، طالما استوفى البناء بعض الشروط كعدم إمكانية تفكيكه دون تلف، و انه من صنع الإنسان، و انه يشكل حماية له.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري. الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، لبنان، 1992، ص 181.

<sup>2</sup> أحكام رخصة البناء والمنازعات المتعلقة بها- مقال منشور بتاريخ 2008/03/23 على الموقع الإلكتروني: [www.ingdz.com/vb/SHOWTHREAD.php?t=3882](http://www.ingdz.com/vb/SHOWTHREAD.php?t=3882)

<sup>3</sup> بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين. دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011، ص 41

<sup>4</sup> عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء. الطبعة الاولى، مصر، 1987، ص 66.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي على عدة معايير تكون باجتماعها وصف البناء ومنها:

- أنه من صنع الإنسان: إذ تتعلق بصانعه فهي ليست من صنع الطبيعة أو المناخ.
- استقرار البناء: باعتباره عقار فهو يتصل بالأرض اتصالاً دائماً.

كما عرف البناء بأنه: " كما يعتبر بناء كذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور وكل ما شيد في الأرض".<sup>(1)</sup>

ومن خلال هذه التعاريف لكل من البناء والتشييد و الإنشاء نجد أنها تحمل نفس المعنى تقريباً، مع اختلاف طفيف بين التشييد والبناء حسب ما جاء في تعريف التشييد والذي اعتبره ينصب على البناء لأول مرة، وفي رأينا ان مصطلح البناء كذلك يمكن ان يكون للإضافة وللترميم وبناء لأول مرة.

ومنه نقول ان البناء يحمل نفس معنى التشييد وهو أوسع منه.

وقد عرف الدكتور عبد الرؤوف جابر المشروع الإنشائي بأنه ذلك المشروع الذي يتم عن طريق عقد يبرم بين الإدارة بصفتها شخصاً اعتبارياً عاماً وبين المقاول، والمصاغ بوثيقة متضمنة لشروط ومواصفات وكميات لإنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع، ومتابعة تنفيذها خلال مدة معينة نظير مقابل. و مشتملات المشروع الإنشائي تمتد كذلك لتشمل أعمال الكهرباء و الميكانيك والتعميدات الصحية فهي لا تنحصر بالضرورة في الأبنية فقط.<sup>(2)</sup>

ويمكن تلخيص عناصر عقد المشروع العام في:

- 1- المشروع الإنشائي لا يقوم إلا باتفاق مكتوب بين الإدارة وأحد المقاولين
- 2- أن مضمون أعمال العقد هو الإنشاءات وصيانتها ولوازمها وتشغيلها وتنفيذها والإشراف عليها.
- 3- المدة المحددة للمشروع عنصر جوهري.

<sup>1</sup>Jaqueline Morand- Deviller, **Droit de L'urbanisme**. 2<sup>é</sup>édition, Dalloz, 1994, p128

<sup>2</sup>عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الإنشائية. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 203، ص ص، 169، 170.

4- المقابل والتمن كذلك عنصر جوهري. (1)

وعقد المشروع الإنشائي لا يختلف بأركانه عن النظرية العامة للعقد بتوافره على المحل، الرضا والسبب، ولكن هذا لا يمنعنا من اعتبار أن أركان عقد المشروع الإنشائي لا تتطابق في مفهومها في نطاق عقود القانون الخاص إذ من النادر أن يشوب الرضا عيب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن كما يكاد ينعدم في السبب عدم المشروعية أو في المحل عدم تعيينه.

### الفرع الثالث: تعريف عقد الإنشاء الدولي.

تطلق عبارة عقد الإنشاء الدولي على المشاريع الخاصة بتشديد أعمال البناء أو العقارات ومشاريع الهندسة المدنية كشق الطرق وإقامة الجسور، وإنشاء المطارات والأنفاق، وكذلك المشاريع الصناعية الأخرى كشبكة الاتصالات والمفاعلات النووية والتشييدات الميكانيكية والكهربائية. (2)

و يمكن تعريف هذا النوع من العقود على أنها العقود التي تبرم بين الدولة وأحد الأشخاص المعنوية العامة من جهة وبين طرف أجنبي خاص من جهة أخرى يتعهد بمقتضاه بتشديد مشروع كأعمال البناء وأشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى. (3)

وبالتالي فمعظم هذه العقود تكون من المقاولات الضخمة أو اتفاقيات نقل التكنولوجيا (4) وما يلحق به من أعمال مثل تصميم المشروع، مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني. وهذه المقاولات والمشروعات الضخمة تعتبر من الأهداف الرئيسية التي تشملها خطط التنمية في الدول. (5)

<sup>1</sup> عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 171.

<sup>2</sup> GlavinisPanayotis, **le contrat international de construction**. GLN, Joly édition, paris, 1993, p283.

<sup>3</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة لكيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود، دراسة مقارنة. دار الكتب القانونية، 2008، مصر، ص 25.

<sup>4</sup> نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الادارية. الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 243.

<sup>5</sup> André Brabant, **Le contrat international de construction**, Bruylant, Bruxelles, 1981, p73

وغالبا ما يتم التوقيع على هذا النوع من العقود بعد الدخول في مفاوضات طويلة ودقيقة بين أطرافها، للوصول إلى أفضل طرق الاتفاق على صياغة هذه العقود. وذلك لما تتسم به من تعقيد، ينتج من كثرة المتدخلين في إبرام وتنفيذ عقود الإنشاءات الدولية حيث يوجد ( رب عمل، مقاول، ومهندس استشاري)

ولهذه العقود صور وأشكال عديدة، تعتبر عقود نموذجية منها عقود الفيديك وعقود البوت، كما يدخل ضمنها كذلك عقود الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا.

ويبرم وفقا لهذا النوع من العقود العديد من العقود كذلك على النحو التالي:

- إبرام عقد واحد مع مقاول أصلي واحد يكون مسئولا عن جميع الأعمال المرتبطة بالمشروع ويلتزم بتسليم رب العمل مشروعاً كاملاً تاماً.
- تجزئة العمل إلى عدة عقود مستقلة، بحيث يتعاقد رب العمل مع أكثر من مقاول أصلي يختص كل منهم بنوع معين من الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع.
- يبرم رب العمل عقداً واحداً مع عدة مقاولين أصليين متخصصين، كل في نوع معين من مراحل العمل.
- يبرم رب العمل اتفاقاً مع المقاول يسمى بالمشروع المشترك.

كما يمكن أن يتم إبرام وتنفيذ عقد الإنشاء الدولي من خلال صورة واحدة من الصور السالفة الذكر، أو يتم الإدماج

بين هذه الصور المتعددة في تنفيذ هذه العقود. (1)

<sup>1</sup>مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 30.

## المطلب الثاني: موقف الفقه من تسمية عقد الإنشاء الدولي.

قمنا في المطلب الأول بإعطاء تعريف لعقد الإنشاء الدولي، ولكن في الواقع فإن العديد من الفقهاء اختلفوا في إعطاء تسمية موحدة لهذه العقود بل تعددت التسميات، والتي نذكر منها على سبيل المثال: - عقود الأشغال العامة الدولية، عقود المقاولات الدولية وعقود الهندسة(أو ما تسمى بعقود الاستشارات الهندسية). ومن بين هؤلاء الفقهاء

Jean albert ; Marie angelsanson ; Salem mahmoud<sup>1</sup>

والسؤال المطروح هنا هل تعدد التسميات يغير من المعنى المقصود من عقد الإنشاء الدولي، ام انه اختلاف فقط في التسمية او البناء الخارجي؟ هذا ما سنجيب عليه بعد التطرق لتعريف هذه العقود بشكلها المبسط المتداول في القوانين الداخلية دون إصباغ صفة الدولية عليها، وذلك من خلال 03 فروع نقدم في الفرع الأول، عقد الإشغال العامة وفي الفرع الثاني عقد المقاوله، ونخصص الثالث لعقد الإستشارة الهندسية.

## الفرع الأول: عقد الأشغال العامة.

تعتبر عقود الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية حيث يعرف عقد الأشغال العامة على أنه " اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي، في نظير المقابل المتفق عليه، وفقا للشروط الواردة بالعقد ويقصد تحقيق منفعة عامة. (2)

كما تعرف عقود الأشغال العامة على أنها "العقود التي يتعهد بمقتضاها المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم، أو الصيانة في عقار لحساب شخص معنوي عام تحقيق لمصلحة عامة، وذلك مقابل ثمن تلتزم به الإدارة، لذلك تحتل هذه العقود مكانه مهمة في أساليب إنشاء المشاريع العمومية وفي نظرية العقود الإدارية". (3)

وفي القانون الفرنسي تشمل الأشغال العامة كل من المقاولات العامة وعقود التوريد، وعقود تلقي الخدمات، وهذا ما جاء في نص المادة الأولى من قانون الأشغال العامة الفرنسي كالتالي:

<sup>1</sup>راجع في ذلك مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص26.

<sup>2</sup>محمد سعيد أمين، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص 47.

<sup>3</sup>De-Laubadere, Gaudement, traité de droit administratif. Tome 1, 16<sup>eme</sup> édition, Delta, 2002, p376

"Les marchés public Sont"

« Des contrat conclus à titre onéreux entre les pouvoirs a adjudicateurs définis à l'article 02 et les opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leur besoins en matière de travaux de fourniture ou de services »<sup>(1)</sup>

وفي نفس السياق نلاحظ أن المشرع الجزائري اتبع تقريبا نفس مفهوم المشرع الفرنسي للأشغال العامة، وهذا ما يبدو واضحا في المادة 29 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. والتي تنص على ما يلي: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: إنجاز الأشغال، إقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات".<sup>(2)</sup>

#### الفرع الثاني: مفهوم عقد المقاولة

خصص المشرع المدني الجزائري المواد من 549-570 لتنظيم أحكام عقد المقاولة وقد عرفت المادة 549 من القانون المدني الجزائري عقد المقاولة بقولها " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر".<sup>(3)</sup>

فالمقاول إذا تعهد بصنع شيء أو أداء عمل معين، ولما كان صنع الشيء أيضا عمل يؤديه الصانع فالمقاول يتعهد دائما بتأدية عمل، والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافا بينا، ويتنوع تنوعا كبيرا ومن نواحي عديدة أهمها من حيث طبيعة العمل، فقد يكون العمل غير متصل بشيء بل هو مجرد عمل كنقل أشخاص والنشر والعلاج، وقد يكون متصل بشيء معين كالنجار والحائك.

<sup>1</sup>Décret N° 2006-975. De 1 Aout 2006, Portant code des marchés publics, JoF. N° 179de 4 Aout 2006.

<sup>2</sup>راجع المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

<sup>3</sup>القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007

ومن حيث حجم العمل تقسم عادة المقاولات إلى صغيرة ومتوسطة وأخرى كبيرة، ومن حيث جنس العمل، فالمقاولات أصبحت معروفة مع التطور التكنولوجي بالعديد من الأسماء كمقاولات البناء، الحفر الترع، إقامة السدود، إنشاء الجسور. (1)

وآخر صورة من صور المقولة مؤداها القيام بالأعمال الإنشائية التي تتم عن طريق شركة المشروع، لأجل إقامة مشروعات البنية التحتية عن طريق أشغال دائمة مؤقتة تنفذ لصالح صاحب العمل وهو دائما جهة إدارية عامة من قبل المقاول الذي قد يكون شخصا أو شركة أو ائتلاف، وذلك بعد قبول مناقصته، مع استيفاء كل شروط المشروع.

### الفرع الثالث: عقود الإستشارة الهندسية.

يمكن تعريف عقد الإستشارة الهندسي على أنه "صيغة مكتوبة تستخدم عند التعاقد بين المالك والمقاول وتحدد العلاقة بينهما وحقوق ومسؤوليات كل طرف اتجاه الآخر، وتضمن تنفيذ المشروع بكل تفاصيله بدقة وسلامة وبما ينفق مع الدراسة والرسومات وكافة مستندات العقد من: (2)

- صيغة العقد (نموذج التعاقد)
- شروط عامة للعقد
- مواصفات عامة فنية
- توصيف بنود المقايسة
- مقايسة الأعمال
- رسومات المشروع
- البرامج الزمنية المعتمدة والمقدمة من المقاول

<sup>1</sup> علي محمد فرحان العزايزة، التزامات المقاول وفق التشريع المغربي والتشريع الأردني. أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط 1999، ص 22 .

<sup>2</sup> السيد عبد الفتاح القسبي، عقود ومواصفات الأعمال الإنشائية. الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص 09.

- خطابات ضمان أو ملاحق أو محاضر وتعديلات.

كما أن عقد الإستشارة الهندسي يتعلق بأعمال التشييد في ميدان الهندسة المدنية لذا يكون من الضروري تحديد نطاق هذه الأعمال بشكل واضح، خاصة إذا تعلقت بالعقود الدولية الكبيرة.<sup>(1)</sup>

ويتم إناطة هذا النوع من العقود بالمهندس الاستشاري أو شركة هندسية، وهو يقوم بتقديم خدمات هندسية يختلف نطاقها حسب طبيعة العقد، وغالبا ما يحتوي على ثلاثة أنواع من الأعمال:

- دراسة المشروع

- تهيئة شروط تنفيذه

- مراقبة تنفيذ هذه الشروط

وعقد الاستشارة الهندسية هو عقد كغيره من العقود يستند إلى المبدأ الأساسي في التعاقد ألا وهو العقد شريعة المتعاقدين، بالإضافة إلى ما نص عليه القانون من أركان أساسية يجب توفرها في كل عقد ليصبح صحيحا و ملزما للمتعاقدين وهي: الرضا، المحل، والسبب.<sup>2</sup>

كما يعتبر عقد الإستشارة الهندسي عقدا مرافقا لعقد المقاولة وعقد الأشغال العامة حيث تتطلب هذه العقود من صاحب العمل التعاقد المسبق مع مهندس استشاري ليقوم بالأعمال المنوطة به؛ حيث ان ازدياد نشاط الدولة وخططها التنموية الواسعة خاصة منها السائرة في طريق النمو، يجعلها طرفا في غالبية العقود التي تبرم مع الاستشاريين، وبهذا يكون عقد الاستشارة الهندسي الذي تكون الدولة طرفا فيه، هو عقد إداري ما لم يثبت أن نية الإدارة قد اتجهت إلى تطبيق مبادئ القانون الخاص في علاقتها التعاقدية، خاصة وأن هذه العلاقة غالبا ما تنصب على المشاريع الحيوية ذات الصلة بالمرافق العامة للدولة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 157

<sup>2</sup> عادل عزت السنجقلي، مرجع سابق، ص 11.

<sup>3</sup> عادل عزت السنجقلي، مرجع سابق، ص 17.



رغم اختلاف الفقهاء في إعطاء تسمية واحدة لعقود الإنشاءات الدولية إلا أنهم لم يختلفوا في أن عقد الإنشاء الدولي يعتبر من المشاريع الإنشائية العامة أي من الأشغال العامة، التي ينفذها المقاول كطرف في العقد لصالح طرف آخر وهي الإدارة العامة، كما انه مشروع إنشائي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.<sup>1</sup> وملكية المشروع الإنشائي يجب أن تتول إلى صاحب العمل وهو غالبا الإدارة العامة، أما محل المشروع فيجب أن ينصب دائما على عقار .

وبالتالي فإننا نجد أن تعدد التسميات لهذا النوع من العقود وان كان يبدو في مضمون كل عقد على حدا وجود اختلاف، إلا أننا نرى أن هذه العقود مجتمعة مع بعض هي بالفعل أساس عقد الإنشاء الدولي، حيث أننا نأخذ ما يتميز به كل عقد، ونقترح التعريف التالي مع المحافظة على تسمية عقد الإنشاء الدولي، حيث يعتبر من عقود الأشغال العامة التي ينصب على الإنشاءات العقارية والبنى التحتية، والذي يعتمد على عقود المقاول، والتي يقوم فيها المهندس الاستشاري بدور جد مهم مع إصباغ صفة الدولية عليها.

ومن خلال تعريف عقد الإنشاء الدولي يسهل من استنتاج خصائصه، وهذا ما سنتطرق اليه في المطلب التالي.

### المطلب الثالث: خصائص عقد الإنشاء الدولي.

من خلال تعريف عقد الإنشاء الدولي الذي تطرقنا له في المطلب الأول نحاول في هذا المطلب استنتاج خصائصه، لذلك سنقوم بتقسيم المطلب إلى فرعين أساسيين في الأول نعرض الخصائص المشتركة بين عقد الإنشاء الدولي وغيره من عقود الإنشاءات في صورتها البسيطة، ونخصص المطلب الثاني للخصائص المميزة لعقد الإنشاء الدولي.

<sup>1</sup>نواف كنعان، القانون الاداري- الكتاب الاول- ماهية القانون الاداري، التنظيم الاداري، النشاط الاداري. الطبعة الاولى، الجامعة الاردنية، عمان، 1993، ص 316.

### الفرع الأول: الخصائص المشتركة بين عقد الإنشاء الدولي وما يشبهه من عقود الإنشاءات.

حاولنا تجميع أهم الخصائص التي تكون مشتركة بين عقد الإنشاء الدولي والعقود الإنشائية الأخرى التي تكون في شكلها المبسط دون إضفاء صفة الدولية عليها، وعرضها من خلال النقاط التالية:

#### أولاً: محل العقد

أهم ما يميز عقد الإنشاء أو عقود البناء والتشييد بصفة عامة هو محلها الذي يجب أن يكون عقارا وليس منقولاً، وذلك كإنشاء المطارات، ومترو الأنفاق، وغيرها من المشاريع التي ترد على العقار من أعمال إنشائية. وهذه المشاريع يمكن أن تقام على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء.<sup>(1)</sup>

أما إذا كان محل العقد من المنقولات فلا يمكن اعتباره من قبيل العقود الإنشائية وهذا ما تم تأكيده كذلك في عقود الأشغال العامة حيث يكون محلها فقط عقارات وكل ما يتعلق بها من أعمال صيانة وتنظيف طرق وهدم وردم وما يتبعها من الأعمال.

#### ثانياً : من حيث مآل تنفيذ المشروع .

إذا كان العقار مملوكاً للشخص المعنوي العام فمن البديهي أن نتصور أن تنفيذ المشروع سيؤول لصالحه، ولكن حتى وإن كان العقار خاصاً فيجب أن يكون تنفيذ المشروع لصالح الشخص المعنوي العام (الإدارة)<sup>(2)</sup>

#### ثالثاً: من حيث الغاية.

تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص عقد الإنشاء الدولي، حيث أن فكرة الأشغال العامة أصلاً إرتبطت بفكرة المصلحة العامة إرتباطاً وثيقاً، حيث كلما استهدف العقد تحقيق المصلحة العامة فإنه يعتبر من قبل عقود الأشغال العامة، ولو ترتب عليه بالتبعية تحقيق مصلحة مالية للإدارة.

<sup>1</sup> عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة. رسالة دكتوراه، لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997، ص 07

<sup>2</sup> زين شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012، ص 13.

رابعاً: عقد الإنشاء من العقود طويلة المدة.

تعتبر هذه العقود من العقود طويلة المدة والتي يكون الزمن عنصر جوهري في تنفيذها فهو لا ينفذ دفعة واحدة كعقد التوريد. ولما كانت هذه العقود تحوي استثمارات ضخمة مع استمرارها عدة سنوات، فغالبا ما يطلب المتعاقد تثبيت أسعار الضرائب المحلية والجمركية وأسعار بعض المواد الخام كالحديد والأسمت وكذلك أسعار الكهرباء وهذا ما يعرف بشروط الثبات<sup>(1)</sup>، كما أن خاصية هذه العقود بأنها طويلة المدة تجعل منها نطاق طبيعي لنظرية الظروف الطارئة، حيث بالمقابل لا وجود لفكرة الظروف الطارئة في العقود الفورية.

### الفرع الثاني: الخصائص المميزة لعقد الإنشاء الدولي.

رغم وجود صور لعقد الإنشاء الدولي فرضتها المتغيرات الاقتصادية الدولية إلا أن عقد الإنشاء الدولي له خصائص أساسية مميزة له لا تتغير بتغير أشكاله وصوره، وهي كالتالي:

#### أولاً : وجود الدولة كطرف في العقد.

إن وجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة كطرف في هذه العقود يضيف على هذا النوع من العقود بعض من التعقيدات بين أطرافه، حيث عندما تريد الدولة أن تدخل في هذه العقود باعتبارها سلطة عامة فهي بذلك تريد أن تتمتع بسلطات وامتيازات كما هو الحال في العقود الإدارية في الدول التي تفرق بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص فإن الطرف الآخر يريد أن يدخل في هذه العقود باعتبار أن الدولة طرف خاص مساوي له في الحقوق والامتيازات<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 41.

<sup>2</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 29

ثانيا: تعدد الصور والأشكال التي يبرم وينفذ بها العقد.

حيث يمكن أن يتم إبرام وتنفيذ عقد الإنشاءات الدولية بالطرق التالية:

**أولاً:** إبرام عقد واحد مع مقاول أصلي واحد يكون مسؤولاً عن جميع الأعمال المرتبطة بالمشروع ويلتزم بتسليم رب العمل مشروعاً كاملاً تاماً.

**ثانياً:** تجزئة العمل إلى عدة عقود مستقلة، بحيث يتعاقد رب العمل مع أكثر من مقاول أصلي يختص كل منهم بنوع معين من الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع.

**ثالثاً:** أن يبرم رب العمل عقداً واحداً مع عدة مقاولين أصليين متخصصين، كل في نوع معين من مراحل وأجزاء العمل، ويشكل المقاولون فيما بينهم نوعاً من المشاركة ويعرف باسم الكونسورتيوم. (\*)

**رابعاً:** أن يبرم رب العمل اتفاقاً مع المقاول يسمى بالمشروع المشترك. (\*)

**ثالثاً: من العقود المركبة قانونياً وفنياً.**

هذه الخاصية هي ما تميز بين عملية الإنشاءات الدولية عن الإنشاءات الداخلية، حيث تتميز الأولى بالتعقيد والثانية بالبساطة، فالتعقيد في عقود الإنشاءات الدولية يكون قانونياً وفنياً. (1)

**أولاً:** التعقيد القانوني: وهذا التعقيد ناتج عن الخاصية السابقة، حيث يكون بكثرة المتدخلين في إبرام وتنفيذ العقد و منهم وجود رب العمل، المقاول، المهندس، والمقاولون من الباطن، وهذا التعدد ينتج عنه مشاكل قانونية معقدة.

□ الكونسورتيوم: يعني التعاون والمشاركة والملكية، والمشاركة في الحياة، وقد شاع استخدام هذا المصطلح في العلاقات التجارية الدولية في بداية الخمسينيات من القرن 20، خاصة في صناعة الإنشاءات الدولية ليوضح صوراً مختلفة من أشكال التعاون بين المقاولين الدوليين.

\* المشروع المشترك: هو استثمار اجنبي قائم على أساس المشاركة مع رأس المال الوطني سواء كانت هذه المشاركة بنسب متباينة وفقاً للظروف وبحسب ما تسمح به التشريعات الوطنية في هذا الصدد، أنظر عمر هاشم محمد صادق، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي. دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ص 11.

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 31

ثانياً: التعقيد الفني: يرجع لوجود أعمال بناء وأشغال الهندسة المدنية والمشروعات الصناعية الأخرى وغيرها من الأعمال الفنية التي يتطلبها تنفيذ هذا العقد، بالإضافة إلى ما تحتاجه هذه المشاريع في حالات عديدة إلى نقل التكنولوجيا الأمر الذي يؤدي إلى وجوب تجميع كل هذه العناصر من أجل تحقيق الهدف من هذا العقد وهذا آلياً يؤدي إلى ظهور مشاكل فنية.

#### رابعاً: طول مدة المفاوضات وتعقيد الصياغة.

إن تميز هذه العقود بدخولها في مفاوضات طويلة قبل التوقيع عليها، وأسلوبها المتبع في صياغة هذه العقود والغموض الذي يشوب بعض شروطه، كل هذا قد يكون راجعاً إلى عدم وجود الخبرة الفنية الكافية لصياغة هذه العقود. إن خصائص عقد الإنشاء الدولي، تعطيه صبغة خاصة تجعله يتميز عن غيره من العقود، ولكن الذي سيميزه أكثر عن باقي العقود هو معرفة طبيعته القانونية، وهذا ما سنتطرق له في المبحث التالي.

## المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإنشاء الدولي.

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود لها أهمية خاصة في ما سنتطرق له في كيفية فض النزاعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ هذه العقود. وهذا يستوجب منا البحث أولاً في معنى دولية الإنشاءات لأن حل منازعات هذا النوع من العقود على المستوى الداخلي لا يثير أي إشكال حيث في مجال العقود الداخلية فإن العقود آليا ستخضع في حال نزاع إلى القانون الداخلي وبالضبط للقانون الإداري، حيث نرى أن طبيعتها القانونية كعقود داخلية تكيف على أساس أنها إدارية عكس العقد الدولي، الذي سنبحث في طبيعته القانونية، ويستلزم ذلك تقسيم المبحث إلى مطلبين الأول نخصه لمعايير تحديد دولية العقد ثم نبحث في المطلب الثاني عن مدى تمسك هذه العقود بالصفة الإدارية بعد إصباغ صفة الدولية عليها أم أنها اكتسبت طبيعة خاصة تميزها عن العقد الإداري.

## المطلب الأول: معايير تحديد دولية العقد.

إن تحديد دولية العقد كما رأينا في خصائص عقود الإنشاءات الدولية تعتبر على درجة كبيرة من الأهمية، ولأنها كذلك فقد اختلف الفقهاء في اتخاذ المعيار المناسب لتحديد الدولية حيث انقسموا إلى فريقين، فريق يأخذ بالمعيار القانوني، وفريق يأخذ بالمعيار الإقتصادي لتحديد دولية عقود الإنشاءات، من خلال الفرعين التاليين:

## الفرع الأول: المعيار القانوني .

يعتبر المعيار القانوني من أهم المعايير وأقدمها التي جاءت للتمييز بين العقد الإداري الداخلي والعقد الإداري الدولي حيث يرى في ذلك الأستاذ باتيفول " أن العقد يعتبر دولياً إذا ما اتصل بعدة أنظمة قانونية وذلك من خلال مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو جنسية الأطراف أو محل إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه"<sup>(1)</sup>

كما يرى الأستاذان: Loussouarn و Bredin أن العقد يعتبر دولياً إذا اتصل بعدة أنظمة قانونية. والمقصود بهذه

الأنظمة القانونية هي العناصر القانونية التي يعول أو يعتمد عليها في تحديد صفة العقد كجنسية الأطراف ومكان الإقامة، لغة التعاقد، العملية المستخدمة في الوفاء.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup>راجع في ذلك هشام خالد، ماهية العقد الدولي. منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007، ص 70.

<sup>2</sup>عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات الإدارية الداخلية والدولية. مرجع سابق، ص 130

ويعني هذا انه يلزم أن نبحت مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى العناصر القانونية حيث كلما اتصل عنصر من عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع فإنها تكتسب الطابع الدولي.

غير أن بعض الفقهاء في هذا المعيار اختلفوا فيما بينهم حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية من بينهم الأستاذ Alfousin ، الذي يرى أن صفة الدولية تتحقق بمجرد توفر أحد العناصر السابقة وهو يمثل رأي الاتجاه الأول الذي لم يكتب له النجاح حيث وجهت له العديد من الانتقادات من بينها أنه يتصف بالجمود، حيث يؤدي إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص بمجرد توافر عنصر أجنبي واحد على الرابطة العقدية وذلك بصرف النظر عن هذا العنصر وقوته أو طبيعة الرابطة التعاقدية.<sup>(1)</sup>

أما أصحاب الرأي المعارض، ومن بينهم الأستاذ باتيفول، يرون أن هناك عناصر في العقد ليس بمقدورها إضفاء الصفة الدولية على العقد في حين توجد عناصر أخرى تكون فعالة ومؤثرة في العقد. فمثلا عنصر الجنسية الأجنبية نجده في تأثيره يختلف من عقد إلى آخر فمثلا في عقود الأحوال الشخصية فإن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية يعد عنصرا حاسما في إضفاء الصفة الدولية على عقد الزواج. بينما في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية والاستثمارات بصفة عامة ، وهو ما يهمننا في موضوعنا هذا، فإن الجنسية وحدها لا تصلح أساسا لإضفاء الصفة الدولية للعقد.

بينما تعد أماكن تنفيذ العقد عنصرا مؤثرا في إسناد العقود الدولية وذلك من ناحيته الشكلية غير أنه من الناحية الموضوعية لا يكون مؤثرا وبالتالي لا يصلح كعنصر لإضفاء الصفة الدولية للعقد.

كما يمكن اعتبار مكان إجراء المفاوضات بين الأطراف المتعاقدة عنصرا فعال في تحديد طبيعة عقد معين.<sup>(2)</sup>

كذلك العملة الأجنبية التي يتم من خلالها الوفاء بالثمن يمكن أن تكون عنصرا قويا يضيف على العقد صفة الدولية.

ومما تقدم فإن اعتبار العقد دوليا أو وطنيا تبقى نسبية مع عدم إمكانية وضع معيار حاسم لتحديد أي العناصر أدر على إضفاء الصفة الدولية حيث تبقى المسألة محل النزاع هي التي تحدد طبيعة العقد إن كان دوليا أو داخليا.

<sup>1</sup>مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 39

<sup>2</sup>هشام خالد، ماهية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 77

ويذهب بعض الفقهاء من بينهم الأستاذ (مايير Mayer) إلى القول بأن العلاقة القانونية قد تنتطرق إليها صفة دولية موضوعية، وذلك حين ترتبط العلاقة العقدية بعدة دول وعلى العكس من ذلك فإن العلاقة القانونية قد تنتطرق إليها صفة دولية شخصية وذلك حين ترتبط فيه بدولة واحدة ولكن يتم عرض النزاع المتولد عنها أمام قضاء أجنبي وبالتالي نكون في الأولى بصدد علاقة دولية موضوعية وفي الثانية أمام علاقة دولية شخصية.<sup>(1)</sup>

ويثار في هذا المجال سؤال مهم حول مدى نسبية الدولية في العلاقة العقدية أو دوليتها المطلقة، فإذا تم إنكار الدولية المطلقة على العقد الذي ينتهي بكافة عناصره إلى الدولة الأجنبية عن دولة القاضي الذي طرح أمامه النزاع حيث الصفة الأجنبية التي تطرق إليها القاضي في هذه المسألة هي من العناصر غير المؤثرة في الرابطة العقدية، أما العلاقة التي تتسم بالدولية المطلقة هي التي اتصلت عناصرها بدولتين أو أكثر وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح أمامها النزاع وإذا أخذنا الفكرة السابقة وأسقطناها على التحكيم مثلا فإنه إذا تعلق بعقد دولي أصبح تحكيما دوليا أما إذا تعلق بعقد داخلي أصبح تحكيما داخليا.<sup>2</sup>

حيث أن التحكيم في العقود الداخلية حسب القانون الفرنسي يكون ممنوع في العقود الإدارية وتخضع منازعاته إلى القضاء الإداري بينما يجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وذلك بموجب قانون رقم 972 الصادر في 19 أوت 1986م الذي أجاز للدولة والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود المبرمة منح طرف أجنبي بشأن عمليات نفع عام.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> هشام خالد، ماهية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 80

<sup>2</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 41.

<sup>3</sup> نجلاء حسن سيد أحمد خليل، مرجع سابق، ص 247



## الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

حسب هذا المعيار فإن العقد يعتبر دولياً إذا كان متصلاً بمصالح التجارة الدولية ومستمدًا من تأثير العقد على اقتصاديات أكثر من دولة (1).

فهناك بعض عقود الإنشاءات لا يمكن وصفها بالدولية وفقاً للمعيار القانوني ولذلك أُحيلت إلى المعيار الاقتصادي حيث ذهب محكمة النقض الفرنسي بالقول بأن العقد الدولي هو الذي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة أي يترتب عليها حركة إياب وذهاب الأموال عبر الحدود؛ أي انتقال الأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى (2).

وإذا أسقطنا هذا المعيار على عنصر التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات نجده يهدف إلى التوسيع من نطاق التحكيم، حيث توجد بعض الإنشاءات التي لا تعد دولية وفقاً للمعيار القانوني على أساس أنها لا تتضمن أي عنصر أجنبي إلا أنها تتضمن انتقال سلع وخدمات عبر الحدود لعقود نقل التكنولوجيا والترخيص وقد اعتمد المشرع الفرنسي المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم في المادة 1492 من قانون المرافعات الفرنسي حيث نصت أنه "يعد دولياً التحكيم الذي يتصل لمصالح التجارة الدولية" (3). فعلى سبيل المثال لا تؤدي أجنبية جنسية الخصوم أو محل إقامتهم إلى التأثير على الطابع الدولي للتحكيم في العلاقة العقدية، حيث يتم استبعاد كل هذه العناصر ويقتصر الطابع الدولي على التحكيم بالإشارة إلى المعيار الاقتصادي وحده.

ويعد عرض مفهوم كل من المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني نجد أن أي انتقال للأموال من دولة إلى أخرى يتوافر بشأن هذه العلاقة وصف الدولية وفقاً للمعيار الاقتصادي وهي في نفس الوقت تتصل بأكثر من نظام قانوني وهذا حسب المعيار القانوني، وبذلك فإن توافر المعيار الاقتصادي يترتب عليه تحقق المعيار القانوني وعلى عكس من ذلك

<sup>1</sup> أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاءات وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة. دار الكتب المصرية، مصر، 2003، ص 371.

<sup>2</sup> هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 83.

<sup>3</sup> نجلاء حسن سيد أحمد، مرجع سابق، ص 248.

فان توافر المعيار القانوني لا يترتب عليه بالضرورة تحقق المعيار الاقتصادي لكي نصف العلاقة العقدية بالدولية وهذا ما يفسر أن المعيار القانوني في تحديد دولية العقد هو أوسع من المعيار الاقتصادي.

كما أن يوجد بعض العقود التي لا يمكن إضفاء صفة الدولية عليها حسب المعيارين القانوني والاقتصادي ورغم ذلك تبقى دولية لأن أطراف العقد ضمنتوا العقد شروطا تجعل منه عقدا دوليا ظاهريا.<sup>(1)</sup> ومن هذه الشروط شرط القانون الواجب التطبيق على العقد أو شرط التحكيم لدى هيئات التحكيم الدولية، وهنا يتضح لنا تطبيق قانون الإرادة على الروابط العقدية الدولية حيث تعتبر بمثابة ترجمة حية لقدرة المتعاقدين على تنظيم عقودهم على النحو الذي يناسبهم.<sup>(2)</sup>

كما يمكن اعتبار أن عملية التمويل الدولية لبعض عقود الإنشاءات تجعل منها عقودا دولية في بعض الجوانب وهي كما يطلق عليها بالعقود الدولية الجزئية، بينما لو كان التمويل داخلي لعقد إنشاء دولي فإنه لا يضافي على العقد صفة الدولية ويبقى عقدا دوليا.<sup>(3)</sup>

### المطلب الثاني: أثر الصفة الدولية لعقد الإنشاء على طبيعته الإدارية.

في هذا المطلب سنتطرق إلى مدى تأثير الطبيعة الإدارية لعقد الإنشاء بصفة الدولية من خلال موقف القانون و الفقه والقضاء في تأييدها أو إنكارها وهذا الفرع الأول. أما الفرع الثاني فنخصصه لخصوصية عقد الإنشاء الدولي.

#### الفرع الاول: موقف القانون و الفقه و القضاء من إضفاء صفة الدولية على العقد الاداري.

في تعريفنا المقترح لعقد الإنشاء الدولي على أنه من عقود الأشغال العامة الذي ينصب على الإنشاءات العقارية والبنى التحتية، والذي يعتمد على عقود المقاوله والتي يقوم فيها المهندس الاستشاري بدور جد مهم. ولكن بعد اضفاء صفة الدولية على عقد الإنشاء تبدأ إثارة إشكالية هل تتأثر الصفة الإدارية للعقد بهذه الصفة الدولية أم لا.

<sup>1</sup>Glavinis, op,cit, p413

<sup>2</sup>محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 64.

<sup>3</sup>Glavinis, op,cit, p420

وقد انقسم الرأي حول هذه المسألة إلى فريقين:

\*أ- الفريق الأول: والذي ينكر الصفة الدولية للعقود الإدارية ويرى أن عقد الإنشاء يعد داخلياً حتى في حالة تعلقه بأكثر من عنصر قانوني (عناصر قانونية التي تضيف على العقد صفة الدولية كالجندية، مكان العقد) ولا يمكن أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الدولة التي تطرح مناقصة دولية يجب عليها أن تقيم نظام قانوني بأسلوب لا ينفرد المستثمرين الأجانب من المشاركة في مشروعات التنمية التي تقوم بها.<sup>(1)</sup> والدول التي تعتنق هذا الاتجاه تخاطر بمصالحها الوطنية وتهدد فرص الاستثمار الأجنبي على أرضها، حيث في هذا المجال أصدر مجلس الدولة الفرنسي سنة 1951 حكماً بصدد قضية بين الحكومة الفرنسية وشركة لبنانية أكد فيها أن العقد الذي أبرمته الدولة مع مقاول أجنبي هو عقد إداري داخلي يخضع للنظام القانوني الوطني، وهذا الاتجاه يهدف إلى ضمان تطبيق القانون الوطني على جميع العقود الإدارية حتى في حالة وجود طرف أجنبي والابتعاد عن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عليها وهذا الاتجاه يؤدي بالضرورة إلى التضييق من نطاق التحكيم نظراً لمنع تطبيقه في القانون الوطني وعدم اللجوء إليه لحسم منازعات هذه العقود.

\*ب- الفريق الثاني: أما الفريق الثاني فيرى أن العقد الإداري يتصف بالدولية حسب المعيار الاقتصادي إذا ترتب عليه تدفق للأموال والسلع وخدمات عبر الحدود وبالتالي يعد عقداً إدارياً دولياً، فالمشرع المصري مثلاً في المادة 39 من قانون رقم 1994/27 أباح أن تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يختارها الأطراف، فإذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية والأعراف الجارية في نوع المعاملة.<sup>(2)</sup> ومحاولة من القضاء الفرنسي للتخفيف من الخطر الوارد على قدرة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم أجاز خضوع عقود الإدارة الدولية لقواعد تنازع القوانين أو للقانون المختار من الأطراف، وفي ذلك أصدر المشرع الفرنسي قانوناً يعترف فيه بالطبيعة الدولية للعقود الإدارية.

ويرأينا أن الفريق الأول بموقفه يحاول الإبتعاد عن التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة وهي تمارس سيادتها، حيث ترى بذلك انتهاك لسيادتها، ولكن بالمقابل فهي تدفع ثمن لركود عجلة التطور لديها بتخلفها عن الركب الذي تحاول الوصول إليه العديد من الدول الأخرى، والتي نقصد بها هنا الدول النامية أو السائرة في طريق النمو خاصة.

<sup>1</sup>Glavinis, op,cit, p421

<sup>2</sup>نجلاء حسن سيد أحمد خليل، مرجع سابق، ص 252

ولذلك فإن الموقف الأصح هو الذي يضيف على هذا النوع من العقود الصفة الدولية، وذلك لما فيه من فوائد، كفتح باب الإستثمار أمام المستثمرين الأجانب، الذين كانوا في فترة ما يعزفون عن تولي بعض المشاريع التي لا تقدر عليها الدولة بمفردها، خوفا منهم بأن تهدر حقوقهم أمام سلطان الدولة وسيادتها في حالة تطبيق قانونها الداخلي عليهم.

وفي هذه النقطة نجد أن المشرع الجزائري اعترف بصفة الدولية للعقود الإدارية وأجاز التحكيم فيها بالرجوع إلى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة والتي تنص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.<sup>(1)</sup>

والتي نفهم منها أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم فقط في العقود التي تبرمها الدولة في علاقاتها الاقتصادية أو في إطار الصفقات العمومية.

وبذلك فهو اتبع الرأي القائل بإصباح الصفة الدولية على العقود الإدارية، وإن كانت هذه العقود محددة.

#### الفرع الثاني: خصوصية عقد الإنشاء الدولي.

رغم إضفاء صفة الدولية على عقود الإنشاءات إلا أنها تبقى في الأصل محتفظة بصفقتها الإدارية، وهذه الخاصية الإدارية لا تمنع الأطراف من إعطائهم حرية تعاقدية أكبر في العقد الإداري الدولي منه في العقد الإداري الداخلي، حيث يتجلى مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف المتعاقدة في العلاقة القانونية بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة على صعيد العقد الإداري، ومن ضمانات تشجيع المستثمر للدخول في العقود الدولية هو السماح باللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية دونما الإدارية الداخلية.<sup>(2)</sup> وهذا ما يتم العمل به في العديد من الدول كفرنسا مثلا حيث أن المستثمر الأجنبي الخاص مشكلته الحقيقية ليست في تعريف حقوقه والتزاماته أو تحديد مداها، بل المشكلة هي البحث عن وسيلة مستقلة ومحايدة وفعالة يمكنه اللجوء إليها للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة، وحرصا من الدول ولاسيما النامية منها على جذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي فقد أقرت التحكيم

<sup>1</sup> قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21، الصادر في 23 افريل 2008.

<sup>2</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 102

ونصت عليه لفض منازعاتها. (1) وخير دليل على ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها آنفاً، باعتبار أن الجزائر إحدى هذه الدول التي تسعى دائماً للتطوير خاصة من مشاريعها الإنشائية الكبرى.

و عقد الإنشاء الدولي يتضمن لشروط غير مألوفة، فالإدارة حينما تبرم هذا النوع من العقود فإنها تنشئ معها امتيازات لجهة الإدارة، وأخرى للمتعاقد لا مثل لها في عقود القانون الخاص. (2) ولا مثل لها كذلك في العقود الإدارية البحتة. فالامتيازات المقررة للإدارة والتي تتعلق بسلطة الرقابة وتنظيم المرفق العام وتسييره هي عبارة عن سلطة لائحية أو شروط لائحية، حيث تظم قائمة الشروط أركان استغلال المرفق وكيفية سيره، وحتى لو تم استبعاد هذا النوع من الإمتيازات في العقد وعدم النص عليها فإنها تظل قائمة ولا يمكن التنازل عنها كلياً أجزئياً. (3)

وإذا تم النص عليها فإن للإدارة حق تعديلها في كل وقت وفقاً لحاجة المرفق موضع الاستغلال (4) أما الامتيازات المقررة للمتعاقد فهي متضمنة في الشروط التعاقدية التي يقرها الطرفان، وأغلبها متعلقة بالحقوق والالتزامات المالية، وبمدة الالتزام، وهذه القاعدة تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يعتبر عقد الإنشاء بأي حالة من الأحوال أنه عقد إذعان. (5)

وبالتالي نرى أنه لا يمكن تغليب الطبيعة الإدارية على العقود الإنشائية الدولية بصفة مطلقة على طبيعتها الاقتصادية التجارية، ولا يمكن كذلك تغليب الطبيعة الاقتصادية التجارية على طبيعته الإدارية، فهي تعتبر عقود إدارية في أحوال معينة وتجارية إقتصادية في أحوال أخرى.

<sup>1</sup> عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 102

<sup>2</sup> وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 54

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 74

<sup>4</sup> محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 64

<sup>5</sup> عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 161

### المبحث الثالث: الالتزامات المتقابلة لطرفي عقد الإنشاء الدولي.

في هذا المبحث سنتطرق للالتزامات التي تكون أهم أساسيات عقد الإنشاء الدولي والذي كما أسلفنا الذكر أنه من صلب عقد الأشغال العامة، وهذه الالتزامات يجب أن تكون متقابلة حيث منها ما يقع على عاتق الإدارة المتعاقدة ومنها ما يقع على عاتق صاحب الامتياز أو المتعاقد في المطلبين التاليين:

#### المطلب الأول: إلتزامات الإدارة:

بموجب القوة الملزمة للعقد تقع على الإدارة إلتزامات وينبغي عليها احترامها وإلا قامت مسؤوليتها متى توفرت أركان المسؤولية، من خطأ وضرر، وعلاقة سببية، إذ لا يمكن تقرير مسؤولية الإدارة إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمقاول مرتبط بتفويض العقد نتيجة خطأ الإدارة لعدم تنفيذ من جانبها لالتزاماتها أو تقصيرا في ذلك.<sup>(1)</sup>

وعليه سنتناول في هذا المطلب من خلال الفرع الأول الإلتزام بمساعدة المقاول وسنبين في الفرع الثاني التزام الإدارة بتعويض المقاول.

#### الفرع الأول: الإلتزام بمساعدة المقاول.

تتمثل أهم التزامات الإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العامة خاصة في وجوب تمكينها المقاول المتعاقد معها من المشروع في تنفيذ الأشغال المتعاقدة بشأنها، وكذا تنفيذ العقد طبقا لمبدأ " حسن النية في التنفيذ" إضافة إلى احترام آجال التنفيذ المتفق عليها للإنجاز.

#### أولا: تمكين المقاول من تنفيذ العقد.

لا يمكن للمقاول أن يشرع في التنفيذ إلا بعد أن تصبح الصفقة نهائية وتكون الصفقة نهائية بعد إمضاءها من الجهة المختصة والموافقة عليها من السلطة المختصة التي حددها المشرع، و لا تصح الصفقة ولا تصح نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة.

<sup>1</sup>حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة. دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة الزقازيق، مصر، 1996، ص 189

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص البلدية.
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.
- مدير مركز البحث والتنمية.
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي.
- رئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض من صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.<sup>(1)</sup>

وبعد أن يصبح العقد نهائياً، فإن أول التزام يقع على الإدارة صاحبة المشروع هو تمكين المقاول من المشروع في تنفيذه، وذلك عن طريق تمكينه من الوسائل اللازمة لذلك، ووضعها تحت تصرفه بمجرد استكمال إجراءات المصادقة.<sup>(2)</sup>

وتتمثل وسائل التنفيذ التي يجب على الإدارة تمكين المقاول منها على وجه الخصوص في:

تسليم مستندات المشروع للمقاول مع الرسوم والمخططات والتصاميم وفقاً لما ينص عليه المشرع، تحت عنوان المستندات التي تسلم للمقاول، "بمجرد توقيع الصفقة يقوم المهندس الرئيسي بتسليم المقاول، وبدون نفقة، ولقاء إيصال

<sup>10</sup> المادة (4) من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المالمؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

<sup>2</sup> حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، القاهرة، 1983، ص 103

نسخة مدققة ومصادق على مطابقتها للمشاركة في دفتر الشروط الخاص والمستندات الأخرى الخاصة المعتبرة صراحة كدستور الصفقة.<sup>(1)</sup>

فالإدارة التي تقوم بإعداد العقد تستعين في ذلك بمخططات ورسومات، تتضمن مقاسات وتصاميم، موضوعة من قبل مختصين ( خاصة إذا تعلق الأمر بإقامة أو تشييد مباني).

والتنفيذ الذي يباشره المقاول يعتمد أساسا على تلك المعطيات والبيانات، لذلك وجب على الإدارة أن تتمكن منها.

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على: " يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندسين المعماري خلال مقالته نسخة مصادق عليها عن كل الرسومات المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع، وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال...، غير أن المقاول ملزم بتدقيق المستندات المنصوص عليها بالمقاطع 5/4/3.<sup>(2)</sup>

وكل تقصير من الإدارة في هذا يعتبر خطأ تتحمل مسؤوليته العقدية وقد حرص المشرع على ذكر هذا الإلتزام لما له من أهمية، حيث أن تصور حجم المشروع، وتقدير الأحجام والمساحات، وكذا معرفة المواصفات الفنية وغيرها من التفاصيل، تتضمنه الدراسات التي تقدمها الإدارة.

ومثل المشرع الجزائري نجد المشرع الفرنسي يلزم الإدارة المتعاقدة بتسليم المقاول نسخة مصادق عليها من العقد مرفقة بالمخططات والرسومات والمقاسات، ذلك بمجرد إبلاغه على التعاقد، وجعل المشرع من تاريخ التبليغ موعد لبداية التنفيذ الذي قد يحدد بأمر مصليحي بالمشروع في التنفيذ.

وهو ما ذهب إليه المشرع السوري أيضا الذي نص على أن منح الجهة العامة المتعاقدة للمتعاقد معها كل الوثائق التي تمكنه من شراء واستلام المواد واللوازم للتنفيذ، وذلك إذا كان التنفيذ يتوقف على تسليم هذه الوثائق واللوازم بحسب تعبيره. كما يدخل ضمن تمكين المقاول من تنفيذ التزاماته العقدية، التزام الإدارة بتسليم موقع العمل، والقيام بجميع الأعمال والتجهيزات الضرورية لبدء تنفيذ الأشغال موضوع العقد، كتهيئة الأرض وفتح الطريق، توصيل الكهرباء،

<sup>1</sup> المادة (8) من دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبق على الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 46، 1965.

<sup>2</sup> المادة 6-3/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.



وغيرها، حتى يتمكن المقاول من البدء في التنفيذ، وأن سريان مدة التنفيذ لا يبدأ إلا من تاريخ تسليم المقاول لموقع الأشغال خالياً من كل مانع كما يرى البعض.<sup>(1)</sup>

ولا يقتصر التزام الإدارة فقط على تمكين المقاول من البدء في التنفيذ، بل يستمر التزام الإدارة بضمان المضي والاستمرار فيه حتى يكتمل التنفيذ، وإلا اعتبرت قد أخلت بواجبها اتجاه المقاول، الذي لا يسأل عن التأخير في التنفيذ، بل ويفتح الباب أمامهم للمطالبة بالتعويض عما يلحقه من ضرر نتيجة التأخير فيه.

### ثانياً: تنفيذ العقد بحسن نية.

إن العقود تخضع كأصل عام من أصول أو قانون يقضي بأن يتم تنفيذها بطريقة تتفق ما يستوجبه حسن النية في التنفيذ.

والالتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ يقضي عدم الانحراف عن السلوك المعتاد أو المألوف، وكل خروج عنه يعتبر إخلالاً بالمبدأ يشكل خطأ عقدياً يستوجب التعويض ممن نسب في إلحاق الضرر بالمتعاقد.

فيجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة.<sup>(2)</sup>، حيث لا يقتصر الالتزام عن تنفيذ ما ورد في العقد فقط بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزمات.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر تنفيذ العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".<sup>(3)</sup>

ويعتبر هذا المبدأ مبدأً أصيلاً في القانون حيثاً يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup>مجددي المتولي، التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديد، 1989-1998. دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص 135 .

<sup>2</sup>حسن درويش عبد العال، المرجع السابق، ص 105

<sup>3</sup>المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup>سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 515

ومدى الإلتزام بمبدأ ( حسن النية في التنفيذ) من المسائل الموضوعية التي تخضع لرقابة القاضي الذي يقرر مدى حرص الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية وبالتالي إعفائها من المسؤولية متى رأى بأنها قد بذلت الجهد الكافي في سبيل ذلك وإلا حملها المسؤولية، ولا يكفي أن تنفذ الإدارة العقد بحسن نية بل يتعين عليها أن تنفذه برمته (كله) فإن كان للإدارة الحق في التعديل بإرادتها المنفردة - كما سبق ذكره- فإن ذلك منوط بتوافر شروط ينبغي تحريها، فيجب على الإدارة أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه وبأن تمكن المقاول من تنفيذ التزاماته، وإن كان لها أن تعدل فيه بإنقاص الحجم المتفق عليه متى اقتضت حاجة المرفق العام لذلك أو أن تنتهي العقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فإن مناط أن تصدر قرار صريح بهذا الشأن فإن لم تصرح بذلك التزمت بتنفيذ العقد كله وفقاً لشرطه ووجب عليها أن تمكن المقاول من إتمام تنفيذ التزاماته بأن تسهل له هذا التنفيذ وهذا ما أقره القضاء الإداري.

فكل حيلولة بين المقاول وبين تنفيذ التزاماته من قبل الإدارة صاحبة المشروع يجب أن يكون هدفها المصلحة العامة فقط، والإدارة ملزمة بالإفصاح عن ذلك صراحة بواسطة أداة قانونية ( قرار إداري) وذلك حتى تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يعتبر الضمانة الوحيدة للمقاول في مواجهة الإدارة.

وفي هذا السياق فإنه لا يجوز للإدارة أن تسحب جزء من الأشغال موضوع العقد لإسنادها إلى مقاول آخر دون خطأ أو تقصير أو تنفذ الأشغال بالأسلوب المباشر عن طريق وسائلها الخاصة، فتحول بذلك بين المقاول وبين تنفيذ التزاماتها العقدية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.<sup>(1)</sup> بل لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن توقف تنفيذ الأشغال حتى ولو لم تعهد بها إلى جهة أخرى ما لم يكن ذلك بدافع مشروع هدفه تحقيق المصلحة العامة.<sup>(2)</sup>

كما أن كل مخالفة من قبل الإدارة تعد إخلالاً بالالتزامات التعاقدية يترتب عليها المسؤولية اتجاه المقاول المتعاقد متى لحق به ضرر جراء ذلك.

<sup>1</sup> حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص 198

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 715

## ثالثاً: احترام مدة التنفيذ.

من بين ما ينص عليه عقد الأشغال " مدة التنفيذ" وإن كان يقصد بها عادة المقاول فإن ذلك لا يعني أن الإدارة صاحبة المشروع غير ملزمة. بل يحدث وأن ينص العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة، فهنا لا يسوغ للإدارة التأخر في انجاز بعض الأعمال المطلوبة منها والتي ترتبط بها، وكل تأخير يشكل مبرراً قانونياً لتقرير مسؤوليتها التعاقدية.

وإذا لم ينص العقد على مدة محددة للتنفيذ فإن مجلس الدولة الفرنسي قد استقرا على انه ثمة مدة معقولة. (1) يجب على الإدارة مراعاتها فإن تسببت بتصرفاتها في إطالة مدة التنفيذ على الحد المعقول تعرضت لمسؤولية. (2)

و إلتزام طرفي العقد باحترام مدة التنفيذ ضرورة يقتضيها ضمان السير الحق للمرفق العام باستمرار انضمام وذلك من خلال انجاز الأشغال في المواعيد المحددة بالإضافة إلى ما يعود من فائدة على المقاول الذي يجري حسابات مسبقة من حيث حصر احتياجاته وتحضير الإمكانيات اللازمة، وكل تأخير في مدة التنفيذ سيؤدي إلى قلب حساباته وتعرضه للخسارة لا محالة، وتوجد صور عديدة لإخلال الإدارة بمدة التنفيذ، لأن الأمر يتعلق بالمدة الإجمالية للتنفيذ فقط. (3)، كما يسري أيضا على المدد المخصصة للإلتزامات الجزئية الواردة في العقد ومثال ذلك التزام الإدارة بإعطاء الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال، فعدم إصدار الإدارة لهذا الأمر ، أو إذا تأخرت في تسليمه موقع العمل بالأجهزة والمواد اللازمة وغيرها، فكل تأخير في ذلك يترتب عنه وقف العملية لمدة تتجاوز الحد المعقول يعد إخلالاً بالإلتزامات صاحب المشروع التعاقدية التي تستوجب مسؤوليته أمام المقاول بخصوص ما قد يلحق به من أضرار و تطبيق ذات الحكم لو تأخرت الإدارة ( صاحبة المشروع ) في تسليمه (المقاول) الرسومات الهندسية و المخططات البيانية أو رخص الحصول على مواد البناء. (4)

<sup>1</sup>حسن درويش عبد العال، مرجع سابق، ص 107

<sup>2</sup>عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 183

<sup>3</sup>عيسى عبد القادر الحسن، نفس المرجع، ص 184

<sup>4</sup>محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص164.

الفرع الثاني: التزام الإدارة بتعويض المقاول.

بالإضافة للالتزام الرئيسي الأول للإدارة صاحبة المشروع اتجاه المقاول المتعاقد المتمثل في تمكينه من تنفيذ التزاماته باتخاذها لعدة خطوات، هناك التزام ثان مهم يقع على عاتقها في مواجهته، وهو الوفاء بالتزاماتها المالية، وهذا ما نصت عليه المادة 559 ق م ج : تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك<sup>[1]</sup> قانون مدني جزائري مرجع سابق). وأي إخلال منها لهذه الالتزامات يعتبر خطأ عقديا يرتب مسؤوليتها بالتعويض الذي يستطيع المقاول مطالبتها به على أساس الخطأ وحالات المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ كثيرة، نذكر بعض منها كما يلي:

أولاً: التعويض على أساس الخطأ

تقوم مسؤولية الإدارة في هذه الحالة على أساس وقوع تقصير من جانبها في القيام بتنفيذ التزاماتها العقدية مما أحق بالمقاول ضرراً ومن صور هذا الإخلال عدم تمكين الإدارة المقاول من البدء في التنفيذ، فالأصل أن عقد الأشغال العامة ينطوي على مدة التنفيذ التي ينبغي بعدها تسليم المشروع، والمقاول المتعاقد يكون قد رتب نفسه وضبط كل أموره وفقاً لذلك التحديد، فإن لم توفق الإدارة بالتزاماتها تمكنه من الشروع في التنفيذ والاستمرار فيه فإن ذلك يقرر مسؤولية الإدارة بناء على نصوص العقد وما يفرضه على الإدارة من التزام، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية المصرية: " أنه إذا كانت مدة تنفيذ العقد الإداري هي شهرين فقط فإن تأخرت الإدارة عن تسليم الأرض للمقاول عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، حيث تأخرت في تنفيذ التزامها هذه مدة طويلة تجاوز القدر المعقول مما يقوم سبب مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن لما أصابه من أضرار بسبب ذلك.<sup>(1)</sup>

وإذا كان مجرد تأخر الإدارة في تسليم المتعاقد معها العمل ومستلزمات التنفيذ من وثائق، ومواد وغيرها، وإن كان يعد إخلالاً بالتزامات الإدارة المتعاقدة، إلا أنه لا يولد الحق في التعويض بشكل تلقائي، بل إن ذلك يرتبط بتضرر المقاول جراء ذلك الإخلال.

<sup>1</sup> عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص 221.

تعتبر هذه إحدى الصور التي يترتب عنها الإلتزام بالتعويض متى تطلب المقاول ذلك مثلا التعويض الذي تلتزم به الإدارة في حال التأخير في سداد المستحقات المالية للمقاول، وكذلك التعويض عند الإنهاء الإفرادي للعقد.

#### ثانيا: التعويض دون الخطأ.

ليس الخطأ هو الأساس الوحيد للإلتزام بالإدارة بتعويض المقاول المتعاقد معها بل قد تلتزم الإدارة بتعويضه دون أن تكون قد أخلت بالتزاماتها العقدية، وهو ما يسمى بالمسؤولية دون الخطأ وأوضح صورة لهذا النوع من المسؤولية في العقود الإدارية وعقد الأشغال العامة خاصة، هي تلك المتعلقة بمسؤوليتها في ضمان التوازن المالي للعقد.

وفي مجال عقود الأشغال العامة، وتتمثل في مسؤولية الإدارة في تعويض المقاول بناء على مبدأ " الإثراء بلا سبب" فكثيرا ما يقوم المقاول المتعاقد ومن تلقاء نفسه دون أمر من الإدارة بأداء أعمال غير منصوص عليها في العقد، يراها بأنها ذات فائدة للمرفق العام ولإلزامة في تنفيذ الأشغال، وهنا يقوم التزم الإدارة بتعويض المقاول لما أفادت به من عمل قام به، وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

وفي هذا الإطار فإن القضاء يلزم الإدارة تطبيقا لقاعدة الإثراء بلا سبب التي تعد تطبيقا للعدالة، بأن تؤدي للمقاول قيمة ما نفذه من أشغال طالما استفادت بها الإدارة، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية، "إن قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها في العقد، يمنحه الحق في مطالبة الإدارة بتعويض لما انفقته للقيام بتلك الأعمال أو أداء تلك الخدمات شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة وإلزامة للمرفق العام على أساس الإثراء بلا سبب".<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق. ص 232

## المطلب الثاني: التزامات صاحب الامتياز "المقاول".

في هذا المطلب سنتناول التزامات صاحب الامتياز من خلال 3 فروع نخصص الأول للالتزام بالتنفيذ الشخصي، والثاني بالالتزام باحترام المدة، والفرع الثالث للالتزام بإنهاء الأشغال وتسليمها.

## الفرع الأول: التنفيذ الشخصي للعقد.

يخضع تنفيذ العقود الإدارية بشكل عام ومنها عقد الأشغال العامة إلى قواعد تحكمها، ومنها التزامات المتعاقد مع الإدارة وهي التزامات شخصية، أي شخصية المتعاقد تمثل عنصرا جوهريا في ابرام العقد وهو ما يعبر عنه "بالاعتبار الشخصي" الذي يعني الامتداد بشخصية المتعاقد أو بصفة من صفاته التي تكون محل اعتبار المتعاقد الآخر، والحقيقة أن فكرة الاعتبار الشخصي ليست مقصورة على العقود الإدارية إذ أن لهذه الفكرة أثرها في مجال العقود المدنية أيضا، كعقد المقاولة مثلا أو عقد الهبة وعقد الوديعة وغيرها حيث يكون الطرف الآخر المقاول أو الموهوب له أو المودع محل اعتبار أساسي لدى المتعاقد الآخر، غير أن لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية أهمية خاصة وذلك لارتباط هذه الأخيرة بالمرافق العامة، وهي تعد من الأفكار الأساسية سواء فيما يتعلق باختبار المتعاقد أو تنفيذ العقد. (1)

## أولا: مضمون فكرة الاعتبار الشخصي.

تزداد أهميتها في عقد الأشغال العامة لاتصاله الوثيق بالمرفق العام وفي هذا الصدد فإن الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي لا يكون بدرجة واحدة بالنسبة لكل العقود الإدارية، بل أن ما يحدد هذه الدرجة هو مدى صلة العقد وبالتالي المتعاقد بالمرفق العام، حيث تزداد درجة الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي كلما كانت صلة المتعاقد بالمرفق العام شديدة، وتكون هذه الصلة في أوجها بالنسبة لعقد الامتياز أي يبدو الطابع الشخصي واضحا، حيث أن سير المرفق محل الامتياز يعتمد بصفة أساسية على الصفقات الشخصية للمتعاقد، غير أن هذا الرأي ليس محل إجماع بين الفقهاء القائلين بأن فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دورا أساسيا في كل العقود الإدارية دون تمييز، ويعتمدون في ذلك

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 396

على عدم وجود ما يثبت إعطاء المشرع أو القضاء أهمية خاصة للقاعدة في مجال عقد الامتياز دون غيره من العقود الأخرى.<sup>1</sup>

وقد أكد المشرع الجزائري على هذه الفكرة، فأصدر أحكاما تحقق مضمونها، وهذا شأن التشريعات الأجنبية أخرى كالتشريع المصري.<sup>2</sup> فنص قانون تنظيم الصفقات العمومية الجزائري في أحد ملحقاته على وجوب امتلاك المقاولات التي تعمل في مجال الأشغال العمومية لشهادة التخصص والتصنيف المهني، كما ألزم قانون الصفقات العمومية ذاته على الإدارة المتعاقدة أن تتحرى حسن اختيار المتعاقد معها وذلك عن طريق الاستعلام على المترشحين للتعاقد لدى مختلف الجهات والمؤسسات لاسيما المؤسسات المالية أو الممثلات الجزائرية بالخارج حيث يتعلق الأمر بمقاول أجنبي، أما بالنسبة للمقاولين الوطنيين<sup>(3)</sup> وفي هذا الإطار أوجب المشرع الجزائري على كل جهة إدارية متعاقدة " مسك بطاقة وطنية للمتعاملين، وبطاقة قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتحين بانتظام"<sup>4</sup>.

وأجبر المشرع على كل مقاول يترشح للتعاقد أن يقدم شهادة تخصص وثيقة تنظيمية عند كل التزام بأشغال البناء<sup>(5)</sup> وقد اعتبرها المشرع تنظيمية نظرا لإجراءات استصدارها والمعلومات الإلزامية التي يجب أن تحوي عليها، وقد قرر عقوبات على كل مقاول يقدم معلومات مغلوبة، أو يزور في بيانات يقدمها للحصول على هذه الشهادة.<sup>(6)</sup>

ونرى أن الغاية من وضع خصائص دقيقة لشخص المقاول هدفه معرفة صفاته المهنية الشخصية من حيث مدى كفايته المالية ومقدرته الفنية وسمعته في السوق، وجنسيته إن كان أجنبيا، والهدف المرجو من ذلك هو حصول الإدارة على مقاول يستطيع تنفيذ المشروع بشكل يحقق الرضا للمرفق العام من خلال انجازه.

<sup>1</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 368.

<sup>2</sup> انظر في ذلك المادة 14 وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> المادة 56 وما بعدها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

<sup>4</sup> المادة 10 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، مرجع سابق.

<sup>5</sup> المادة 58 من قانون الصفقات العمومية الجزائري، مرجع سابق.

<sup>6</sup> المادة 4، والمادة 25 من الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 114/05 التي تحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التخصص، الصادر في 2005/04/07

ونجد أن الاعتبار الشخصي في اختيار مقاول الأشغال العامة يتجسد في تأكيد المشرع الجزائري على بعض الالتزامات بالرغم من أنها لا تحتاج إلى النص عليها باعتبارها تتولد على اعتبار المقاول معاوناً للإدارة في تنفيذ المرفق العام محل الأشغال ومنها مثلاً:

- إلتزام المقاول باختيار محل إقامته يكون مجاور للأشغال وأن يعلم بذلك المكلف بالرقابة من قبل الإدارة (المهندس) في أجل لا يتعدى 15 يوماً من تاريخ تبليغه بتوقيع الصفقة.<sup>(1)</sup> والغرض من هذا الإلتزام هو السماح للإدارة بإمكانية إبلاغ المقاول بكل جديد وتمكينه من العلم بكل ما تصدره الإدارة من أوامر وما تتخذه من إجراءات حتى يتسنى له تنفيذها أو الطعن فيها، وفي حالة عدم امتثال المقاول لهذا الإلتزام (اختيار محل الإقامة) في المدة المحددة فإن مكتب البلدية مقر الأشغال يعتبر محل إقامة حكومية بالنسبة للمقاولين ويعتبر كل قرار بلغ إليه قد بلغ للمقاول تبليغاً صحيحاً وينتج عنه أثره.

- التزم المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار الأشغال بعد استلامه النهائي للأشغال وإعلام المهندس المكلف بالرقابة بأي تغيير لهذا العنوان حتى يمكن تبليغه بكل مستجد، وهذا ما أقره المشرع الجزائري وكذا الفرنسي في كراسي الشروط العامة<sup>2</sup> بعكس المشرع المصري الذي يكتفي بإلزام المقاول بالتواجد داخل إقليم الوطن حتى وإن كانت مسألة مجاورة الأشغال مسألة يصعب تحقيقها، إذا أخذت بالمعنى الحرفي "للجوار" إلا أن المقصود هو ضرورة التواجد في مكان معلوم قريب من المشروع أو موقع الأشغال حتى يسهل على الإدارة الاتصال بالمقاول، وحتى يشرف هو شخصياً على تنفيذه حيث نص المشرع الجزائري على حضور المقاول لعملية التنفيذ حيث ينص في ذات المادة (10فقرة3) من دفتر الشروط العامة على: "لا يجوز للمقاول خلال مدة الأشغال الابتعاد على الورشة إلا بعد قبول مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بممثل كفى يحل محله دون أن ينجم عن ذلك تأخير أية عملية أو وقف ناشئ عن غيابه."

فبعد أن نص على ضرورة اختيار محل الإقامة شدد في الإلتزام بضرورة مجاورة محل الإقامة للأشغال، ثم زاد من التشديد بأن أحضر أو منع على المقاول الابتعاد عن موقع الأشغال إلا بعد أن يحل محله نائباً له من الصلاحيات ما

<sup>1</sup> المادة (2و1/10) من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

أنظر المادة 22 من كراسة الشروط العامة الفرنسية 1976 التي تضمنت إلتزام المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار الورشة، وحددت لها ميعاد<sup>2</sup> 15 يوماً من تاريخ تبليغه بتوقيع العقد.



يمكنه من اتخاذ أي قرار بشكل يجعل من غياب المقاول دون تأثير، ويشترط أن توافق الإدارة على هذا الغياب، ولا يعتبر موقف المشرع الجزائري هذا مبالغة أو تشديدا، وإنما هو زيادة في الحرص على التنفيذ الشخصي للعقد من قبل المتعاقد، وهو أمر في مصلحة المرفق، كما هو في مصلحة المقاول المتعاقد، وذلك حتى يسهر بنفسه وبصفة دائمة على تنفيذ الأشغال بالشكل المطلوب والسهر على حفظ النظام داخل الورشة حتى يتفادى النتائج السلبية التي يتحمل نتائجها، وأكد ذلك من خلال نص المادة 13 فقرة 3 " و يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو الفساد التي يرتكبها المقاولون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم".<sup>(1)</sup>

و ذلك يبقى مقاول الأشغال العامة مسؤولا ولا تبرأ ذمته إلا بإنجاز العمل الذي تعاقد عليه وفقا للشروط والمواصفات المنققة عليها، ولا يكفي مجرد بذل عناية الشخص العادي.<sup>(2)</sup>

ولذا فحضوره ومتابعته الشخصية تعد أكثر من ضرورية ويترتب على الالتزام الشخصي بالتنفيذ نتائج ملخصها هو مع أي تصرف من شأنه الإخلال بالمبدأ، ونقصد خاصة التصرف بالتنازل عن العقد كله أو التعاقد من الباطن بخصوص تنفيذ جزء من العقود دون موافقة الإدارة، وهما التصرفان اللذين سنتطرق لهما فيما يلي.

#### ثانيا: التنازل عن العقد

أ/ التنازل الكلي عن العقد: يترتب على الاعتبار الشخصي إبرام عقد الإنشاءات، نتيجة حتمية، وهي أ يلتزم المقاول بأن ينفذ بشخصه الالتزامات الناشئة عن العقد، أو أن يقوم بذلك مندوبه الذي يوكله بعد أن توافق عليه الإدارة.<sup>(3)</sup>

والقصد من هذا هو إبعاد الوسطاء الذين لا يهمهم إلا تحقيق مصالح شخصية لأن المقاول هو معاون الإدارة في المرفق العام وهو يعمل من أجل ضمان حسن سير المرفق العام، الشيء الذي قد لا يحرص عليه من يحل محله في التنفيذ، لكون عقد الإنشاءات له صلة وثيقة بالمرفق العام.

<sup>1</sup> أنظر المادة (13 فقرة 3) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

<sup>2</sup> إبراهيم محمد علي، أثر العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 1998/89. الطبعة الثانية، النهضة العربية، 2003، ص 343

<sup>3</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 370.

فإذا انسحبت من تنفيذ العقد بنفسه تصبح هذه الضمانات بدون جدوى، لذلك فإن المشرع الجزائري يعتبر كل مخالفة لهذا الالتزام من قبل المقاول خطأ جسيماً يترتب عنه عقوبات صارمة، " لايجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين، أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة." (1)

فالمستخلص من قاعدة الاعتبار الشخصي عدم جواز التنازل المقاول عن قده لفائدة مقاول آخر أو جهة أخرى، كما لا يجوز له التعاقد بشأنه من الباطن، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة المتعاقدة مقدماً، وهذا بعكس موقف المشرع الجزائري بالنسبة لأحكام عقد المقاولة في القانون الخاص أين يجعل التنازل الكلي دور جزئي من المقاول على المقاولة لمقاول فرعي آخر، تصرفاً جائزاً، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو تكون طبيعة الأشغال لا تسمح بذلك.<sup>2</sup>

ب/ منع التنازل الكلي عن العقد: التنازل هو تصرف قانوني بموجبه يُحلل المقاول المتعاقد مقاولا آخر غيره يحل محله في تنفيذ العقد بكامله، أي استبدال المقاول الأصلي بمتعاقد آخر يصبح مسئولاً عن تنفيذ العقد، مما يجعلنا أمام متعاقدين جديدين وعقد جديد.<sup>(3)</sup>

فهو إذن يشمل التخلي عن كل الالتزامات والحقوق المترتبة عن العقد من قبل المقاول المتعاقد الأصلي، وإحلال الغير في تنفيذ كامل للعقد.

و تصرفاً بهذه الصفة يعتبر إهداراً كلياً للإعتبار الشخصي في عقد الإنشاءات، الذي تهدف الإدارة من ورائه لتحقيق مصلحة هامة.

ورغم أن عدم جواز التنازل عن العقد من المبادئ المستقرة بالنسبة لعقد الأشغال العامة، نظراً للاعتبار الشخصي الذي يطبعه ولصلته الوثيقة بالمرفق العام، وهو من المبادئ التي لا تحتاج إلى نص في الغالب نجد دفتر الشروط العامة الجزائري ينص على حضر التنازل على العقد دون موافقة الإدارة.

<sup>1</sup> انظر المادة 11 فقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، مرجع سابق.

<sup>2</sup> المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>3</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 374

وبموجب ذلك فإنه يمنع على المقاول التخلي عن العقد لصالح مقاول آخر أو شركة أو تجمع آخر بدون الموافقة الصريحة للإدارة، وهي قاعدة تتضمنها غالباً كراسات الشروط أو العقود ولو أنها إلزامية حتى في غياب النص عليها في العقد، وكل مخالفة لها تعرض المقاول لعقوبات قد تصل إلى فسخ العقد بقوة القانون بدون أي تعويض وهو ما يجمع عليه الفقه الفرنسي.<sup>(1)</sup>

وبما أن الشرط هو ضرورة موافقة الإدارة فإن هذا يدعونا إلى البحث في الحالتين، حالة تنازل المقاول على العقد بدون موافقة الإدارة، أي عدم تحقق الشرط ومخالفة النص أو مبدأ الحضر.

والحالة الثانية هي حالة توافر شرط موافقة الإدارة على التنازل، ففي كل حالة ينبغي بحث الآثار والنتائج التي تترتب على التنازل.

#### 1- التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة:

ما يحدث في الواقع أحياناً أن المقاول الفائز بالعقد، وربما بغية الربح السريع أو لأي سبب آخر يبيع هذه الصفقة لمقاول آخر دون علم من الإدارة صاحبة المشروع، التي تجد نفسها في مواجهة مقاول لا تعرف عنه شيء. ومصير هذا التصرف إن حصل هو البطلان<sup>(2)</sup> ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الإدارة من طرف أي كان، لأنه لا يرتب أي علاقة بينها وبين هذا المقاول الجديد، بل يبقى المقاول الأصلي الذي أمضت معه العقد هو المسئول الوحيد عن العقد بالنسبة لها، فمثل هذا التصرف المخل بالتزام التنفيذ الشخصي يعتبر عديم الأثر بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمقاول الأصلي، المتنازل عن عقده، ومثل هذا التنازل لا يعفيه ولا يجرده من مسؤوليته، عن تنفيذ كامل العقد وبشروطه في مواجهة الإدارة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 347

<sup>2</sup> حسين درويش عبد العال، مرجع سابق، ص 99.

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 398.

بل أكثر من ذلك يعتبر هذا التنازل إخلالا بإحدى أهم التزاماته، مما يشكل خطأ جسيما من جانبه يمكن أن يكون مبررا لتوقيع عقوبات مشددة كفسخ عقده وعلى مسؤوليته، ما لم ينص العقد على غير ذلك، وهذا ما انتهى إليه القضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا.<sup>1</sup>

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 11 فقرة 2، من دفتر الشروط العامة على توقيع عقوبات صارمة، بنصه: ". وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسئولاً شخصياً سواء اتجه الإدارة أو تجاه العمال والغير.

و إذا قام المقاول دون إذن من الإدارة بالتعاقد مع مقاول آخر يجوز عند ذلك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (35) الواردة فيما بعد" وجاءت هذه المادة تحت عنوان " التدابير القسرية"

كما يعتبر هذا التصرف عديم الأثر بالنسبة للعلاقة بين الإدارة والمقاول المتنازل إليه، وقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد أنه لا توجد أية علاقة بينهما مادامت الإدارة لم توافق على التنازل<sup>(2)</sup>

وعليه فلا يمكن للمقاول الجديد أن يطالب الإدارة بأي حقوق تعاقدية لأنه يعتبر بالنسبة إليها من "الغير" أجنبي عن العقد وبالتالي لها أن تبعده عن موقع الأشغال، وأن لا تمكنه من تنفيذ الأشغال والمساهمة في مرفقها العام.

ومع ذلك فإنه لا يمكن منع المقاول المتنازل إليه الذي نفذ ما نص عليه العقد الأصلي من رجوعه على الإدارة صاحبة المشروع ومطالبتها بالتعويض بناء على فكرة الإثراء بلا سبب، كما أن له أن يطالب بحقوق مدينه (المقاول الأصلي) باعتبار هذا الأخير دائنا للإدارة وذلك باستعماله "الدعوى غير المباشرة" وإجراءات "حوالة الحق" طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري.<sup>3</sup>

وتطبيقاً لقاعدة الاعتبار الشخصي التي تضمن بها الإدارة حسن سير المرفق العام فإن المتعاقد الأصلي يبقى مسئولاً عن العقد الذي تنازل عنه بدون موافقة الإدارة وإن كانت هذه المسؤولية لا تنفذ إلا إذا كان هناك ضرر لحق بالإدارة جزاء التنازل.

<sup>1</sup> عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997، ص 129.

<sup>2</sup> إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 357.

<sup>3</sup> المادة 239 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

## 2-التنازل عن العقد بموافقة الإدارة:

قد توافق الإدارة المتعاقدة على طلب المقاول بشأن التنازل على العقد المبرم بينهما، حسب ما أجاز لها المشرع الجزائري ذلك في المادة رقم 564 سالفه الذكر، وأقر المشرع هذا الحكم لأنه يدرك بأن ظروفها قد تحدث يصعب معها على المقاول الأصلي الاستمرار في التنفيذ، فبدلاً من لجوء الإدارة لفسخ العقد، أو سحب العمل من المقاول والتعاقد على حسابه، وما يتطلب ذلك من إجراءات وتعطيل في إنجاز الأشغال، بدلاً من ذلك نجد أن اللجوء إلى الموافقة على التنازل كإجراء قانوني أسهل، وأضمن لاستمرارية سير المرفق على وجه حسن، فتوافق على التنازل تحت وطأة الصالح العام، وهو غايتها النهائية.

و الاعتبار الشخصي يعتبر وسيلة لتحقيق أهداف الإدارة النهائية، ولكن إذا تغير المقاول الأصلي، هذا لا يمنع الإدارة من قبول التنازل من المقاول الأصلي لصالح مقاول آخر دام الهدف واحد.<sup>(1)</sup>

فقد يفتقد المتعاقد الأصلي الكثير من صفاته التي كانت محل اعتبار في شخص من قبل الإدارة أثناء إبرام العقد، كأن يختل مركزه المالي بشكل كبير أو يطرأ ضعف على قدراته الفنية، إلى غير ذلك من العوامل التي تؤثر سلباً على المصلحة العامة، فإن تقدم المقاول المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة بطلب التنازل على العقد لمقاول آخر تتوفر فيه الصفات التي تراعيها الإدارة، ورأى بأن ذلك يؤمن تنفيذ الأشغال على الوجه الذي ترضيه، فهنا توافق على إجراء التنازل، و المبدأ أن تعبر عن موافقتها بالطريقة أو الأسلوب الذي تراه مناسباً، إذ هي غير مقيدة بشكل معين، ما لم يوجد نص مخالف ذلك كما في التشريع الجزائري الذي يشترط في التنازل بأن تتم الموافقة بإذن "صريح" من الإدارة، ولا ننصّر الإذن الصريح في التصرفات الإدارية إلا بالكتابة، أما القضاء الجزائري، لم نجد له أي موقف بشأن شكل الموافقة، بينما القضاء المصري أقر بالموافقة الضمنية للإدارة<sup>(2)</sup> واعتبر تبادلها للمراسلات مع المتنازل إليه قبولا ضمناً ويقول بأن شرط الكتابة شرع لمصلحة الإدارة فإن هي تنازلت عنه فلا ضير في ذلك.

فالمشرع الجزائري حين يفرض قيوداً إجرائية فإنما ينبغي بها الصالح العام، ولا تملك الإدارة أن تتحرر منها دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بالمصلحة العامة، فالإدارة مسئولة عن تحقيق الصالح العام، وأحياناً المشرع سواء أكان

<sup>1</sup> محمود سعيد حسن أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية. دار الثقافة الجامعية، 1990، ص50.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 402.

المشرع الجزائري أو غيره ، هو من يقدر الإجراءات التي تحقق ذلك فيقررها، وبالتالي فإن كل مخالفة من جانب الإدارة يعتبر خرقاً لمبدأ المشروعية.

وأما عن الجهة التي لها صلاحية الفصل في طلب المقاول بالتنازل، فالقاعدة أن الجهة التي تملك سلطة إمضاء العقد هي التي لها سلطة إصدار الموافقة على التنازل أو التعاقد من الباطن.

ولا يمكن المقاول الجديد الشروع في التنفيذ ومباشرة الأشغال قبل الحصول على الموافقة التي يجب أن تكون سابقة على إتمام أي إجراء الذي يكتسب مشروعيته منها وتترتب عنها آثار قانونية تتمثل خاصة في حلول المقاول الجديد (المتنازل إليه) محل المقاول المتعاقد الأصلي المتنازل، فتنشأ بينه وبين الإدارة علاقة تعاقدية مباشرة، فالتنازل من حيث المبدأ يعتبر بمثابة عقد جديد محل العقد الأول وهو ما يجعل المقاول الأصلي يتحلل من إلتزاماته التعاقدية، لأن العلاقة العقدية بينه وبين الإدارة تنتهي بموافقة الأخيرة على التنازل ويعتبر المتنازل له هو وحده المسؤول عن تنفيذ كامل العقد ما لم يرد ما يخالف ذلك، كما يصبح المقاول الجديد المتنازل له هو المعني بتعليمات وتوجيهات وأوامر الإدارة صاحبة المشروع، وهو في المقابل صاحب الحق في الحصول على الثمن مقابل الأشغال<sup>(1)</sup>

ولا يجوز للإدارة بعد موافقتها على التنازل أن تمتنع عن رد تأمينات المقاول المنسحب (المتنازل) إلا في حدود ما قد يكون بينهما من نزاعات. وفي المقابل لا يحق لهذا المتنازل التدخل بأي شكل في تنفيذ العقد الذي تنازل عنه، وإن كان المبدأ أن الموافقة على التنازل تحرر المقاول من إلتزاماته التعاقدية، إلا أنه غالباً ما تنص عقود الإنشاءات على شرط بقاء المتعاقد (الأصلي) المتنازل ضامناً للمتعاقد الجديد المتنازل له<sup>(2)</sup>.

وحرصاً على قاعدة الاعتبار الشخصي، نجد أن التشريعات أيضاً خاصة دفاتر الشروط العامة تقضي باستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي، ومنها المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية "وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسئولاً شخصياً سواء كان اتجاه الإدارة أو اتجاه العمال أو الغير."

<sup>1</sup> عيسى عبد القادر حسن، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 39.

## الفرع الثاني: إلتزام المقاول بإحترام مدة تنفيذ العقد وتسليم الأشغال.

يختلف المقصود بمدة التنفيذ في العقود الإدارية بحسب اختلاف العقود ذاتها، حيث تتخذ مدد التنفيذ أشكالاً متعددة، فمدة التنفيذ مثلاً في عقد الامتياز - هو عقد إداري - يقصد بها مدة استغلال المرفق، أي الفترة التي تمنح للملتزم خلالها المرفق، أما المقصود بمدة التنفيذ في عقد الإنشاءات موضوع بحثنا فهو يختلف عن ذلك، فالمقصود بمدة التنفيذ بحسب موضوع الأشغال محل العقد<sup>(1)</sup> فإن كان الأمر يتعلق بعقد بناء منشأة، كان المقصود هو الوقت الذي يلتزم المقاول في خلاله انجاز هذه المنشأة وبالمقاييس المتفق عليها.

أما إذا كان الأمر يتعلق بصيانة المنشأة فهنا يكون المقصود تلك المدة التي يكون المقاول خلالها ملتزماً بأعمال الصيانة، أو المدة التي يلتزم المقاول خلالها بتنفيذ ما هو مطلوب منه.

وأياً كان المقصود بمدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة، فإنها تتميز عن مدة التنفيذ في العقود الإدارية الأخرى، كما تتمتع به الإدارة صاحبة المشروع من سلطة رقابة وتوجيه على تنفيذ الأشغال محل العقد.

لذلك وجب بحث مدى إلزامية مدد التنفيذ بالنسبة للمقاول، والحالات التي يمكن فنيها تجاوز هذه المدد دون أن يعتبر ذلك إخلالاً بالإلتزام

## أولاً: إلزامية احترام مدة التنفيذ:

تتميز مدة التنفيذ بالصفة الإلزامية للمقاول الذي عليه أن يتقيد بالمدة المحددة له بشكل دقيق لإنجاز الأشغال العامة، وكل تأخر عن الوفاء بهذا الإلتزام في الموعد المحدد يعتبر خطأ جسيماً يترتب عليه توقيع الجزاء<sup>(2)</sup>

## أ/ الأساس القانوني للإلتزام:

الإلتزام باحترام مدة تنفيذ العقد واجب على كل متعاقد مع الإدارة - كما هو واجب على الإدارة أيضاً - ولكن بشكل خاص المتعاقد معها على تنفيذ أشغال عامة حيث أن دفاقر الشروط دائماً تقرر جزاءات على المقاول الذي لا يحترم هذا الإلتزام.

<sup>1</sup> إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 382.

<sup>2</sup> عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 86.

وهو حال المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزادات، والذي يلزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد، وتجهيزها للتسليم المؤقت في الميعاد المحدد وإلا جاز للإدارة أن توقع عليه غرامة التأخير كجزاء على ذلك حتى وإن كان يجوز لها تمهله مدة إضافية للتسليم<sup>(1)</sup>

والحقيقة أن تنازل نصوص دفاتر الشروط العامة لهذا الالتزام وتأييده بجزاءات يمكن أن نعتبره من قبيل زيادة الحرص على التأكيد عليه نظرا لأهميته، لأنه إلتزام يستمد أساسه القانوني من مقتضيات المصالح العامة، لأنه يرتبط بالمال العام من جهة، حيث أن كل تأخير في الإنجاز يزيد من تكلفة الأشغال، ثم وهذا هو الأهم - كل تأخير في الإنجاز ينعكس مباشرة على حسن سير المرفق العام موضوع الأشغال لذلك فإن لمدة التنفيذ أهمية أساسية بالنسبة للإدارة والمقاول على حد سواء، فكلاهما ملزم بإنجاز إلتزاماته في التاريخ المحدد، وقد أكد القضاء الإداري هذا الإلتزام سواء في مجلس الدولة الفرنسي أو مجلس الدولة المصري، حيث يؤكد بأن تأخر المقاول في إنجاز الأشغال في موعدها المحدد يشكل خطأ عقديا يستوجب توقيع جزاء التأخير، حتى ولو منحت له الإدارة مدة إضافية لإكمال الإنجاز وهو يرى بأن تقرير غرامات التأخير في العقد إنما لضمان تنفيذ الأشغال في موعدها والإخلال بذلك الموعد من قبل المقاول تتيح تطبيق الغرامات عليه مباشرة دون اللجوء إلى القضاء.<sup>(2)</sup>

وقد كان المشرع الجزائري حريصا على تأكيد نفس الموقف الذي يقضي بوجوب احترام مواعيد الانجاز تحت طائلة توقيع العقوبات "يمكن أن ينجَزَ من عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به."<sup>(3)</sup>

ويعتبر نص المشرع الجزائري على هذا الإلتزام سببا في إمكانية توقيع الجزاء على المقاول ، ذلك أن من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة مبدأ "ضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد.

ولما كان عقد الأشغال العامة يقوم على أساس الإعداد المادي لعقار من أجل تحقيق مصلحة عامة وهو ما جاء في حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية EFDIMEIF الصادر في مارس 1955 حيث جاء فيه "أن عقد الأشغال العامة يستهدف تحقيق غرض من أغراض النفع العام". وتتخلص وقائع هذه القضية وهي واحدة من الكثير من

<sup>1</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 401.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 401.

<sup>3</sup> المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.



المنازعات التي حدثت بمناسبة قيام الجمعيات النقابية للتعجير وهي تحمل صفة المؤسسات العامة بمقتضى قانون 1948 ، قيامها بإعادة بناء مساكن لصالح المنكوبين التي دمرت جراء الحرب العالمية الثانية، وهذا بتكليف من الحكومة في إطار تحقيق المصلحة الوطنية. وقد أدت هذه الأشغال إلى نشوب نزاعات متعددة بينها وبين المقاولين الذين تعاقدت معهم وبينها وبين الملاك أصحاب المساكن.<sup>1</sup>

لذلك يوصف المتعاقدين مع الإدارة لتنفيذ الأشغال العامة بأنه "معاون" الإدارة صاحبة لمشروع بشأن المرفق موضوع الأشغال مما يعني وجوب حرصه على ضمان حسن سيره.

وهو الإلتزام الذي يؤكد الفقه الإداري بالنسبة لمتعاقدتي الإدارة عموما الذي يرى بأن ارتباط الشخص برضاه بعقد مع الإدارة بعض إلتزامه بالمساهمة في مرفق عام، وهو ما يعني بالنسبة لمقاول الأشغال العامة، إلتزامه بتنفيذ الأشغال محل العقد في المدة المحددة لها حتى لا يعرض السير المنتظم للمرفق العام للخطر الذي هو ملتزم بضمانه، وضمان السير المنتظم للمرفق إلتزام يتولد عن فكرة المرفق ذاتها، وبالتالي فهو يدخل ضمن واجبات المقاول بمجرد التعاقد، دون أن تكون الإدارة في حاجة إلى تضمين العقد نصا بذلك.

فالمقاول ملزم ليس فقط بتنفيذ الأشغال وفقا لما هو منصوص عليه وإنما هو ملزم أيضا بكل ما يستدعيه ويتطلبه ضمان سير المرفق بانتظام وباضطراد، وأليا نجد أن من أهم متطلبات ذلك هو انجاز الأشغال و تنفيذها في مدتها المحددة.

وهذه أيضا هي وجهة نظر القضاء الإداري المصري الذي يقول عن مقاولات الاشغال العامة بانها تتناول مرافق الدولة العامة، والأموال العامة، ولذلك فهي تحاط بضمانات تكفل حسن سير العمل وحسن اختيار من ينفذه في الوقت المعين، هذه الضمانات التي تركزها دفاقر الشروط التي تلزم بها المقاول - باعتبارها من وثائق العقد - الذي يأخذ صفة معاون الإدارة في تسيير مرفق عام.<sup>(2)</sup>

وهذا كله لأن عدم تنفيذ الأشغال المنصوص عليها في العقد، أصلا أو عدم انجازها في الوقت المحددة، قد يؤدي إلى اختلال أساسي في الحياة العامة، كما لو تعلق الأمر بتنفيذ أشغال تتصل بالتزويد بالمياه مثلا، أو انجاز مدرسة في منطقة سكنية نائية، وهذه النتيجة التي تتولد عن عدم احترام آجال الإنجاز هي التي جعلت التشريعات في العديد من الدول تحرص على تأكيد هذا الإلتزام.

<sup>1</sup> محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص 185.

<sup>2</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 417

وتظهر الصفة الملزمة لمدة التنفيذ من خلال تقرير النصوص لعقوبات وجزاءات تطبقها على المقاول إذا تأخر عن إتمام انجاز الأشغال في المواعيد المقررة لها.

#### ب/ تحديد مدة التنفيذ وكيفية احتسابها:

كون تنفيذ الأشغال وتسليمها في أجلها المحدد يكتسي أهمية كبيرة، لإرتباطه بالمرفق وحسن سيره، فإن العقد غالباً ما يتضمن تحديد مدة انجازها، غير أن عدم تعرض العقد لتحديد هذه المدة لا يعني ترك هذا الأجل مفتوحاً على إطلاقه، بل لا بد من إنهاء الأشغال وتسليمها في أجل معقول. وحتى في حال تحديد مدة الانجاز، فلا بد من تحديد نقطة انطلاق هذه المدة، أي لا بد من تحديد بدء سريان ميعاد الانجاز، لأن تحديد تاريخ الانطلاق ضروري لتحديد الانتهاء وما يترتب عن ذلك من نتائج، والتي من أهمها وضع المقاول وضع المتأخر إذا لم يلتزم بذلك الميعاد، وما ينجر عن هذه الوضعية من نتائج أقلها إمكانية الغرامات عليه.

إذا فأياً كانت الطريقة المتبعة في تحديد مدة تنفيذ الأشغال، والتي كما قلنا بحسب ما إذا كان تنفيذ العقد يتضمن أعمالاً عديدة، كما هو الحال في أشغال الصيانة أو كان التنفيذ أداءً واحداً كأنها منشأة مثلاً. أو إذا كان العقد لم يحدد تاريخ بداية تنفيذ الأشغال، فإن ذلك لا يطرح صعوبات، أو إشكالات، نظراً لما تتمتع به الإدارة من سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقد الأشغال العامة، والتي تملك بموجبها إصدار الأوامر المصلحية إذ تصدر له أمر البدء في التنفيذ. و يفرق البعض بين مدة العقد التي تعني مدة سريانه بين أطرافه بحيث تحدد بداية ونهاية نشاط المقاول بأجل معين، وبين مدة التنفيذ التي تعني انجاز الأشغال في الموعد بالعقد.<sup>(1)</sup>

وتتضمن مدة التنفيذ مدة إنهاء جميع الأعمال المحددة، ويشمل ذلك فترات التجهيز والقيام بالأعمال التمهيديّة أو التحضيرية وفقاً للمشرع الفرنسي.<sup>2</sup> وعن كيفية تحديد مدة التنفيذ، فإن ذلك تتم غالباً بواسطة أحكام العقد وبالتالي فهو ينتج عن إرادة الطرفين.

وقد يتضمن العقد تحديد مدة عامة لمجمل الأشغال، أو ينص على مدد جزئية لأشغال مجزأة ومدة عامة لكل الأشغال.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عيسى عبد القادر، مرجع سابق، ص 81.

<sup>2</sup> انظر في ذلك المادة 19 فقرة 11 من دفتر الشروط الفرنسي، مرجع سابق.

والواقع أن مدة التنفيذ تتم باتفاق الأطراف، فالإدارة لا تستطيع ان تفرض عن طريق أوامر مصلحة مدة معينة على المقاول للتنفيذ خلالها إلا إذا كان العقد يعطيها الحق في ذلك. وإذا كان العقد قد حدد مدة معينة لتنفيذ الأشغال المنصوص عليها، إلا أن تلك المدة كانت غير كافية لتنفيذها، فإن عدم حسن تقدير مدة التنفيذ أو الخطأ فيها أثناء إبرام العقد، لا يعطي الحق للمقاول بالتمسك بهذه الوضعية وبالتالي التحلل من التزاماته، بل عليه أن يعمل يجد ويتخذ كافة الإجراءات الممكنة من أجل التنفيذ، ولا يكفيه مجرد بذل مجهود الرجل العادي لتبرئته من مسؤولية التأخير.<sup>2</sup>

وإذا لم يحدد العقد أصلاً مدة لتنفيذ الأشغال، فإن للإدارة الحق في أن تحدد مدة لذلك وإلا فله ان يعترض على هذه المدة أمام القاضي الذي يفصل في هذا النزاع مراعيًا في ذلك عدة عوامل منها، نية أطراف العقد ( الإدارة والمقاول) وإمكانيات المقاول بالنسبة لحجم الأشغال، وهل للمقاول في مثل ظروفه أن ينجز تلك الأشغال في الفترة التي حددتها الإدارة أم لا؟ وعليه ما إذا كانت المدة المحددة من طرف الإدارة معقولة ويلتزم بها المقاول أم لا. وبالتالي لا يمكنها أن توقع عليه جزاءات تكون قد قررتها في حالة التأخير في التنفيذ لأن هذا الشرط الجزائي في هذه الحالة يكون من قبيل شرط الأسد.<sup>3</sup>

ولما كانت الإدارة تخضع لرقابة القاضي في موضوع تحديد مدة التنفيذ، حيث يتضمن العقد تحديد مدة معينة، فإن البعض سمى هذا التحديد بالتحديد القضائي لمدة التنفيذ، كون القاضي يسلم بأن عدم إفصاح المتعاقدين عن مدة التنفيذ من خلال نصوص العقد، فإن ذلك لا يعني أن مدة التنفيذ غير مقيدة بحدود، بل المنطق والواجب أن يتم ذلك في مدة معقولة بالنظر للهدف من إنجاز الأشغال وطبيعة هذه الأخيرة ونية المتعاقدين إضافة إلى ما جرى عليه العرف من الحالات المشابهة.

وبالنسبة للجزائر فإن هذا الاحتمال غير وارد، نظرا لان المشرع الجزائري قد نص على وجوب تحديد مدة التنفيذ ضمن بنود العقد.<sup>(4)</sup> أما في حال عدم تحديد المدة فإن المعقول هو الرجوع الى أهمية المشروع وطبيعة الأشغال فيه، وهذا ما سيحدد المدة.

<sup>1</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 400

<sup>2</sup> عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 82

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 83.

<sup>4</sup> المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

ثانياً: أسباب تمديد مدة التنفيذ

وهو ما يطلق عليه أيضاً أسباب الإعفاء من مسؤولية التأخير، إذ المقاول ملزم مبدئياً بإكمال انجاز الأشغال محل العقد في المدة المعقولة، و حتى يتجنب الجزاءات المقررة لذلك، يمكن أن يستفيد المقاول من تمديد أجل التنفيذ في حالات معينة، وهي على الخصوص حالة تدخل الإدارة المتعاقدة أو كان التأخير بسبب فعلها، أو بسبب الغير الذي لاسلطان للمقاول عليه، أو في حالة كان السبب وراء ذلك هو قوة قاهرة أو حادث فجائي.

أ/ سبب فعل الإدارة: فقد يحدث وأن تتدخل الإدارة ذاتها عن طريق قيامها بتصرف لا يكون متوقفاً أثناء إبرام العقد ويكون لهذا التصرف علاقة بالتزام المقاول بالتنفيذ، مما يؤثر مباشرة عليه، والأمثلة على أنواع تدخلات الإدارة المتعاقدة (فعل الأمير) التي يكون لها أثر على التزام المقاول بالتنفيذ في المدة المحددة كثيرة ومنها:

- إصدار أمر مصلي في إطار ما تملكه الإدارة صاحبة المشروع من صلاحيات في تنفيذ المشروع وباعتبارها من يدير التنفيذ كما أسلفنا، ويتضمن هذا الأمر، إنجاز منشأة أخرى غير منصوص عليها في العقد.
- تأثير الإدارة في انجاز أشغال أخرى ضرورية لإنطلاق المقاول في تنفيذ التزاماته العقدية، كعدم قيامها بنزع ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع مثلاً، ومنع التعرض للمقاول.
- الزيادة في حجم الأشغال عن ذلك المتفق عليه في العقد.
- تأخر الإدارة في تسليم المقاول المخططات والوثائق والمستندات المتعلقة بإنجاز الأشغال وفقاً لما ينص عليه القانون.
- تأخر الإدارة في إصدار الأمر بالبداية في التنفيذ.

ولما كان المقاول ملزم بتنفيذ الأشغال في مدة محددة، فإن عدم إمتثاله لهذا الإلتزام وفوات المدة المحددة لذلك يعد إخلالاً ببند العقد، و الأثر المباشر لذلك هو قيام مسؤوليته العقدية اتجاه الإدارة صاحبة المشروع، والمتمثلة في توقيع جزاءات عقديّة هي دفع الغرامات التأخيرية.

وأحكام المسؤولية كقاعدة عامة تقتضي توافر أركانها المتمثلة في الخطأ، والضرر وعلاقتها السببية بينهما. ولكن السبب هنا يعتبر ركنا جوهريا في كافة صور المسؤولية.<sup>(1)</sup> لذلك فإن المقاول إذا أراد دفع مسؤوليته التأخير عن نفسه، يجب أن يثبت بأن عدم إلتزامه بالمدة المحددة يعود إلى سبب أجنبي.

ولما كانت الإلتزامات الناشئة عن عقد الأشغال العامة بالنسبة للمقاول، هي إلتزامات لتحقيق الغاية، وذلك لارتباطه بالسير الحسن للمرفق العام. لذلك فإن ركن الخطأ والضرر قد يجتمعان في شيء واحد، فيكون عدم تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب في الوقت المحدد ( ركن الخطأ) هو ذاته الضرر الذي أصاب الإدارة ( اختلال السير الحسن والمنتظم للمرفق)، لذلك إذا اتضح أن عدم تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب ليس هو السبب في حدوث الضرر، هنا تنتفي مسؤولية المقاول، ولكن إذا كان ركن الخطأ والضرر منفصلان، أي يقتصر خطأ المقاول في التأخير في تحقيق الغاية أو النتيجة، فهنا تبقى مسؤوليته قائمة مع بقاء الخطأ قائما.

ويشمل السبب الأجنبي أمر غير منسوب للمقاول وأدى إما إلحاق ضرر بالإدارة صاحبة المشروع وهو أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية وفقا لقانون المدني الجزائري الذي ينص على " إذا أثبت الشخص أن الضرر الذي نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".<sup>(2)</sup>

ولما كان ما يهمنا هنا هو تحقيق تدخل الإدارة المتعاقدة في تأخير التنفيذ الذي يعبر عنه بفعل الأمير والذي سنعود إليه في موضوع لاحق من هذا البحث، فإننا سنتناول هنا القوة القاهرة أو الحادث الفجائي باعتباره من أسباب الإعفاء من مسؤولية التأخير ونتناولها من حيث مضمونها وشروط تطبيقها.

**ب/ القوة القاهرة:** يطلق مصطلح القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وفقا للمفهوم التقليدي ( مفهوم القانون الخاص وهو مصدر هذه النظرية) على ما يحدث عن أمر غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا. و توافر هذين الشرطين يجعل من الحادث حادثا فجائيا وهو أجنبي عن الشخص المدين أو المقاول لا يد له

<sup>1</sup> هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 425

<sup>2</sup> المادة 127 من القانون المدني الجزائري

فيه وهو غير متوقع لا من جانبه ولا من جانب أشد الناس حرصاً، فشرط عدم التوقع يستند إلى معيار موضوعي لا ذاتي.<sup>1</sup>

فالقوة القاهرة إذن وفقاً للمفهوم المستمد من القانون الخاص هي فعل لا ينسب إلى المدين، وهو غير متوقع الحدوث، وغير ممكن دفعه يكون أثره هو جعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، وبهذا المفهوم جعل القانون الخاص القوة القاهرة سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، حيث لا يتحمل المتعاقد نتائج فعل كان عاجزاً عن دفعه، فالإنسان غير ملزم بمستحيل.

وإذا كان أساس هذا المفهوم نجد جذوره في القانون الخاص إلا أن القانون والقضاء الإداري يسترشد بهذه القواعد المدنية لما تتضمنه من مبادئ العدالة في مجال العقود الإدارية بشكل عام. ومنها عقد الإنشاء في مجال الأشغال العامة، حيث نجد المشرع يأخذ بجوهر هذا المفهوم، فنجد المشرع الجزائري ينص على " في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير الغرامات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة.<sup>(2)</sup>

كما يعمل بذلك القاضي الإداري وإن كان يتشدد في سلوك المقاول المتعاقد حيث يتطلب منه بذل مجهود أكبر من مجهود الرجل العادي الذي يتطلبه القانون المدني في إطار روابط القانون الخاص، وبذلك باعتبار أن مقاول الأشغال العامة المتعاقد مع الإدارة منوط به تنفيذ عمل يتعلق بالصالح العام، ويحسن سير المرفق العام.

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص، ص 242، 240.

<sup>2</sup> المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: نهاية الأشغال وتسليمها.

إن الحديث عن تسليم الأشغال يعني الحديث عن نهاية عقد الأشغال العامة، وهذا الأخير كغيره من العقود الأخرى من حيث طرق نهايتها، وعلى ذلك فسنتناول كل من نهاية الأشغال وتسليمها كل منها بشكل مستقل

أولاً: أسباب نهاية عقد الأشغال.

قد تكون نهاية عقد الأشغال العامة بإتمام تنفيذ الأشغال فيه، وهذه هي النهاية الطبيعية له، وقد ينتهي قبل الوصول إلى هذه المرحلة، أي إنهاء قبل اتمام التنفيذ أو انتهاء مدته، بحيث لا يرتب العقد آثاره تجاه طرفيه، لذلك يسمى بالنهاية غير الطبيعية للعقد.

وهذه الأخيرة تكون عندما ينقضي عقد الأشغال العامة قبل مواعده الطبيعي وذلك عن طريق فسخ العقد الذي يأخذ أشكالاً متعددة منها.<sup>(1)</sup>

- **الفسخ باتفاق الطرفين، أو الفسخ الإتفاقي:** أي فسخ العقد بناء على الإرادة المشتركة للطرفين "... يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض. وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقية تنفيذها، وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة".<sup>2</sup>

- **الفسخ من جانب الإدارة:** أي بقرار من جانب واحد، هو جانب الإدارة وحدها وذلك في حالتين

• حالة إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية بعد أن توجه له الإدارة إعدار بوجوب الإمتثال لالتزاماته العقدية ولا يستجيب، وهو ما يعتبر بمثابة جزاء توقعه الإدارة على المقاول، وقد نص المشرع الجزائري صراحة " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر. الطبعة الثانية، مطبعة جسور للنشر، سنة 2000، ص 199

<sup>2</sup> المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

<sup>3</sup> المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

• أما الحالة الثانية التي يكون فيها الفسخ من جانب واحد أيضا فهي حالة اقتضاء المصلحة العامة لفسخ العقد، وذلك دون خطأ من المقاول، وإنما مراعاة لمبدأ الملائمة والتكليف بحكم المرافق العامة<sup>(1)</sup>

- الفسخ القضائي: قد ينقضي العقد بحكم القضاء في حالة منها: خطأ الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل، بان تجاوزت الحد المسموح به فعملت على تغيير موضوع العقد، كأن تعدل في إلتزامات المقاول بما يقلب اقتصاديات العقد بشكل كبير<sup>(2)</sup>، والفسخ بقوة القانون وذلك إذا توفرت شروط معينة، كهلاك الشيء موضوع التعاقد نتيجة الزلزال مثلا أو الحرب، ومتى تم فسخ العقد لأي سبب كان فإنه يتوجب تصفية آثاره، وذلك بناء على تحديد مقدار ما تم تنفيذه من الأشغال، وهو ما أقرته المادة 100 من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

أما عن النهاية الطبيعية لعقد الأشغال العامة الذي هو الأصل العام فإن هذه العقود تعتبر عقود فورية من حيث الزمن بتنفيذ كل طرف لالتزاماته المتفق عليها في العقد.

فتقتضي التزامات الإدارة بالوفاء بالثمن المتفق عليه، وتقتضي التزامات المقاول بتنفيذ الأشغال محل العقد ويتحرر من التزاماته بتسليم الأشغال التي قام بإنجازها.

### ثانيا: تسليم الأشغال وأشكاله

بعد أن يكمل المقاول إنجاز الأشغال محل العقد يلتزم بتسليم هذه الأعمال إلى الإدارة لكي يتحرر من إلتزاماته العقدية ويحصل على ثمن الأشغال التي قام بتنفيذها.

ويتم تسليم الأشغال العامة بحضور المقاول والإدارة، وتعتبر هذه العملية بمثابة إقرار منها بإنجاز الأشغال من طرف المقاول، حيث تعلن الإدارة قبولها للأشغال متى كانت في حالة تسمح بتسليمها ووضع يده عليها.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 103

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 754

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 743



وفي هذا ينص المشرع الجزائري على: " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة او المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال، ويقوم عند ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري باستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور رسميا، وفي حالة تغييب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر.<sup>(1)</sup>"

ويقابل التزام المقاول بتسليم الأشغال التزام الإدارة بإستلامها، وإلا ارتكبت خطأ عقديا تتحمل مسؤوليته في مواجهة المقال، فالتسليم والاستلام التزام يقع على عاتق الطرفين لا يمكن لأن منهما ولا لكليهما الإخلال به، وتسليم الأشغال ليس مجرد عملية مادية، بل هو تصرف قانوني أيضا له نظام وأشكال ينبغي التقيد بها.

والتسليم هو معاينة حضورية للأشغال بعد إنجازها، تقر من خلالها الإدارة بوفاء المقاول بالتزاماته بتنفيذ العمل محل العقد وفقا للشروط والقواعد الفنية المتفق عليها.

وتجرى تسليم الأشغال العامة وفقا لأحد النظامين يعتمدها المشرع الجزائري هما: نظام التسليم الثنائي، وهذا الأخير كما يدل عليه اسمه، يتم فيه تسليم الأشغال على مرحلتين متتاليتين ومتميزتين من حيث آثارهما، وهما مرحلة التسليم المؤقت التي تلي مباشرة اتمام انجاز الأشغال وتكون آثارها محدودة، ثم تليها مرحلة التسليم النهائي بعد فترة من الزمن والتي يكون من آثارها انقضاء الرابطة العقدية بين المقاول وصاحب المشروع.

أما نظام التسليم الوحيد فيتم بعد إكمال تنفيذ الأشغال في مرحلة واحدة ومن خلال عملية واحدة، وهو قريب من مرحلة التسليم المؤقت من حيث نتائجه القانونية في نظام التسليم الثنائي، إذ أنه لا يؤدي إلى انتهاء الرابطة العقدية الناشئة عن عقد الأشغال العامة.

وقد اعتمد المشرع الفرنسي نظام التسليم الوحيد هذا في كراسة الشروط الإدارية العامة وجعله يحل محل التسليم المؤقت وليس التسليم النهائي لأنه مصحوب بضمان الانجاز الكامل الذي يذكره لمدة الضمان الفاصلة بين التسليم الابتدائي والتسليم النهائي. إلا أن المشرع الفرنسي لم يبلغ نظام التسليم الثنائي، بل أن النظامين يطبقان بالتوازي إذ يمكن اللجوء إلى التسليم الثنائي للأشغال التي لم تشر عقودها صراحة إلى تبني أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة الصادرة في 1976 التي اعتمدت فيها نظام التسليم الوحيد.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> المادة (1/46) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

<sup>2</sup> عيسى عبد القادر حسن، مرجع سابق، ص 106

أما الحالة القانونية التي يمكن فيها اعتماد التسليم الثنائي فهي كون العقد ينص على ذلك، باعتبار أن الأحكام التشريعية المنظمة للتسليم لا تعتبر من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وعموماً وسواء كان النظام المتبع في تسليم الأشغال هو التسليم على مرحلتين أو التسليم في مرحلة واحدة، فإن التسليم في حد ذاته كعملية قانونية يتخذ أشكالاً متعددة منها:

-التسليم الصريح: وهو الشكل الأصلي والذي يتم وفقاً لإجراءات تتضمنها النصوص المختلف

-التسليم الضمني: الذي يتم من خلاله تصرفات الإدارة صاحبة المشروع كوضع يدها على المشروع المنجز وبدء استخدامه فيما أعد له، وذلك دون اتباع الخطوات والإجراءات التي تحددها النصوص لعملية التسليم، وهو التصرف الذي يعتبره القضاء الإداري بمثابة التسليم ويترتب عليه نتائج التسليم الصريح، كبدء سريان مدة الضمان العشري متى كانت الأشغال التي حازتها الإدارة تسمح باستلامها ولم تكن حيازة الإدارة مقرونة بتحفظات عليها.

وكذلك اعتبار التسليم النهائي حقا مكتسبا للمقاول بقوة القانون وذلك بعد انقضاء مدة الضمان.

غير أن أحكام التسليم الضمني ليست موحدة بالنسبة لجميع الحالات، وإنما القضاء يدرس كل حالة بحسب معطياتها، لذلك فإن ما يطبقه على حالة قد لا يطبقه على حالة أخرى.<sup>(1)</sup>

كما يوجد هناك أيضاً أشكال في التسليم:

التسليم الودي والتسليم القضائي: حيث يتم بحسب الأصل التسليم ودياً وإن حدث عدم اتفاق بين المقاول والإدارة في هذا الشأن فإن لكل منهما الحق في اللجوء إلى القضاء لحل النزاع وذلك بتحديد تاريخ نهاية الرابطة العقدية بين الطرفين.

<sup>1</sup>سليمان محمد طماوي، مرجع سابق، 816

ومن أشكال التسليم أيضا نجد التسليم الكلي والتسليم الجزئي:

ويقصد بذلك تسليم كل الأشغال محل العقد أو تسليم شريحة أو جزء منها فقط، خاصة بالنسبة للأشغال المجزأة والتي قد يتولى تنفيذها أكثر من مقاول، وبالتالي يتم تسليمها بعد الانجاز من اجل بدء سريان مدة الضمان العشري دون انتظار حين اكتمال كل أشغال المشروع وهو ما نص عليه المشرغ الفرنسي في دفتر الشروط الإدارية العامة.<sup>1</sup>

وتضمن التشريع الجزائري حكما مماثلا نص فيه على ما يلي : " يجب ان يتم الاستلام المؤقت الجزئي عندما تستعمل الإدارة حق الحيازة المسبقة على بعض الأشغال.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup>المادة 21 فقرة 1 من دفتر الشروط الادارية العامة الفرنسي، مرجع سابق.

<sup>2</sup>المادة (146فقرة2) من دفتر الشروط العامة الجزائري.

## الباب الأول

### حل المنازعات المتعلقة بعقد الفيديو

رأينا في الفصل التمهيدي اختلاف الفقهاء حول طبيعة عقود الإنشاءات الدولية وحسب رأينا الذي توجه إلى القول بخصوصية هذه العقود حيث أن لها طابعا خاصا بين القانون الإداري والقانون الخاص.

وهذه الطبيعة التي جعلت المستثمرين أكثر تمسكا بإبرام هذه العقود لما تحمل من مزايا خاصة فيما يتعلق بحل النزاعات.

حيث أن الطبيعة الخاصة لهذه العقود لا تجبر المتعاقد على الخضوع للتسوية القضائية وهذا ما تضمنه عقد الفيديو حيث استبعد اللجوء إلى التسوية القضائية أو خضوع الأطراف للمحاكم القضائية التابعة لأي من الدول المتعاقدة، ولا يتأثر كذلك بأي حجج خاصة بالسيادة أو الحصانة القضائية.<sup>(1)</sup> حيث نص في المادة 20 من الشروط العامة على الوسائل البديلة لتسوية النزاع وهي مجلس فض الخلافات، والتسوية الودية، وسنركز في هذا الباب على مجلس فض الخلافات المنصوص عليه في الكتاب الأحمر، وقبل ذلك نتطرق في فصل أول إلى التعريف بعقد الفيديو الذي اعطى الإطار القانوني لهذا المجلس من خلال المواد المنصوص عليها في كتبه، ثم في فصل ثان إلى ماهية مجلس فض الخلافات، وأهم التغيرات التي حدثت فيه والتي مست دور المهندس، ومدى فعاليته في حل المنازعات، ونخصص الفصل الثالث للتوازن المالي في عقد الفيديو

---

<sup>1</sup> انجلاء حسن سيد أحمد خليل، مرجع سابق، ص 254

## الفصل الأول

### ماهية عقد الفيديك

إن التغيرات الاقتصادية التي تمثلت بصورة خاصة في زيادة مساهمة القطاع الخاص في مشروعات التشييد وفي زيادة الاستثمار الأجنبي المباشر وعدم ملائمة الإستراتيجية التقليدية لعقود الإنشاءات للمشروعات التي نجمت عن هذه التغيرات، لذلك ظهرت أساليب جديدة للتعاقد في هذا المجال من بينها أسلوب عقود الفيديك<sup>1</sup>. والتي انتشرت بالمزامنة مع عقود "الهندسة والتعاقد والتشييد" "Engineering, Procurement, Construction" "EPC" الذي يتم وفقه تحميل الأعمال الهندسية كلها لجهة واحدة غالباً ما تكون مقاول تسليم مفتاح المشروع<sup>(2)</sup>،

كما يعتبر المشروع المشترك العقدي من الأشكال التعاقدية في مجال الإنشاء حيث كانت بدايته التقليدية في قطاع البترول ثم اتخذ شكل نقابات البنوك في القطاع المصرفي ثم الكونسورتيوم في قطاع التشييد.<sup>(3)</sup>

وفي هذا الفصل سنعرض عقد الفيديك ، باعتباره الأكثر انتشاراً خاصة في البلدان النامية وبعض البلدان العربية، والتي يحتوي نموده على وسائل فض المنازعات في عقود الإنشاءات الدولية كما أنه من العقود الحديثة مقارنة ببعض العقود سابقة الذكر. وذلك من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاث مباحث نخصص الأول لمفهوم عقد الفيديك، والثاني لعوامل التغيير لأعمال البناء في عقود الفيديك، أما المبحث الثالث فنخصصه لحالات إنهاء عقود الفيديك.

<sup>1</sup>FIDIC هو اختصار لـ La Fédération International Des Ingénieurs – Conseils، الفدرالية الدولية للمهندسين الاستشاريين.

<sup>2</sup>محمد الجلاي، استراتيجيات التعاقد لمشروعات التشييد في سورية. مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الثاني، 2009، ص 79

<sup>3</sup>حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب. دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص

## المبحث الأول: مفهوم عقد الفيديك.

جاءت عقود الفيديك النموذجية لتوحيد القواعد القانونية المنظمة لعقود المقاولات على المستوى الدولي لتحقيق الاستقرار في هذا القطاع المهم. مما يجعل لهذه العقود أهمية خاصة تجعلنا ندرسها في العديد من الجوانب وسنتطرق في هذا المبحث لنشأة هذه العقود وتعريفها وأنواعها. في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نتطرق لكيفية صياغة هذه العقود، ونخصص المطلب الثالث للتمييز بين عقد الفيديك وبين غيره من العقود المتعلقة بمجال البناء.

### المطلب الأول: نشأة عقود الفيديك، تعريفها و أنواعها.

نعني بعقود الفيديك العقود النموذجية التي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين سنعرض في هذا المطلب لنشأة هذه العقود وتعريفها، وأنواعها.

### الفرع الأول : نشأة عقود الفيديك:

عقود الفيديك هي اختصار للإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين La Fédération Internationale Des Ingénieurs - Conseils حيث نأخذ بأول حرف من كل كلمة لتصبح (FIDIC) وقد تعارف الشراح العرب على تعريب اسم الاتحاد فأسموه بـ (الفيديك). وهو يضم جمعيات المهندسين الاستشاريين من جميع أنحاء العالم.<sup>(1)</sup> ويتكون الاتحاد من أكثر من ستة وتسعون جمعية، ويتحدث بلسان حوالي ستمائة ألف من المهندسين الاستشاريين على مستوى العالم.

ويعتبر مطالبة أي جهة في أية دولة للمهندس الاستشاري أو المكتب الاستشاري بإثبات عضويته في الفيديك أمر غير جائز، إنما يمكن مطالبة أي منهما بإثبات عضويته بجمعية المهندسين الاستشاريين للبلد الذي ينتمي إليه وأن تكون هذه الجمعية عضو بالفيديك.<sup>(2)</sup>

وتم تأسيس الفيديك أول مرة عام 1913 بمساهمة 03 جمعيات أوروبية للمهندسين الاستشاريين هي:

<sup>1</sup> محمد الجلالي، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين. مقالة منشورة بتاريخ 10-05-2010 / [www.justice-lawhome.com/vb/showthead.php?t=13767](http://www.justice-lawhome.com/vb/showthead.php?t=13767) تاريخ دخول الموقع سبتمبر 2013

<sup>2</sup> أسامة مصطفى عطوط، النظام القانوني لعقود الفيديك. 07 تاريخ نشر المقالة، نوفمبر 2010، [Aleyarbitration.blogspot.com/2010/11/fidic.html](http://Aleyarbitration.blogspot.com/2010/11/fidic.html) تاريخ دخول الموقع سبتمبر 2013

- 1 جمعية المهندسين الاستشاريين البلجيكية CICB
- 2 جمعية المهندسين الاستشاريين الفرنسيين CICF
- 3 الجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين ASIC

وقد عقد أول مؤتمر للفيديك بمدينة "Ghent" في بلجيكا 1913، وفي عام 1914 تم عقد المؤتمر الثاني للفيديك في مدينة "بيرن" بسويسرا، وفيه تم تعريف المهندس الاستشاري وفقا لرؤية الفيديك بأنه "الشخص الذي يمتلك المعارف العلمية والتقنية والمهنية والخبرة العملية والذي يمارس المهنة باسمه الخاص مستقلا عن أي مؤسسة تجارية أو حكومية لصالح عميله- ويتصرف بجدية تامة- ولا يتلقى أية نقود إلا من عميله أو بإذن منه".<sup>(1)</sup>

وفي هذه النقطة نشير إلى أن أعضاء منظمة الفيديك حاليا 97 دولة، من بينهم 10 دول عربية هم ، الأردن، مصر، لبنان، الكويت، البحرين، المغرب، تونس، فلسطين، السودان، السعودية.<sup>(2)</sup>

ونلاحظ أن الجزائر غير متواجدة ضمن هذه الدول، وربما يعود هذا لعدة أسباب، يحضرنا أهم سبب يتعلق بالموضوع وهو عدم وجود نقابة للمهندسين المدنيين في الجزائر، كما لا يوجد في الجزائر عقد موحد كما هو متعامل به مثلا في الأردن.<sup>(3)</sup>

#### الفرع الثاني: تعريف عقود الفيديك:

تعتبر عقود الفيديك من عقود الإنشاءات الدولية، والتي تستخدم للتخفيف من المخاطر التي يتعرض لها أصحاب العمل والمقاولون والمهندسون أثناء تنفيذ مشاريع البناء عبر الحدود وإيجاد أسس تعاقدية مشتركة ومسبقة تحاول تخطي المشكلات التي تعترض تنفيذ تلك العقود في جميع دول العالم، وتجنب اختلاف القواعد القانونية المطبقة عند وجود طرف أجنبي في العقد. وذلك بعد الرجوع لقواعد القانون المقارن، والاتفاقيات المتعددة الأطراف واستشارة

<sup>1</sup>Fidic.org/about-fidic/fidic-history الموقع الخاص بالنظام القانوني للفيديك.

<sup>2</sup>Fidic.org/members

<sup>3</sup>عقد المقاوله الموحد للمشاريع الإنشائية، موقع وزارة الأشغال العامة والإسكان، دائرة العطاءات الحكومية،  
www.gtd.gov.jo

المهندسين وبعض المنظمات، مثل البنك الدولي ورابطة المحامين الدولية (IBA) وذلك لضمان توافق قواعدها مع معظم النظم القانونية للدول الأوروبية وأغلبية دول العالم، وتماشي شروطها القانونية مع المتطلبات العملية.<sup>1</sup> و تهدف هذه العقود تحقيق الكفاية الذاتية لعقود البناء والتشييد لأنها تتميز بحسن الإعداد والتوزيع العادل للمخاطر، وتسهيل مهمة الأطراف لفهم العقد في المستقبل.<sup>2</sup>

وقد تم اعتماد عقود الفيديك من طرف البنك الدولي والمقرضين الدوليين، لأن هذه العقود تنظم أعمال الهندسة المدنية بصورة أكثر تنوعاً ودقة من عقود المقاولات التقليدية، وتسهل صياغة العقود الدولية نشأ تنفيذ وتورية وتركيب المنشآت الصناعية، وتشبيد المباني وأعمال الهندسة المدنية، ولذلك اعتمد البنك الدولي الشروط العامة الواردة في العقود النموذجية لتكون ضمن مستندات مشروعات البناء التي يمولها البنك في جميع أنحاء العالم وهو نفس الطريق الذي اتبعه العديد من المقرضين الدوليين، وغرفة التجارة الدولية.

#### الفرع الثالث: أنواعها.

أصدر الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين عدة أنواع من العقود النموذجية في مجال البناء والتشييد يطلق عليها اسم قوس قزح الفيديك "The FidicRainbow" نسبة لتعدد ألوان أغلفة كتب هذه النماذج حيث سمي كل عقد بلون الغلاف الذي صدر فيه.

وهذه الألوان تسهل على الأطراف التمييز بين النماذج من العقود لاختيار النموذج المناسب لنوع الأعمال والخدمات التي يتطلبها المشروع.

ويتضمن كل نموذج من عقود الفيديك مجموعة من الشروط العامة المناسبة التي تنظم حقوق والتزامات أطرافه والتي يشترط لتطبيقها أن يوافق عليها أطراف العقد على وجه التحديد.

<sup>1</sup>Götz-SebastianHök, **Comment traduire et comprendre les conditions FIDIC?**. Berlin, p.1, sur le site: [www1.fidic.org/resources/contracts/hoek\\_french\\_feb06.pdf](http://www1.fidic.org/resources/contracts/hoek_french_feb06.pdf)

<sup>2</sup>Michel Nardin, **"A Praticalapproch To The FidicPrinciples"**, PMGIngenieurs-Economistes- Conseils, Lausanne, Switzerland, August 2008, p7



وأهم أنواع عقود الفيديك هي الكتاب الأحمر، والكتاب الأصفر، والكتاب الفضي والكتاب الأخضر وسنبين خصوصية كل كتاب كما يلي:

1/ **الكتاب الأحمر:** يعتبر من أكثر النماذج استخداما في الواقع العملي.<sup>(1)</sup> في سنة 1957 صدرت الطبعة الأولى من نموذج "شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية" واختار الغلاف باللون الأحمر وفي 1969 صدرت الطبعة الثانية في هذا النموذج.

وفي 1977 صدرت الطبعة الثالثة وأضيف إليه جزءا من أعمال التكريك واستصلاح الأراضي وأبقى على الغلاف الأحمر.

وفي 1987م صدرت الطبعة الرابعة من هذا النموذج.

وفي 1996م نشر الفيديك وثيقة ملحقة للطبعة الرابعة تتضمن نظاما جديدا لتسوية المنازعات وكيفية تطبيقه في الكتاب الأحمر.<sup>(2)</sup>

وفي عام 1999 نشر الفيديك مجموعة من العقود النموذجية للإنشاءات منها الكتاب الأحمر.

وهو عقد "مقاولات أعمال لتشييد" أو "عقد مقاولات الهندسة المدنية" والتي يوصي الفيديك استخدامها في أعمال البناء التي يكون فيها التصميم من التزامات رب العمل، وطبقا لهذا النوع من العقود يلتزم المقاول بتنفيذ الأعمال وفقا للتصميم الذي يقدمه رب العمل، وتمت صياغة الكتاب الأحمر الجديد، والخاص بعقود إدارة التشييد على أساس أنه يصلح استخدامه في العقود التي يقوم فيها رب العمل بإعداد التصميمات والمستندات بمعرفته أو بواسطة تابعيه، بغض النظر عن نوعية الأعمال التي يشملها العقد، فيمكن أن يشمل العقد أعمال كهربائية أو ميكانيكية أو غيرها من الأعمال.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>Michel Nardin, Op, Cit, p3

<sup>2</sup>أسامة مصطفى عطوط، مرجع سابق.

<sup>3</sup>عامد الدين كيلاني، "لمحة عن عقود الفيديك". مقالة نشرت في 24 أبريل 2013، الموقع الإلكتروني:

[www.facebook.com/ALKILANILAWFIRM/posts/617929138236035](http://www.facebook.com/ALKILANILAWFIRM/posts/617929138236035)

2/ **الكتاب الأصفر:** يوصى باستخدامه في مشاريع الأعمال الكهروميكانيكية والمشاريع الصناعية، أو في المشاريع التي يوكل فيها إلى المقاول إعداد التصاميم إضافة للتنفيذ. (1)

وفي سبتمبر 2008 نشر الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين الكتاب الذهبي والذي يعد امتداد للكتاب الأصفر، حيث يتضمن شروط تصميم وبناء وتشغيل المشاريع وبعض القواعد الواردة في الكتب الأخرى.

ويركز هذا الكتاب المسؤولية على المقاول في جميع مراحل تنفيذ العقد، كما ينظم المخاطر التي يتحملها كل طرف من أطراف العقد واستخدام فكرة القوة القاهرة بدلا من المخاطر التي لا يمكن التنبؤ بها والتي يتحملها المقاول.

3/ **الكتاب الفضي:** يتضمن الكتاب الفضي للفيديك، شروط عقد المشاريع المتكاملة (هندسة وشراء، وإنشاء وتسليم مفتاح)، وتسمى بعقود مشروعات المفتاح "Contrat clés main" وفيه يتولى المقاول إعداد التصميم والتوريد والإنشاء، وفقا للوصف الدقيق المقدم من صاحب العمل بشأن المشروع والغرض منه، وكذا إجراء الاختبارات عند الانتهاء من المشروع الهندسي، وتسليمه مجهزة تجهيزا كاملا للعمل ويضمن المقاول بمقتضى العقد سلامة المشروع من أية مخاطر في عمليتي التصميم والتنفيذ. ويهدف هذا العقد إلى الحد من إدخال تعديل للأسعار أو مدة التنفيذ (2) ولم يرد فيه دور واضح للمهندس، وهو يشكل تطورا للعقود سألقة الذكر مجتمعه ويلائم مشروعات إنشاء محطات توليد الطاقة، والمنشآت البترولية والبيتروكيمياوية، ومنشآت معالجة المياه (3)، وشبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية، والمطارات، والموانئ البحرية.

4/ **الكتاب الأخضر:** الكتاب الأخضر للفيديك هو نموذج لعقود البناء أو الأعمال الهندسية ذات القيمة المالية الصغيرة نسبيا، أو قصيرة المدة، ويسمى "العقد الموجز" ويقوم المقاول في هذا النوع من العقود ببناء أو الأعمال المدنية والميكانيكية والكهربائية وفقا للتصميم الذي يتم بمعرفة صاحب العمل أو من ينوب عنه -إن وجد- أو المقاول أو بالاشتراك فيما بينهما. (4)

<sup>1</sup> داود خلف، **الشروط العامة لعقود فيديك النموذجية**. الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع التعاونية، 2008، ص 01

<sup>2</sup> محسن شفيق، **عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية)**. دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص 70

<sup>3</sup> عماد الدين كيلاني، مرجع سابق.

<sup>4</sup> محمد ماجد خلوصي وأحمد جمال الدين نصار، **قانون التشريعات وعقود الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين**. دار قابس، بيروت، 2005، ص 11.

وسوف نتناول في دراستنا أحكام الكتاب الأحمر باعتباره الأكثر شيوعاً وتفصيلاً، كما سنتعرض لبعض الأحكام الواردة في الكتب الأخرى، بحسب القواعد الخاصة التي تميزها، وذلك بما يتلاءم مع موضوع البحث.

### المطلب الثاني: كيفية صياغة عقود الفيديك.

سنتناول في هذا المطلب النمط الموحد لصياغة عقود الفيديك ونوضح المشكلات القانونية الناجمة عن لغة عقود الفيديك مع تبين كيفية تأثير اللغة على القانون الواجب التطبيق على عقود الفيديك.

#### الفرع الأول: النمط الموحد لصياغة عقود الفيديك.

صدرت نماذج عقود الفيديك على نمط موحد من حيث الفلسفة القانونية واللغة والصياغة والإخراج الفني وتتضمن هذه النماذج قواعد موحدة عادلة ومتوازنة يمكن أن تتلاءم مع الإدارة المشتركة للمتعاقدين، ويمكن تعديلها جزئياً وفقاً للقانون واجب التطبيق، تؤدي هذه الصياغة إلى تنفيذ كل طرق الالتزامات المنصوص عليها، وتحديد المسؤولية عن المخاطر، وتنفيذ المشروع بسلاسة وبطريقة منضبطة بما يحقق متطلبات صاحب العمل ويحفظ حقوق المفاوض، ولذلك تسعى الأطراف المتعاقدة في البداية تفادي المشكلات في مرحلة صياغة هذه العقود.

#### الفرع الثاني: المشكلات القانونية الناجمة عن لغة عقود الفيديك

- اللغة المعتمدة في عقود الفيديك:

صدرت عقود الفيديك باللغة الانجليزية ويلزم الاعتراف رسمياً بالترجمة المباشرة من هذه اللغة، باعتبارها لغة العقود السائدة والمتميزة في مجال التجارة الدولية.<sup>(1)</sup> لكن لا يمنع من استخدام الأطراف لغة أخرى غير الانجليزية وإذا تمت صياغة بعض نصوص العقد بأكثر من لغة واحدة، فإن اللغة المحددة في ملحق عرض المناقصة تعتبر هي اللغة المعتمدة (Rwlinglanguage) كما يجب تحديد لغة الاتصال والمراسلة بين الأطراف في ملحق عرض المناقصة، فإذا لم يتم تحديدها، تعتمد اللغة التي صيغ بها العقد أو معظمه.

<sup>1</sup>Peter Boswell, "change to the Fidic, Construction Contract General Condition. 1st edition 1999, Fidic", World Trade Centre, Geneva, March 2006, p 11

ونظرا لأهمية اللغة العربية التي اختارها الله لأن تكون لغة أهل الجنة فقد جاء التشريع والقانون الإلهي باللغة العربية << إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ >><sup>(1)</sup> فحرصت مصر مثلا على حماية اللغة العربية حيث تعتبر هي اللغة الرسمية المعترف بها أمام المحاكم والتي يتم بها صياغة العقود مصحوبا بترجمة إلى اللغة الأجنبية، وإذا حدث تعارض بين النسختين فإن النسخة العربية هي التي تسود.

- مشكلة ترجمة عقود الفيديك:

يجب أن تكون اللغة القانونية لعقود الفيديك دقيقة ومفهومة، حيث يوجد خطر كبير من الأخطار الناجمة عن المشاكل اللغوية، وتعد ترجمة عقود الفيديك مهمة صعبة لأنها تتطلب المعرفة بقواعد القانون الانجليزي والنظم القانونية المقارنة

**الفرع الثالث: تأثير صياغة عقود الفيديك على القانون واجب التطبيق.**

استمدت الطبعة الأولى من عقود الفيديك التي نشرت في عام 1957 من النموذج الانجليزي، وتم وضع بعض قواعدها على أساس النظام الإنجلوسكسوني، ولذلك يغلب على شروط وأنماط هذه العقود أفكار ومفاهيم القانون الانجليزي، من حيث الشكل والمضمون ، وهو ما أدى إلى اختلاف بعض قواعدها من القواعد القانونية المطبقة في بعض البلدان التي تأثرت بالقانون المدني الفرنسي مثل الدول العربية ودول إفريقيا الناطقة بالفرنسية.<sup>(2)</sup> ولذا كبدل الاتحاد الدولي للمهندسين المستشارين جهدا في الطبعات اللاحقة لجعلها وثيقة أكثر دولية، وتوافقا مع باقي النظم القانونية الأخرى.

بيد أن عقود الفيديك لا تزال متأثرة بنظام الإنجلوسكسوني بشكل مفرط رغم أن عقود الإنشاءات الدولية لا تتم بالضرورة على أساس القانون الانجليزي، حيث يحق للأطراف اختيار قانون العقد الذي يحقق رغباتهم ويعبر عن مصالحهم المتعارضة، وقد يطبق القانون الوطني عند تفسير هذه العقود مما يؤدي إلى وجود تصادم مع بعض الأفكار القانونية. كما يجد القاضي الوطني نفسه مطالبا بمعرفة ودراسة أنظمة قانونية غير معترف بها في قانونه الوطني.

وتثير عقود الفيديك مشكلات من حيث القانون الواجب التطبيق حيث تعتمد أطرافها اعتمادا كليا عليها وتعتقد أنها لم تعد بحاجة لاستخدام القانون الوطني، لأن عقود الفيديك أصبحت أمرا حقيقيا دوليا، يتقيد به القاضي، وأنه يمكن تفسير

<sup>1</sup> القرآن الكريم، سورة يوسف، الآية 02

<sup>2</sup> عماد الدين كيلاني، مرجع سابق.

العقد المبرم بينهما في حالة وجود نزاع على أساس القانون الانجليزي ولذلك نضمت عقود الفيديك هذه المسألة على أنه (يكون العقد خاضعا لقانون الدولة أو أي سلطة أخرى، على النحو الذي يتم تحديده في ملحق عرض المناقصة)<sup>(1)</sup>

**المطلب الثالث: التمييز بين عقود الفيديك وغيره من العقود المتعلقة بمجال البناء والتشييد.**

إلى جانب عقود الفيديك ظهرت بعض العقود نختار البعض منها لمقارنتها معها كعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، وعقود الكونسورتيوم "Consortium"، وعقود المشروع المشترك. وتختلف هذه العقود فيما بينها، كما تختلف عن عقود الفيديك، وسنبين ذلك فيما يلي:

**الفرع الأول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية - Bot -.**

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، هو عقد تمنح فيه الحكومة لأحد المستثمرين إقامة أحد مشروعات الابنية الأساسية أو المرافق العامة على الأرض التي تحددها الدولة للمستثمر، مع تحمل الأخير كافة نفقات إنشاء المشروع لمدة معينة تحددها الحكومة، وبنهاية هذه المدة يتم نقل ملكية كافة الأصول المنقولة والثابتة إلى الدولة، وتسليمها المشروع بحالة جيدة دون مقابل وخاليا من أية أعباء، أو مقابل يتم الاتفاق عليه مسبقا.

وتعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) من أهم العقود الاستثمارية التي تلجأ إليها الدول لإنشاء المشاريع الإستراتيجية ودعم وتمويل مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة للدولة دون أن تتحمل ميزاتها أية أعباء مالية وازدادت أهمية هذه العقود بعد زيادة الأعباء المالية على الدول، وعدم قدرتها على تمويل بعض مشروعات البنية الأساسية.<sup>(2)</sup>، فالدولة تبرم هذا العقد مع أحد أشخاص القانون الخاص، وتمنح له الفرصة للاستثمار، مما يجنبها مغبة الاقتراض من الخارج، ويحافظ على ما هو موجود عليها من أرصدة أجنبية، ويعد الطريقة المثلى والحل الناجح لما تعانيه اقتصاديات الدول النامية من صعوبات وعقبات، وتختلف عقود الفيديك من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من حيث أطراف العقد، فعقد الفيديك يتم غالبا بين أشخاص القانون الخاص وهم: صاحب العمل والمقاول، أما عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فيتم بين الدولة وإحدى الشركات التي تتولى إنشاء المشروع وتشغيله.

<sup>1</sup> الشروط العامة لعقود الإنشاءات، فيديك 1999، الكتاب الأحمر. المادة [الفقرة 4

<sup>2</sup> وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 15.

ويتحمل صاحب العمل في عقود الفيديك تكلفة البناء والتشييد، بينما يتحمل المستثمر في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية نفقات إنشاء المشروع وتشغيله، كما تصلح عقود الفيديك للمشروعات العامة والخاصة، بينما تقتصر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على المشروعات العامة فقط.

#### الفرع الثاني: عقود الكونسورتيوم

عقود الكونسورتيوم "Consortium" هو اتفاق يبرمه صاحب العمل مع عدة مستثمرين أصليين وسلسلة من الشركاء، يتخصص كل منهما في نوع معين من مراحل عمليات الإنشاء، ويوجد بين هؤلاء المشيدين نوع من التعاون، إلا أنه لا ينشأ عنه تكوين شركة لها الشخصية المعنوية بين المشيدين، ويقدم أعضاء الكونسورتيوم نوعاً من التضامن الإتفاقي لصاحب العمل.<sup>(1)</sup>، حيث يتحمل الأعضاء المسؤولية عن المخاطر الناجمة عن تنفيذ العقد، ويحدد هؤلاء الأعضاء في اتفاق خاص فيما بين أعضاء المجموعة في مواجهة صاحب العمل.

ويقوم صاحب العمل بتحديد قائمة بالمتطلبات اللازمة لإقامة المشروع وأهدافه، ويقدم العديد من المقاولين أفكاراً مختلفة حول كيفية تحقيق هذه الأهداف، ويختار صاحب العمل الأفكار التي يفضلها ويتعاقد مع مجموعة من المقاولين، يتم البدء في بناء المرحلة الأولى من المشروع. ويقومون بتصميم المرحلة والثانية، وهم يتبنون المرحلة الأولى وهذا يعبر على النقيض من معظم عقود الفيديك، حيث يتم تصميم المشروع بالكامل من قبل صاحب العمل، ويعرض على المقاول لتنفيذ.

<sup>1</sup>GLavinis, OP, Cit, p 438

## الفرع الثالث: عقود المشروع المشترك.

عقد المشروع المشترك هو اتفاق ينشأ بمقتضاه منشأة ذات شخصية قانونية محددة<sup>(1)</sup>. بانضمام شريكين أو أكثر بغرض تنفيذ مشروع معين كبناء مجمع سكني، وتحقيق الربح مع تقاسم الأطراف للأرباح والمخاطر والخسائر وبما يتناسب مع استثمارات كل منهم في رأسمال مشروع المشترك، أو بنسب متفق عليها وينتهي هذا الإئتلاف عندما يتم انجاز المشروع.

وتشكيل مشروع مشترك هو وسيلة جيدة لشركات الدولية والمحلية للدخول في شراكة دون حاجة إلى دمج<sup>(2)</sup>. وانتشرت المشاريع المشتركة في عالم الاستثمارات البديلة منذ عام 2007، وذلك بهدف الحد من المخاطر التي تتعرض لها بعض الشركات، وزيادة المزايا التنافسية في السوق.

<sup>1</sup>صلاح الدين عامر، المشروع الدولي العام، دراسة تحليلية تأصيلية. دار الفكر العربي، مصر، 1978، ص 207.

<sup>2</sup>مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 51.

## المبحث الثاني: عوامل التغيير لأعمال البناء في عقود الفيديك.

في هذا المبحث سنتطرق للأوامر التي تنظمها عقود الفيديك تعريفها وأنواعها ولمن ترجع الأحقية لإصدارها في ظل عقد الفيديك.

### المطلب الأول: مفهوم أوامر التغيير لأعمال البناء.

عرفت عقود الفيديك عوامل التغيير بأنها " أي تغيير في الأعمال يتم إصدار التعليمات به والموافقة عليه كتغيير"<sup>(1)</sup> . وهناك من عرف أوامر التغيير على أنها " سلطة يمارسها المهندس في عقود المقاولات، بموجبها يطلب من المقاول إجراء تعديلات أو إضافات على العمل، ولا تكون هذه التغييرات منصوص عليها في العقد الأصلي، ويعد بمثابة اتفاق ملحق بالعقد الأصلي، ويهدف لتحقيق مصلحة المشروع"<sup>(2)</sup>.

والهدف من أوامر التغيير هو جذب الحاجة إلى إبرام عقد جديد، وتجنب إلغاء العقد الأصلي كلما ظهرت تغييرات أثناء تنفيذه، ولا تثار مشكلات من الناحية النظرية إلا إذا كانت معايير التصميم واضحة، وتسمح عقود المقاوله لصاحب العمل أو المهندس بإجراء تغييرات لأعمال البناء أثناء تنفيذ المشروع<sup>(3)</sup>.

نجد في نصوص عقد الفيديك أن المهندس هو من يملك إصدار أوامر التغيير ولأن هذه الفكرة تتعارض مع فكرة مبدأ نسبية آثار العقد حيث لا يجوز تعديل العقد الا من أطرافه. وبذلك لا صلاحية للمهندس ان يصدر أي أوامر لأنه ليس طرف في العقد.

وربما لهذا السبب لا نجد أوامر تغيير العقد في القانون المدني الجزائري حيث نص على عقد المقاوله دون الاشارة لدور المهندس الاستشاري.

<sup>1</sup>أنظر المادة ( 1/فقرة 9.6.1) من كتاب الفيديك الاحمر

<sup>2</sup>نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقود المقاوله- دراسة في عقد الفيديك النموذجي ، الكتاب الأحمر-، المؤتمر الثامن عشر حول عقود التشييد والبناء بين القواعد القانونية التقليدية، والنظم القانونية المستحدثة، كلية القانون، جامعة الإمارات، أبريل، 2010، ص 275.

<sup>3</sup>الشروط العامة لعقد تجهيزات آلية وتصميم وتنفيذ عقد الفيديك، فيديك 1999، الكتاب الأصفر، المادة ( 13/فقرة 1).



### المطلب الثاني: أنواع أوامر التغيير لأعمال البناء.

تتعلق أوامر التغيير بإحداث تعديلات في أعمال البناء من حيث التصميم والجودة أو في المواد المستخدمة في المشروع، سواء بالإضافة أو الحذف أو التغيير أو استبدال المواد وكميتها ومواصفاتها. وقد تغير من التزامات صاحب العمل أو القيود التي يضعها على دخول الموقع أو استخدام جزء من الموقع، وطريقة العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تأخير التنفيذ حتى لا يعتبر في حالة الإخلال بالعقد.

ويمكن تقسيم أوامر التغيير إلى قسمين أحدهما نافع والآخر ضار كالتالي:

**أولاً:** أوامر التغيير النافعة: يقصد بها الأوامر التي تصدر من المهندس بقصد تسريع انجاز العمل أو تخفيض التكلفة، واستبعاد التكاليف الغير ضرورية، أو التحسين من نوعية العمل<sup>(1)</sup>.

**ثانياً:** أوامر التغيير الضارة: وهي الأوامر التي تؤثر سلباً على المشروع وتؤدي إلى زيادة تكلفة أو تأخر في تسليمه أو تقلل من جودته، كأن يصدر أمر تغيير باستخدام مواد أقل سعراً وجودة بسبب تدهور الحالة المالية لصاحب العمل، مما يؤثر سلباً على جودة العمل والغاية المنشودة منه.

### المطلب الثالث: أسباب اوامر التغيير لاعمال البناء وشروط اصدارها.

سنقسم هذا المطلب الى فرعين الاول نخصه لاسباب اوامر التغيير والفرع الثاني لشروط اصدارها

#### الفرع الأول : أسباب أوامر التغيير لأعمال البناء.

تتعدد أسباب وأوامر التغيير لكثرة العوامل التي تغير من واقع المشروع عند تنفيذه عما هو مخطط له، ونوجز هذه الأسباب في مايلي:

1 . أوامر تغيير ترجع إلى القوة القاهرة والصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي لا يمكن مواجهتها الا باللجوء لهذه الأوامر والتي تعطي مرونة ايجابية لتنفيذ أعمال البناء بجودة عالية.

<sup>1</sup>الكتاب الأصفر، مرجع سابق، المادة ( 13/فقرة 2).

2 . أوامر تغيير التي تتعلق بأخطاء التصميم، حيث من مسؤولية المهندس إعداد التصميمات التنفيذية التفصيلية لعناصر المشروع وحساب الكميات و إعداد التصميمات التنفيذية التفصيلية لعناصر المشروع وحساب الكميات و إعداد المواصفات الفنية والحسابية<sup>(1)</sup> لصالح صاحب العمل أو المقاول، وإذا كانت تحتاج هذه التصاميم الى تنسيق أكثر فمن خلال أوامر التغيير يتم تعديلها لتلائم مع الظروف حيث أن صحة المبنى من صحة تصميمه وسلامة تنفيذه<sup>(2)</sup>.

3 . أوامر تغيير تتعلق صاحب العمل، حيث يكون قليل الخبرة فيصدر تعليمات متناقضة رغبة منه مثلا في تسريع انجاز العمل.

4 . أوامر تغيير تتعلق بأعمال الهندسة المدنية، مثل رغبة العميل في ادخال تقنيات هندسية حديثة في المشروع، أو تقليل المخاطر.

5 . أوامر تغيير تتعلق بعقد الفيديك من حيث طول مدة التنفيذ، حيث يحتاج تنفيذ عقود الفيديك الى فترة زمنية طويلة قد تتغير فيها ظروف التي تحيط بالعقد وقت إبرامه عن الظروف التي تستجد أثناء تنفيذه، إما يتطلب إجراء تعديلات حتى تتلائم مع هذه الظروف والمستجدات، وقد تكون هذه التغييرات نافعة للمقاول كما لو انخفضت العملة والمواد.

#### الفرع الثاني: شروط إصدار أوامر التغيير لأعمال البناء.

لإصدار أوامر التغيير تشترط عقود الفيديك شروط شكلية وشروط موضوعية نلخصها في مايلي:

##### 1-الشروط الشكلية:

1- في الشروط الشكلية يشترط عقد الفيديك أن يصدر المهندس أو مساعده المفوض الى المقاول أوامر بتغيير في صورة خطية كلما كان ذلك ممكن.

<sup>1</sup>محمد ماجد عباس خلوصي، أصول التحكم في المنازعات الهندسية والمسابقات المعمارية. الطبعة الثالثة ، دار الكتب، مصر، 1996، ص 155.

<sup>2</sup>محمد ماجد خلوصي، شموع في طريق حل مشكلة الإسكان. الطبعة الاولى، مطبعة النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1991، ص 307.

ولفظ خطي أو كتابة تعني التحرير بخط اليد أو الآلة الكاتبة أو المطبعة أو الطابعة الالكترونية بحيث تشكل سجل دائماً (1).

ويتضح من ذلك أن عقود الفيديك بين حجية المحررات التقليدية والمحررات الالكترونية في الإثبات طالما أن الأخيرة تتصف بصفة الدوام.

أما إذا قام المهندس أو مساعده المفوض بإصدار أمر شفوي، وتسلم إثباتا خطيا من المقاول بخصوص الأمر الشفوي خلال يومي عمل من تاريخ صدوره ولم يعترض المهندس عليه أو يصدر تعليمات بشأنه خلال يومي عمل من تسلمه إشعار المقاول فعندئذ يعتبر تثبيت المقاول لمثل هذا الأمر الشفوي وكأنه أمر خطي صادر عن المهندس حسب واقع الحال (2).

2- إخطار المقاول بأوامر التغيير، ويؤدي عدم الإخطار بها إلى عدم التزام المقاول بتنفيذها وله أن يحتفظ عليها.

#### 2- الشروط الموضوعية:

1- ومنها وجوب وجود شرط في العقد يمنح المهندس صلاحية اصدار أوامر التغيير، وتنظم عقود الفيديك هذه الصلاحية للمهندس .

2- كما يجب أن تكون أوامر التغيير ضرورية رغم أن عقد الفيديك لم ينص على هذه الشروط بل اكتفى بالنص على أن للمهندس الصلاحيات المنصوص عليها صراحة أو ضمنا في العقد وأن يجب عليه الحصول على موافقة صاحب العمل عند ممارستها لبعض الصلاحيات التي ينص عليها في الشروط الخاصة للعقد (3).

3- كما يجب أن تتضمن أوامر التغيير أعمال إضافية لم ينص عليها في العقد الأصلي ولا يعتبر عملا إضافيا الزيادة الحاصلة في الكميات الفعلية للأعمال التي يتم تنفيذها وفقا للتصميمات، ولا يحتاج تنفيذها إلى إصدار أوامر تغيير.

<sup>1</sup> الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة ( 1 فقرة 2 ).

<sup>2</sup> الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة (3فقرة 3).

<sup>3</sup> نفس مرجع ، المادة (3/ف1).

4- كما يجب أن تصدر أوامر التغيير أثناء الأعمال<sup>(1)</sup> وليس بعد إتمامها، لأنه في هذه الحالة لا يجوز مطالبة المتعاقد بزيادة أحد التزاماته أو انتقاصها، لأنه بذلك يكون العقد قد انتهى ورتب آثاره في مواجهة أطرافه.

#### المطلب الرابع: صاحب الحق في إصدار اوامر التغيير لأعمال البناء.

تصدر أوامر التغيير من شخص له صلاحية في إجراء التغيير، وتختلف حالات إصدار أوامر التغيير، فقد تصدر بناء على مبادرة من المهندس أو بناء على طلب صاحب العمل أو اقتراح من المقاول، وذلك كما يلي:

**الفرع الأول:** صدور أوامر التغيير في أعمال البناء بمبادرة من المهندس: تنص الشروط العامة لعقود الفيديك على أنه على صاحب العمل تعيين مهندس ليقوم بالواجبات المحددة له أو التي يقتضيها العقد، فهو المحور الرئيس لتنفيذ عقد المقاول، ولذلك يتوجب على المالك أو صاحب المشروع أن يحسن اختيار المهندس لأن الخطأ هنا يؤدي إلى بداية المشاكل.<sup>(2)</sup>

وهنا يجوز للمهندس إصدار كافة التعليمات أو التعديلات إلى المقاول متى كانت لازمة لأعمال التشييد والبناء والمهندس في عقود الفيديك هو الشخص الذي يعين صاحب العمل للقيام بمهام المهندس لأغراض هذا العقد والمسمى في ملحق عرض المناقصة بهذه الصفة، أو أي شخص آخر يقوم صاحب العمل بتعيينه كبديل للمهندس من وقت لآخر ويبلغ المقاول عن ذلك التعيين.<sup>(3)</sup>

ويلاحظ مما سبق أن عقود الفيديك وضعت تعريفا عاما للمهندس دون تحديد أكان مهندسا مدنيا أو استشاريا أو معماريا أو ميكانيكيا، ويعتبر المهندس ممثلا لصاحب العمل في الإشراف على أعمال البناء والتأكد من تنفيذ المقاول لأعماله بشكل يحقق شروط العقد، وبمجرد التوقيع على عقد الفيديك بين صاحب العمل والمقاول يصبح للمهندس السلطة الكاملة لاتخاذ ما يراه مناسبا من قرارات بصفته ممثلا لصاحب العمل، أو كضبه محكم في حالة

<sup>1</sup> عادل عزت السنجلقي، مرجع سابق، ص 22.

<sup>2</sup> محمد ماجد خلوصي، نبيل محمد عباس، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية. دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 10

<sup>3</sup> الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة ( 1 فقرة 1، 2، 4).

حدث منازعة بين صاحب العمل والمقاول، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل كأحد طرق حل النزاع في عقد الفيديك في الباب الثاني من هذا المبحث.

ويتم تحديد سلطات المهندس بموجب الشروط العامة والخاصة في عقود الفيديك، كما توجد بعض الصلاحيات الممنوحة له دون أن ينص عليها في العقد، نظرا لأنها ضرورية وناجئة عن العقد ومرتبطة به<sup>(1)</sup>، ويمنح صاحب العمل صلاحية للمهندس في إصدار أوامر التغيير، ويمكنه أن يقيد ويوسع منها، أو يحرمه منها ويحتفظ بها لنفسه، وذلك ضمن الشروط الخاصة لعقد الفيديك.

ويجب الاتفاق على أوامر التغيير ضمن شروط العقد، وذلك لتجنب الخلاف الذي يمكن أن ينشأ بسبب قيام المقاول بتنفيذ أوامر التغيير التي يطلبها المهندس ثم يرفض صاحب العمل دفع المبالغ الإضافية التي يتكبدها المقاول أثناء تنفيذها.

كما تتضمن أوامر التغيير الصادرة من المهندس زيادة أو إنقاص كمية أعمال البناء التي يشملها العقد، أو حذف أي عمل كما يمكن طلب تعديل طبيعة أو جودة أو نوعية أي عمل.<sup>(2)</sup>

كما يحق للمهندس تفويض مساعديه في إصدار أوامر التغيير للقيام بجزء من الصلاحيات المخولة له بمقتضى العقد وتعد القرارات والأعمال الصادرة من المساعدين وكأنها صادرة من المهندس متى تمت في حدود التفويض، كما يجب أن يكون التفويض مكتوبا وأن يسلم أطراف العقد نسخة من هذا التفويض. وصلاحية التفويض هذه محدودة ليست مطلقة حيث لا يجوز للمهندس أن يفوض صلاحياته في إعداد التقديرات المتعلقة بأعمال البناء، مثل تقدير المبالغ المستحقة للمقاول في ذمة صاحب العمل، أو تقدير الوقت اللازم لإصلاح العيوب التي تظهر في أعمال البناء.<sup>(3)</sup>

و إذا اقتصر دور المهندس على التصميم دون الرقابة على التنفيذ، فإن المسؤولية تكون منحصرة في كل ما يتعلق بهذا التصميم ولا يسأل عن العيوب التي تتعلق بطريقة التنفيذ.

<sup>1</sup>الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة ( 3 فقرة 1).

<sup>2</sup>الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة ( 13 فقرة 1).

<sup>3</sup>Michel Nardin, Op, Cit, p09

أما إذا قام مهندس مدني بالإشراف على التنفيذ، يكون مسئولاً عن الإشراف على تنفيذ هذه الأعمال<sup>(1)</sup> ويتحمل المهندس المشرف على التنفيذ نسبة من الخطأ في تنفيذ أوامر التغيير عن المواد المستخدمة في البناء، حتى ولو لم يكن هذا الذي وضع التصميم.

وينبغي أن لا تؤدي أوامر التغيير إلى جعل تنفيذ المقاول لالتزاماته مرهقا. لذلك يجب على المهندس جعل أوامر التغيير في إطار العقد والحد المعقول، والفترة الزمنية اللازمة، وذلك أثناء تواجد المقاول بالموقع وقبل نقل معداته منه.<sup>(2)</sup>

ولكن تجدر الإشارة إلى أن الشروط العامة لعقود الفيديك تخلو من تنظيم الضمان العشري والتي تقتضي بأن يتحمل المهندس والمقاول عبء الضمان العشري عن عيوب أو تهمد البناء، وتكون المسؤولية بالتضامن فيما بينهم لمدة عشر سنوات من تاريخ تسليم المشروع.

وإذا تطرقنا للمشرع الفرنسي نجده وسع من نطاق الضمان العشري ليشمل كل من يرتبط مع المالك بعقد مقالوة أو بيع أو توريد أو اشتراك في عملية البناء، سواء كان المهندس من قام بأعمال الاستشاري أو التصميم أو الانشاء أو التنفيذ أو المقاول و المكاتب الاستشارية والفنية.<sup>(3)</sup>

غير ان المشرع الجزائري في المادة 554 من القانون المدني لم يذكر سوى المهندس المعماري ولم يتطرق لباقي الفنيين كما جاء في القانون الفرنسي.

حيث تنص المادة 554 على ما يلي: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب ويترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

<sup>1</sup>Michel Nardin, Op, Cit, p09

<sup>2</sup>مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 129

<sup>3</sup>عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -العقود الواردة على العمل والمقالوة-الوديعة والحراسة- الجزء السابع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 137

وتبدأ مدة السنوات العشر (10) من وقت تسلم العمل نهائياً.

ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

#### الفرع الثاني: صدور أوامر التغيير لأعمال البناء من صاحب العمل.

ترتبط أوامر التغيير لأعمال البناء بوجود عقد مقابلة بين صاحب العمل والمقاول الذي يقوم بتنفيذ أعمال البناء والتشييد بتوجيه من مهندس استشاري، وأصبحت عقود الفيديك طبعها الرابعة سنة 1999 تحيز لصاحب العمل اصدار أوامر التغيير لأعمال البناء بشروط معينة بعد أن كان هذا الحق مقرراً للمهندس وحده.<sup>(1)</sup>

وصاحب العمل هو صاحب المشروع أو مالك المشروع، ويستوي أن يكون شخصاً طبيعياً كما أن يكون شخصاً معنوياً. تعتبر أوامر التغيير وسيلة قانونية تمكن صاحب العمل من تعديل أعمال البناء أثناء تنفيذ العمل ويجب مرورها أولاً على المهندس المختص قبل توجيهها إلى المقاول.

وقد ينتج على أوامر صاحب العمل زيادة في مدة وتكلفة التصميم لأنها تعتبر مشروع جديد يتطلب المرور من جديد على كل مراحل التصميم مرة أخرى.

ولذلك يحق لصاحب العمل الحصول على معلومات دقيقة من المقاول كما يحق له بمجرد توقيع عقد الفيديك مع المقاول لنسخ واستخدام وثائق المقاول.

وإذا ظهرت عيوب<sup>(2)</sup> عند تنفيذ أوامر التغيير أو أي جزء منها يجوز لصاحب العمل إخطار المقاول بهذه العيوب.

كما يحق له استبدال المهندس المعين من قبله، إلا أنه يستوجب عليه إعلام المقاول بذلك قبل 42 يوم من تاريخ الاستبدال باسم المهندس البديل وكل المعلومات المتعلقة به.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>مصطفى عبد المحسن الحبشي، نفس المرجع، ص 172

<sup>2</sup>الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة (1/فقرة 6، 1، 1)

<sup>3</sup>الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (3/فقرة 4)

وفي المقابل يلتزم صاحب العمل بالحصول على التراخيص اللازمة لأوامر التغيير، وتمكين المقاول من الدخول للموقع.

وتدور جميع نماذج عقود الفيديك في جوهرها حول توزيع مخاطر بين طرفي العقد هما صاحب العمل و المقاول، فيكون صاحب العمل مسئولاً عن المعلومات غير الدقيقة بشأن متطلباته. (1) من العمل ويترتب على قيام مسؤولية صاحب العمل التزامه بدفع التعويض.

ولكن التساؤل الذي يثار في هذه النقطة هو أن عقد الفيديك نص في شروطه في المادة 17 على المسؤولية المدنية بداية بالتعويض ثم يذهب إلى النص على المخاطر والمفروض كان النص يبدأ بالمخاطر ثم التعويض، كما أنه من المفترض أن تبين هذه المادة أن هذه المخاطر ما هي إلا أمثلة قد يتعرض لها صاحب العمل، كما أنه يمكن أن نتوقع قيام المسؤولية المدنية لأسباب غير التي تم الوقوف عندها في هذه المادة، لذلك كان من الأجدر تغيير في محتوى هذه المادة

و المتمعن في المادة 17 فقرة 03، يجد أن المخاطر لا تعدو أن تكون خليط من المخاطر التي تقع خارج سيطرة كل من المقاول وصاحب العمل. (2)

### الفرع الثالث: اقتراح المقاول لأوامر التغيير في أعمال البناء.

عرفت الشروط العامة لعقود الفيديك المقاول بأنه " الشخص المسمى في كتاب عرض المناقصة الذي وافق عليه صاحب العمل، ويشمل أيضا الخلفاء القانونيين للمقاول مثل مستخدمي المقاول". (3)

ويختلف عمل المقاول عن عمل المهندس في أن عمل الثاني هو عمل ذهني أو فكري بينما عمل المقاول ذو طابع مادي يتمثل في تنفيذ أعمال البناء، وتحويل الرسومات الهندسية بمواصفاتها الفنية إلى واقع ملموس.

<sup>1</sup> الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (3 فقرة 1، 1، 1)

<sup>2</sup> الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (17-19)

<sup>3</sup> الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (1 فقرة 1، 2، 3)



أما عن مستخدمي المقاول فهم المقاول من الباطن، وممثل المقاول، والعمال الذين يستخدمهم المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن في موقع التنفيذ، والأشخاص الذين يساعدون المقاول في تنفيذ الأعمال.

فأما المقاول من الباطن فهو من يعرف بالمقاول الفرعي، وهم جميع الأخصائيين والتجار والحرفيين، وغيرهم ممن يقومون بتنفيذ أي عمل أو توريد أي بضائع أو مواد أو خدمات في العقد وهم الذي تم تعيينهم من طرف صاحب العمل أو المهندس أو المقاول والذين ينبغي للمقاول التعاقد معهم.<sup>(1)</sup>

ويلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن بكافة الالتزامات صاحب العمل، ويبقى المقاول الأصلي ملتزم نحو صاحب العمل بالالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي وليس من عقد المقاولة من الباطن.

والأصل أن يتولى المقاول الأصلي تنفيذ العمل كله ومنها أوامر التغيير، وهذا لا يمنع من الاستعانة بمقاول من الباطن ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي، ويظل المقاول الأصلي مسئولاً عن أوامر التغيير التي يقوم بها المقاول من الباطن في مواجهة صاحب العمل.<sup>(2)</sup> و يجب على المقاول الأصلي الحصول على موافقة صاحب العمل والمهندس مسبقاً بشأن المقاولين من لباطن الذين يرغب في الاستعانة بهم.

أما ممثل المقاول فهو الشخص الذي يعينه المقاول لتمثيله في العقد أو من يعينه من وقت لآخر ليكون نائباً عنه في تنفيذ العقد.<sup>(3)</sup> ويجب أن يكون ممثل المقاول متفرغاً بصورة كاملة لمتابعة تنفيذ أعمال المقاول وإذا غاب هذا الممثل مؤقتاً يجب إخطار المهندس بذلك ويتعين على المقاول تسمية بديلاً له بعد موافقة المهندس.

ومن إجراءات اقتراح أوامر التغيير أن يقوم المقاول باقتراح الأوامر على المهندس كما قد يطلب المهندس من تلقاء نفسه اقتراح المقاول قبل أن يصدر هو الأمر بالتغيير ويعتبر اقتراح المقاول غير ملزم للمهندس، لأن المهندس هو من له السلطة في الإصدار، فله أن يوافق عليه أو يعدله أو يرفضه، وإذا صمم المقاول على الأمر بالتغيير يتحمل وحده المسؤولية عن تنفيذه.

<sup>1</sup> محمد ماجد عباس خلوص، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية والمسابقات المعماري. مرجع سابق، ص 453

<sup>2</sup> عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة. رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص30

<sup>3</sup> الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة (4/فقرة 3)

وإذا طلب المهندس من المقاول اقتراحاً بأمر تغيير عمل البناء، يجب على المقاول التلبية فوراً وذلك كتابة، إما بعدم قدرته على الامتثال للطلب أو يقدم وصف للأعمال التي يراها مناسبة كما يجب على المهندس الرد على المقاول كتابة بالرفض أو قبول الإقتراح.

ويطلب المقاول مقابلاً معيناً لتنفيذ أوامر التغيير لأنه في النهاية يهدف للربح، وفي المقابل يلتزم بتنفيذها وفقاً للمخططات وتعليمات المهندس، وأن يقوم بتسليمها في مدة الانجاز المتفق عليها في العقد. (1)

كما يعتبر المقاول مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن حوادث وإصابات العمال سواء الذين يعملون لديه أو لدى المقاول من الباطن، ولا يسأل عنها صاحب العمل إلا إذا كانت حالة الوفاة أو الإصابة ناتجة عن تقصير من جانبه.

<sup>1</sup> الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (8/فقرة 2)

### المبحث الثالث: إنهاء عقود الفيديك.

حددت عقود الفيديك الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل إنهاء العقد، وحالات أخرى يجوز فيها للمقاول إنهاء العقد كما يلي.

#### المطلب الأول: إنهاء عقود الفيديك من صاحب العمل

يجوز لصاحب العمل إنهاء عقود الفيديك في حالات معينة، وفي حالة امتناع المقاول عن تنفيذ أوامر التغيير توجد عدة خيارات أمام صاحب العمل منها إنهاء العقد ويترتب على ذلك عدة آثار.

ووفقا للشروط العامة في عقود الفيديك يحق لصاحب العمل إنهاء العقد،<sup>(1)</sup> إذا أخفق المقاول في تقديم ضمان الأداء، أو تخليه عن تنفيذ الأعمال، أو تبين أنه لا ينوي الاستمرار في تنفيذ التزاماته بموجب العقد أو اخفق بدون عذر معقول في مواصلة العمل، أو القيام بالإصلاحات أو عهد المقاول بأعمال البناء كلها لمقاول فرعي، أو تنازل عن العقد دون الحصول على الموافقة المطلوبة أو تم شهر إفلاس المقاول أو إفساره، أو تعرض لتصفية أمواله، أو أجرى تسوية من دائنيه أو وافق على الاستمرار في العمل تحت إشراف حارس قضائي أو مصفٍّ لمصلحة دائنية، أو قدم المقاول بصورة مباشرة أو غير مباشرة رشوة أو هدية أو منحة أو عمولة أو هبة مالية كمكافأة مقابل أن يعمل أو يمتنع عن عمل أي تصرف يتعلق بالعقد. و يحق لصاحب العمل في أي وقت إنهاء العقد وفقا لما يخدم مصلحته وهذا يتطلب منه إخطارا بذلك إلى المقاول.

وفي القانون المدني الجزائري نص المشرع على أن "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل".<sup>(2)</sup>

وبالتالي يتفق القانون المدني الجزائري مع شروط عقد فيديك في أن لرب العمل الحرية بإنهاء العقد وقت ما يريد وذلك بإرادته المنفردة بشرط التعويض.

<sup>1</sup> الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة (15/فقرة 2)

<sup>2</sup> المادة رقم 566 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

كما أن عقود الفيديك أقرت بإنهاء العقد في حالات إخفاق المقاول في تقديم ضمان الأداء أو إذا تبين أنه لا ينوى الاستمرار في تنفيذ التزاماته، وفي هذه الحالة يستحيل تنفيذ العقد وقد نص المشرع الجزائري على نفس الأسباب دون تفصيل، حيث نصت المادة 567 على أن العقد ينقضي باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، ولكن تختلف أحكام عقود الفيديك عن القانون المدني الجزائري في بعض حالات إنهاء العقد في أمثلة كثيرة نذكر منها: إنهاء العقد بوفاء المقاول: حيث نص على هذه الحالة القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>، بينما عقود الفيديك لم تنص على ذلك.

وفي مثال آخر نصت عقود الفيديك على إنهاء العقد في حالة إفلاس المقاول أو إعساره أو تعرضه لتصفية أمواله، التي تم ذكرها سابقا، بينما القانون المدني الجزائري لم ينص على هذه الحالات في إنهاء عقد المقاول.

كذلك نجد في مثال آخر اختلاف بين عقود الفيديك والقانون المدني الجزائري، حيث تنتهي عقود الفيديك إذا عهد المقاول الأصلي بأعمال بناء بكاملها لمقاول فرعي، حيث لا يجوز للمقاول الأصلي إسناد كافة أعماله إلى مقاول من الباطن أو مقاول فرعي وإنما جزء من هذا الأعمال وفي حالة مخالفة ذلك يجوز طلب إنهاء العقد<sup>(2)</sup> وهذا يخالف ما جاء في القانون المدني الجزائري حيث نص في مادته 564 فقرة 1 على أنه "يجوز لمقاول أو يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعته العمل تقتض الإعتداع على كفاءته الشخصية".

#### المطلب الثاني: إنهاء عقود الفيديك من قبل المقاول.

حددت عقود الفيديك عدة حالات يجوز فيها للمقاول إنهاء العقد نذكر منها ما يلي:

- 1- إذا لم يتلق المقاول إثباتا معقولاً خلال 42 يوما من بعد تاريخ إرساله الإشعار إلى صاحب العمل بخصوص إخلال هذا الأخير بأداء التزاماته بموجب العقد.
- 2- إذا لم يتسلم المقاول الأجر الذي تم الاتفاق عليه بموجب شهادة دفع مرحلية خلال 42 يوم من إنهاء المهلة التي يتعين على صاحب العمل الدفع خلالها.

<sup>1</sup> القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، المادة رقم 569

<sup>2</sup> الكتاب الأحمر، مرجع سابق، (م15/فقرة 2)

3- إذا حدث تعليق مطول للعمل يؤثر على تنفيذ البناء والتشييد بأكمله لمدة تتجاوز 84 يوما وطلب المقاول من المهندس التصريح باستئناف العمل ولم يصرح له بذلك خلال 28 يوم من تاريخ الإخطار.

4- يجوز للمقاول إنهاء عقد الفيديك إذا تبين أن صاحب العمل قد أصبح مفلسا أو معسرا أو وقع تحت التصفية أو أنه أجرى تسوية مالية لديونه مع دائنيه.<sup>(1)</sup>

وفي أي من هذه الحالات، يمكن للمقاول بعد إشعار صاحب العمل خطيا بمهلة 14 يوما، أن ينهي العقد، إلا أنه يمكن للمقاول أن ينهي العقد فورا إذا حصلت أي من الحالتين 3 و4 أعلاه، كما أن إختيار المقاول لإنهاء العقد يجب أن لا يجحف بأية حقوق أخرى تتحقق له بموجب العقد أو لغير ذلك من أسباب.

ولكن ما يؤخذ على هذه المادة هو الإنهاء الفوري للعقد في الحالتين 3 و 4 التي تم ذكرهما، حيث أنه يمكن أن نتصور الإنهاء الفوري في الحالة رقم 3 والتي مفادها التعليق المطول للعمل لأكثر من 84 يوما، خاصة إذا كان المشروع في هذه الفترة يخسر من قيمته، وكل يوم تأخير يؤدي الى خسارة بالنسبة لصاحب العمل.

أما الحالة رقم 4 والتي مفادها الإنهاء الفوري للعقد في حالة الإفلاس، والإعسار، أو التصفية، فإننا نرى لو كان من الأفضل التفرقة بين الإفلاس والإعسار، وإعطاء مهلة للمقاول خاصة في حالة الإعسار، لأن هذه الحالة يمكن تفاديها من طرف المقاول بالعديد من الطرق، وبذلك يكسب صاحب العمل الوقت والمال للبحث عن مقاول آخر للمشروع، وفرصة للمقاول ليتدارك الأمر.

**المطلب الثالث: آثار إنها عقود الفيديك.**

**الفرع الأول: آثار إنهاء عقود الفيديك من طرف صاحب العمل.**

يجب على المقاول في هذه الحالة تسوية حساباته ومغادرة الموقع، ويقوم بتسليم اللوازم المطلوبة وجميع وثائقه إلى المهندس. ويحق لصاحب العمل أن يستخدم أي أشخاص آخرين لاستكمال الأعمال، ويجوز عندئذ لصاحب العمل أن وهؤلاء الأشخاص الآخرين أن يستخدموا أي من لوازم المقاول ووثائقه.

<sup>1</sup>الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (16 / فقرة 2)

ويتعين على صاحب العمل أن يرسل إخطار للمقاول بشأن تسليمه المعدات سواء في الموقع أو بجواره، وعلى المقاول أن يقوم فوراً على إزالته على مسؤوليته. وإذا امتنع عن تسديد أية مستحقات جديدة عليه لصاحب العمل فإنه يمكن للأخير أن يبيع تلك المعدات للحصول على مستحقاته وإذا تبقى رصيد من حصيلة البيع بعد استرداد المستحقات، فيدفع ذلك الرصيد إلى المقاول

#### الفرع الثاني: آثار إنهاء عقود الفيديك من طرف المقاول.

يجب أن لا يؤدي اختيار المقاول لإنهاء العقد إلى حرمانه من أية حقوق أخرى تنقرر له بمقتضى العقد، و يتعين على صاحب العمل بعد إنهاء العقد إعادة ضمان الأداء إلى المقاول وأن يدفع مستحقاته المالية وبدل أي ربح فائت أو أي ضرر أو خسارة تكبدها المقاول نتيجة لهذا الإنهاء.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> الكتاب الأحمر، نفس المرجع، المادة (16 / فقرة 4)

في هذا الفصل تطرقنا لعقد الفيديك الذي يعتبر اهم العقود النموذجية في مجال البناء والتشييد، حيث راينا انه رغم ان نشأته قديمة ولكنه في التطبيق يعتبر حديث خاصة في الدول النامية كما راينا ان الجزائر لا تستطيع ابرام هذا النوع من العقود فقط لانها لا تملك في الاساس نقابات للمهندسين المدنيين الذين لهم الحق في الاشتراك باسماء دولهم في هذه الفدرالية،

كما راينا ان لهذا النوع من العقود العديد من النماذج او الكتب وخاصة منها الكتاب الفضي الذي يعتبر اساس عقد البوت الذي سنتطرق لكيفية حل نزاعاته في الباب الثاني، كما تطرقنا لاهمية الاوامر التي تصدر عن كل من المقاول وصاحب العمل والمهندس الاستشاري، بالضافة الى كيفية انتهاء هذه العقود.

## الفصل الثاني

## ماهية مجلس فض الخلافات في عقود الفيديك

يعتبر اللجوء إلى مجلس فض الخلافات (DAB)<sup>1</sup> من الأساليب الحديثة على الساحة الدولية في عقود الإنشاءات، وهو منصوص عليه في عقد الفيديك كأهم وسيلة وأول وسيلة يتم اللجوء إليها من قبل أطراف العقد في حالة وقوع نزاع.

وجاء هذا المجلس على ضوء الخلاف حول دور المهندس الاستشاري، والذي ثارت حوله العديد من التساؤلات فيما يتعلق بدوره في الفصل في المنازعات التي تحدث بين المقاول وصاحب العمل، لذلك قامت الفيديك بتعديل الشروط العامة، حيث في سنة 1996 غيرت المادة 67 من الطبعة الصادرة سنة 1987، لتنتج عنها هذا المجلس.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال التطرق لمفهوم مجلس فض الخلافات، نشأته وتطوره، و مقارنته مع غيره من الوسائل الأخرى وإلى كيفية تعيينه وكيفية قبول المنازعة فيه، وإحالتها إليه، بالإضافة إلى متطلبات كل من رب العمل، والمقاول، والقرارات التي يصدرها المجلس ومدى حجيتها، وذلك من خلال المباحث التالية.

---

<sup>1</sup>Dispute Adjudication Board



### المبحث الأول: مفهوم مجلس فض الخلافات.

سيتم التطرق في هذا المبحث لتعريف مجلس فض الخلافات وفقا للتعريفات الفقهية التي قيلت فيه، ثم النشأة والتطور التاريخي للمجلس وطبيعته وكيفية تعيينه في المطلب الأول، ثم نخصص المطلب الثاني للفرق بين المجلس والوسائل البديلة الأخرى.

### المطلب الأول: تعريف مجلس فض الخلافات، نشأته وطبيعته القانونية.

#### الفرع الأول: تعريف المجلس.

لقد سبق أن ذكرنا أن مجلس فض الخلافات هو أحد أهم وأحدث الأساليب التي ظهرت في العصور الحديثة لتسوية النزاعات وخصوصا في عقود الفيديو نظرا لما تتميز به، ولهذا لا بد من تعريف مجلس فض الخلافات، ولأن الشروط العامة والخاصة للفيديو لم تتطرق إلى تعريفه، ولذلك لا بد من اللجوء إلى الاجتهادات الفقهية التي قيلت في تعريف المجلس والمستقاة من المادة (20) من عقد الفيديو.

ولعل أبرز هذه التعريفات هو انه شكل من أشكال التسوية الودية، إذ يعهد إلى طرف ثالث حائز على ثقة الأطراف يسمى (مجلس فض الخلافات) بأن يتولى تلقي الخلافات الناشئة بين فريقى العقد، ليدرسها وينظر فيها للتوصل إلى حل يتمثل في قرار يصدره المجلس بعد معاينته ودراسته، وبأنه أيضا وسيلة ميدانية للنظر في الخلاف إذ يتم إحالة الخلافات إلى المجلس خطيا من وقت حصولها، وتتم المعاينة والدراسة في وقت تكون شواهدا والظروف المؤدية إلى حصولها لا تزال ظاهرة واضحة.<sup>(1)</sup>

وفي تعريف آخر جاء بأنه عبارة عن هيئة مستشارين من ذوي الخبرة غير المتحيزين والمستقلين، وأنه يشكل غالبا قبل بداية إنشاء المشروع، حيث يتم اللقاء بينهم في موقع العمل دوريا على ان يتم تزويد أعضاء المجلس بوثيقة العقد، و المخططات، و المواصفات ليكونوا على اطلاع بإجراءات المشروع والمشاركين به، وبحيث يبقون جنبا إلى جنب مع تطور وتقدم العمل، كما يلتقي المجلس بصاحب العمل والمقاول أثناء الزيارات المنتظمة للموقع وينبهم

<sup>1</sup>داوود خلف، مرجع سابق، ص 39

لضرورة حل النزاعات على مستوى العمل، ولكن في حال لم يستطع الطرفان حلها فيما بينهما فإنه يتم الرجوع إلى المجلس ليتخذ قراره بشأنها. (1)

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يعطي للمجلس دوراً غير الذي أنشأ من أجله فهو لا يعمل عمل المرشد، لأن دوره بالفعل هو حل المنازعة، وقد نص عقد الفيديك في المادة 20 الفقرة 5 على أنه في حال فشل المجلس في تسوية الخلاف، يحق له حينها تنبيه الأطراف لحل النزاع ودياً بينهم قبل اللجوء للتحكيم كطريق آخر.

وهذه الاجتهادات الفقهية في تعريف المجلس نجدها مستقاة أصلاً من عمل المجلس في حد ذاته، ومن كيفية تعيينه كيفية اتخاذه القرار المنصوص عليها في المادة 20 من الشروط العامة لعقد الفيديك الأحمر، وإن لم يكن عقد الفيديك قد وضع تعريفاً للمجلس إلا أنه أعطى كل التفاصيل التي من شأنها لو جمعناها نتحصل على تعريف لهذا المجلس.

وقد ارتأينا أن يكون تعريف مجلس فض الخلافات كالتالي: بأنه الشكل الحديث الذي تم التعويض به عن دور المهندس الاستشاري للبت في المنازعات التي قد تحدث بين صاحب العمل والمقاول بصورة سريعة وأقل تكلفة والتي تنشأ بخصوص تنفيذ الأشغال أو العقد، بحيث يتم تعيين أعضاء المجلس بصورة مشتركة بين صاحب العمل والمقاول، الذي يتكون من ثلاثة أعضاء مؤهلين، وهو ضمناً لا يعمل كهيئة تحكيم.

وقد استقينا هذا التعريف من كيفية وشروط تعيين المجلس وكيفية اتخاذ قراراته

#### الفرع الثاني: النشأة والتطور التاريخي للمجلس:

إن تناول النشأة والتطور التاريخي لمجلس فض الخلافات، يفيد في معرفة مدى أهمية التعديلات التي أدخلت عليه من أول بدايات ظهوره في أواخر الستينات حتى حاضرتنا، حيث تم العمل على تعديله أكثر من مرة من أجل أن تلائم طبيعة المشاريع الإنشائية حيث أن أطراف العقد ملزمون بإتباع أسلوب فض المنازعات قبل اللجوء إلى التحكيم كما يلي:

<sup>1</sup>Owen, Gwyn, **The Working Of Dispute Adjudication Board (DAB) Under New FIDIC 1999 (New Red Book)**. June 2003, p9

أولاً- نشأة المجلس: ظهرت مجالس فض الخلافات بداية في الولايات المتحدة الأمريكية في أواخر الستينات، في مشروعات السدود، والأنفاق، وإدارة المياه، وأخذت صورة المجلس الاستشاري المشترك، وكان هذا المجلس يختص بحل المنازعات التي تثار أثناء بناء سد واشنطن الحدودي، وكانت اختصاصات المجلس فنية، وبفصل في المنازعات خلال فترة إنشاء المشروع وليس عند انتهائها.

كما أخذت هذه المجالس صورة " مجلس مراجعة المنازعات " الذي نشأ لحل المنازعات التي تثار أثناء إنشاء مشروع نفق أيزنهاور في ولاية كولورادو في الولايات المتحدة الأمريكية أين اثبت نجاحه، حيث حصلت الكثير من المنازعات أثناء المشروع ، والتي أدت إلى إطالة أمد المشروع، مما أدى بالنتيجة إلى خسائر مادية وزمنية فادحة، علماً بأن العمل بهذا المشروع بدأ في عام 1968 وانتهى في عام 1974<sup>(1)</sup>

وقد اقتصر مهمة مجلس مراجعة المنازعات على مجرد فحص المنازعات وإبداء الرأي الاستشاري فيها دون إصدار أحكام واجبة النفاذ، حيث كانت قراراته بمثابة توصيات لا تتوفر لها صفة الإلزام، ومن ثم فإنه لا إلزام على الطرف الذي صدر ضده بتنفيذ ما ورد فيه، كما أن النزاع كان يتم عرضه على جهة أعلى للتقاضي لتقرير الصفة الإلزامية من خلال إصدار حكم ملزم.

لقد تزايد استعمال هذه المجالس بصفة مطردة، وتم استخدامها كبديل لنظام التقاضي العادي، في مؤتمر (Pound) في عام (1976)، حيث أشار كبار رجال القضاء والمحامون إلى مساوئ نظام التقاضي العادي الذي يؤدي إلى تأخير، وتزايد النفقات التي أثقلت كاهل الأطراف في المحاكم المكتظة بالمنازعات على اختلاف أنواعها.<sup>(2)</sup>

وحتى هذا التاريخ تم تطبيق هذا الأسلوب في الولايات المتحدة الأمريكية في ( 500 ) مشروع بكلفة إجمالية (60) مليار دولار وبإجراء مسح لهذه المشاريع فإن نسبة ضئيلة منها حوالي (20) حالة تم الاعتراض فيها على قرارات المجلس.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>Gould, Nicholas, **Establishing Boards, selecting, and Appointing, Dispute Board, Members.** DRBF 6 Annual Inter national Conference, 2006, p2

<sup>2</sup>عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 394

<sup>3</sup>داوود خلف، مجلس فض الخلافات وأساليب التسويات الودية. ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 2005، ص40

ومع بدايات عام (1980) قرر البنك الدولي تشكيل مجلس لمراجعة المنازعات لعقد إنشاءات كبير في الهندوراس و هو مشروع سد الكاهون، وقد أصر البنك على تشكيل المجلس المذكور، وربط موافقته على تمويل المشروع بتشكيله، و ذلك رغبة في تجنب المنازعات الناجمة عن سوء التفاهم بين الأطراف الذي كانت احتمالات قيامه مرتفعة نظرا للتباين الكبير في خلفياتهم الفنية والثقافية ( كان المالك من هندوراس، المقاول من إيطاليا، والمهندس من سويسرا)، وبذلك ظهرت مجالس مراجعة المنازعات على المستوى الدولي<sup>(1)</sup>

ثانيا- تطور المجلس: أصدر البنك الدولي في عام ( 1995) وثيقة، جاء فيها لأول مرة توصية بتشكيل مجالس لمراجعة كافة المنازعات في المشاريع التي يعود تمويلها للبنك، على أن يتكون المجلس من خبير واحد فقط، وقد حاز ذلك نجاحا كبيرا.

وبعد النجاح الذي حققته مجالس مراجعة المنازعات أدى ذلك إلى تبني بعض الدول لهذه المجالس، فقد أصدرت المملكة المتحدة عام 1996 قانونا خاصا بتسوية المنازعات في عقود البناء و الإنشاءات عن طريق هذه المجالس، حيث نص على وجوب تضمين جميع عقود الإنشاءات المنفذة في المملكة المتحدة بنودا تقرر تشكيل مجالس لتسوية المنازعات، وقد تبين للقائمين على صناعة الإنشاءات هناك أن المشروعات الكبيرة يفضل لها أن تتضمن مجلسا مكونا من عدة أشخاص عوضا عن مجلس مكون من فرد واحد فقط.

وبالرجوع الى عقد الفيديك نجده قد اتبع خُطى البنك الدولي، ففي عام 1996 أصدر الفيديك تعديلا للمادة (67) من الشروط العامة لسنة 1987 لعقد التجهيزات الآلية ( تصميم وتنفيذ) من أجل تجربته، ومن ثم تطبيقه على باقي المشاريع اذا ما أثبت نجاحه، في تلك المرحلة تحديدا ظهرت مجالس تسوية المنازعات إلى حيز الوجود في عقود الفيديك، حيث أن مجلس تسوية المنازعات يختلف عن مجلس مراجعة المنازعات من حيث كون الأول يصدر أحكاما ذات صفة ملزمة وبشكل مؤقت، حيث تم استبدال دور المهندس في تسوية المنازعات بمجلس فض المنازعات نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى الدور المزدوج الذي يقوم به المهندس، وكانت قد بينت المادة (67 فقرة 1 )<sup>(2)</sup> الآلية التي يتم بها إحالة النزاع إلى المهندس والقرار الصادر عنه كما يلي:

(<sup>1</sup>Peter. H.Champan , " Disputes Boards". 2002 (www.oxfordinform.com

<sup>2</sup>والهدف من الرجوع الى دور المهندس هو معرفة الاختلاف بينهما ومدى التعديل الذي أدخله الفيديك الأحمر عليه، حيث يلاحظ بأن آلية عمل المجلس والكيفية التي يتم بها احالة المنازعة اليه هي نفسها الى حد ما يتم بها احالتها الى

1-نص المادة (67 فقرة 1) المتعلقة بقرار المهندس: (1)

إذا نشأ نزاع، أي كان نوعه بين رب العمل والمقاول مرتبط بالعقد أو ناشئ عنه أو مرتبط أو ناشئ عن تنفيذ الأعمال، سواء نشأ خلال تنفيذ الأعمال أو بعد إتمامها وسواء قبل أو بعد أي إنكار أو صورة أخرى لإنهاء العقد، بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقييم من قبل المهندس، فيجب إحالة موضوع النزاع أولاً إلى المهندس كتابة مع إرسال صورة من هذا الكتاب إلى الطرف الآخر. ويتعين أن يشار في كتاب الإحالة إلى أن الإحالة تمت إعمالاً لهذه المادة. على أن يخبر المهندس رب العمل والمقاول بقراره في مدة لا تتجاوز (48 يوم) التالية ليوم تسليم كتاب الإحالة ويتعين أن يشار في هذا القرار إلى أنه أُتخذ إعمالاً لهذه المادة.

وعلى المقاول في كل حالة، ما لم يكن العقد قد انتهى، أن يواصل تنفيذ الأعمال بكل حرص الواجب، وعلى المقاول ورب العمل أن ينفذا دون إبطاء أي قرار يصدر من المهندس إلا إذا كان قد رجع عنه في تسوية ودية أو في حكم محكمين، كما هو منصوص عليه فيما يلي:

إذا لم يرضى رب العمل أو المقاول عن أي قرار للمهندس أو إذا لم يقر المهندس بتوجيه إخطار بقراره في أو قبل اليوم الرابع والثمانين التالي ليوم تسليم كتاب الإحالة، يكون لكل من رب العمل أو المقاول في أو قبل يوم السبعين التالي لتسليم الإخطار لهذا القرار أو في أو قبل اليوم السبعين التالي ليوم انتهاء مدة الأربع وثمانين يوم المذكورة، على حساب الأحوال، إخطار الطرف الآخر، مع إرسال صورة إلى المهندس للعلم، برغبته في بدأ التحكيم طبقاً للنصوص الواردة فيما بعد بشأن الموضوع محل النزاع ويثبت هذا الإخطار الذي أرسله الحق في البدء في التحكيم في شأن النزاع على النحو المنصوص عليه فيما بعد، ومع مراعاة المادة (76 فقر 4) فإن إجراءات التحكيم في هذا الشأن لا تبدأ إلا بعد توجيه هذا الإخطار.

المهندس في الماضي، وأن الهدف من هذا التعديل هو إيجاد مجلس أكثر استقلالية وحياد من المهندس وغير من هذه الأمور من أجل أن يكون القرار الصادر أكثر واقعية وإلزام.

<sup>1</sup>مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية والمحاماة، 1993، ترجمة عربية للطبعة الرابعة لعقد الفيديك، ط 2، القاهرة، دار الكتب المصرية، ص 122.

إذا وجه المهندس الى رب العمل والمقاول إخطارا بقراره في موضوع النزاع ولم يرسل إخطارا بنيته في بدأ التحكيم بشأن هذا النزاع في أو قبل اليوم السابعين التالي لليوم الذي تسلم فيه الطرفان إخطار المهندس، أصبح القرار المذكور نهائيا وملزما لرب العمل والمقاول.

وأما عن الطبيعة القانونية لقرار المهندس الاستشاري، فقد تعددت الآراء الفقهية حول التكييف القانوني لقرار المهندس، حيث يرى بعضهم أن مهمة المهندس الاستشاري هي مهمة المحكم، بينما يرى البعض الآخر أنه شبه محكم، فهو غير ملزم بإتباع إجراءات التحكيم، وفي رأينا أن هذين الرأيين يعبران على تأبيدهما لدور المهندس الاستشاري في إطار المادة 67 من شروط الفيديك، بينما يرى البعض الآخر من بينهم الأستاذ Seppala وهو الرأي الذي أشار له الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي بأنه ليس محكم بأي وجه من الوجوه فصفة الحياد والاستقلالية غير متوفرة به كونه يتم تعيينه من أطراف النزاع، وبالتالي فهو وكيل عنهما بالإضافة الى أن القرار الصادر عنه ليس نهائيا وملزما، وان دور المهندس الاستشاري في هذه الحالة ما هو إلا مضيعة للوقت<sup>1</sup>.

ومن جانبنا نرى أنه رغم ان المهندس الاستشاري يسرع في الفصل في النزاع تجنباً لتوقف تنفيذ المشاريع، الا ان ذلك لا يبعد عنه الشك دائماً، واعتباره غير محايد ويميل لصالح صاحب العمل على حساب المقاول خاصة وأن صاحب العمل هو من عينه، وهو من بيده عزله وتعيين غيره.

وفي عام 1999 أدخل الفيديك فكرة المجلس إلى باقي العقود الصادرة عنه كما قامت بتعديل فكرة أن يكون من عضو واحد والاستعانة بأعضاء آخرين في المشاريع الضخمة كما قام البنك الآسيوي للتنمية بالأخذ بفكرة المجلس.

وفي عام 2000 عدل البنك الدولي في إجراءات مجالس مراجعة المنازعات الخاصة به، بحيث أصبحت قراراته عبارة عن توصيات ذات طبيعة ملزمة بصفة مؤقتة و إدراكاً منه لأثر اضمحلال السلطة التحكيمية للمهندس على سير المنازعات العقدية. وفي عام 2004 صاغ البنك الدولي الشروط العامة لمجلس فض المنازعات (20) بحيث تتسجم وتتوافق مع الفيديك. أما في عام 2002 فقد قامت غرفة التجارة الدولية (ICC) بوضع مسودة القوانين لمجلس فض المنازعات<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 601.

<sup>2</sup>Nicolas Gould, op.cit, p5.

وفي 2004/6/1 أخذ الأردن بعقد الفيديك الأحمر في المشاريع الإنشائية، بما فيها التعديل الذي أدخله اتحاد الفيديك فيما يتعلق باستبدال دور المهندس الاستشاري لمجلس فض المنازعات، في عقود الأشغال العامة الذي يلزم فيها اعتماد عقد الفيديك الأحمر وفي عقد المقاوله الموحد الذي ترك فيه المشرع الأردني الحرية للأفراد باستخدام عقد الفيديك الأحمر وبشرط أن لا تقل قيمة المشروع بها عن 250 ألف دينار أردني.<sup>1</sup>

أما طبعة 2006 من الفيديك فقد جاءت متطابقة ومنسجمة مع الفيديك (1999) وخصوصا المادة ( 20 ) منه، التي تضمنت الإشارة إلى مجلس تسوية الخلافات والشروط الواجب توفرها بالأعضاء وكيفية تشكيل المجلس، والحل فيما إذا لم يتم الامتثال لقرار المجلس وطبيعة القرار الذي يصدره المجلس وغيرها من الأمور التي سنقوم بدراستها في هذا البحث.

#### الفرع الثالث: تعيين مجلس فض المنازعات.

إن من أهم الأمور التي يسهم فيها أطراف العقد بشكل مباشر هي اختيار و تعيين أعضاء مجلس فض الخلافات ولذلك يجب أن يكونوا دقيقين في اختيارهم لعضو ذي خبرة وتأهيل وغيرها من الصفات، وذلك لأن نجاح المجلس يعتمد على الثقة التي يوليها الأطراف لخبرة الأعضاء وبالتحديد رئيس المجلس الذي يقع على كاهله العبء الأكبر فهو يسعى دائما الى تقريب وجهات نظر الأعضاء للحصول علي اجماع منهم بشأن القرار الذي سيتخذ، و يرأس الجلسات و غيرها من الأمور التي تؤثر في سير المشروع و نجاحه.

و انطلاقا من ذلك عالجت المادة 20 فقرة 2، من عقد الفيديك الأحمر الكيفية التي يتم بها تعيين مجلس فض المنازعات وذلك على النحو الآتي:

يجب على الطرفين تعيين المجلس بصورة مشتركة في الموعد المحدد في ملحق العطاء، مع العلم بأن المجلس يتكون من عضو واحد الى ثلاثة أعضاء وفي حال يتفق الأطراف على ذلك فيتكون من ثلاثة أعضاء<sup>(2)</sup>، وفي حال كان المجلس مكونا من ثلاثة أعضاء فانه يتعين على كل طرف أن يسمي عضوا واحدا، وأنه يتوجب الحصول على موافقة

<sup>1</sup> عقد المقاوله الموحد للمشاريع الإنشائية، موقع وزارة الأشغال العامة والإسكان، الأردن، دائرة العطاءات الحكومية، [www.gtd.gov.jo](http://www.gtd.gov.jo)

<sup>2</sup> يلاحظ أنه يمكن تشكيل المجلس من خمسة أعضاء، ولكن في النهاية يصدر القرار من ثلاثة أعضاء كما هو الحال في مشروع نطق القتال الانجليزي.

الطرف الآخر عليه، وكما على الطرفين فيما بعد التشاور مع العضوين المعيّنين للاتفاق على العضو الثالث الذي يتم تعيينه رئيساً للمجلس. ويجب على الأعضاء الذين تم اختيارهم أن لا يعتبروا أنفسهم ممثلين أو محامين عن الفريقين. انما يجب أن يتصرفوا بحيادية واستقلال، مع العلم بأن الفيديك تؤكد على ذلك بإصدارهم قوائم بأسماء أشخاص مرشحين ومؤهلين مهنياً للقيام بمهمة أعضاء مجلس فض المنازعات<sup>(1)</sup>.

ونلاحظ هنا أنه تم تقاضي بعض الانتقادات التي كانت موجهة لدور المهندس الاستشاري في المادة 67 من عقد الفيديك لسنة 1987، فيما يتعلق بالحيادية.

كما أنه يمكن أن يتضمن العقد قائمة بأسماء الأعضاء المرشحين، و في هذه الحالة يجب أن يتم اختيار الأعضاء من بين الأسماء الواردة في القائمة، باستثناء أي شخص غير قادر أو غير راغب في قبول التعيين كعضو في المجلس.

وبعد الاتفاق على الأعضاء يتم صياغة الاتفاقية بين الطرفين وعضو المجلس الوحيد، أو كل عضو من الأعضاء الثلاثة، بحيث يشار إلى الشروط العامة لاتفاقية فض المنازعات المرفقة بملحق الشروط العامة للعقد، مع إدخال التعديلات التي يتفق عليها فيما بينهم وهي ما يسمى بالشروط الخاصة. ويجب أن تشمل الاتفاقية على التزام الأعضاء بخدمة مصالح أطراف العقد على حد سواء، وكما يجب الإشارة فيها إلى مقدار المكافأة (الأتعاب) للعضو أو لكل عضو من الأعضاء الثلاثة والنفقات والتعويضات عن الأضرار التي يتكبدها نتيجة لانشغالهم في تنفيذ مهامهم الخاصة بأعمال المجلس، وأية ضرائب مفروضة بطريقة صحيحة في الدولة على الدفعات المسددة للعضو (ما لم يكن مواطناً أو مقيماً إقامة دائمة فيها). و يجب أن تتضمن أيضاً على مقدار المكافآت لأي من الخبراء الذين قد يستشيرهم المجلس، وتدفع المكافآت مناصفة. كما أنه يجوز للطرفين مجتمعين إذا اتفقا على ذلك في أي وقت إحالة أي أمر إلى المجلس لإبداء الرأي حوله. لكن لا يحق لأي استشارة المجلس حول أي أمر إلا بموافقة الطرف الآخر، ويحق للطرفين في أي وقت تعيين شخص أو أشخاص بدلاء لعضو أو أكثر من أعضاء المجلس بتأهيل مناسب، وبصريح هذا التعيين

<sup>1</sup>JohnBowcock, **The Forms Of Contract, The Engineer Claims and the Dispute adjudication Board.** presented at the fidic New contracts Launch Seminar (Sept-Dec .1998) p 4



نافذا إذا امتنع أي عضو عن متابعة مهمته بسبب العجز أو الوفاة أو الاستقالة أو إنهاء التعيين ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.<sup>1</sup>

وفي حال عدم اتفاق الطرفين على تعيين بدلاء للأعضاء فإنه يصار الى تعيين العضو البديل باتباع نفس الإجراءات التي تم من خلالها تعيين العضو الأصيل، من حيث تسميته والموافقة عليه كما تم ذكره سابقا. ولكن قد تطرأ بعض الأمور التي تؤدي غالى إخفاق الأطراف على تعيين مجلس فض المنازعات، وهذا ما تناولته المادة 20 فقرة 3<sup>(2)</sup> فقد نصت هذه المادة على الحالات التي يخفق بها المجلس على النحو التالي:

(أ) إخفاق الطرفين في الاتفاق على تعيين العضو الوحيد في الموعد المحدد في الفقرة الأولى من المادة 20 فقرة 2، أو

(ب) إخفاق أي من الطرفين في تسمية أي عضو (للموافقة عليه من قبل الطرف الآخر) من المجلس المكون من ثلاثة أعضاء في ذلك الموعد، أو

(ت) إخفاق الطرفين في أن يتفقا على تعيين العضو الثالث (ليكون رئيسا للمجلس ) في ذلك الموعد، أو

(ث) أخفاق الطرفين في أن يتفقا على تعيين عضو بديل خلال (42) يوما من التاريخ الذي يرفض فيه العضو الوحيد للمجلس أو أحد الأعضاء الثلاثة العمل أو يصبح غير قادر تأدية مهماته بسبب الوفاة أو العجز أو الاستقالة أو إنهاء التعيين.

عندئذ تقوم سلطة التعيين أو الشخص المسئول خطيا في ملحق العطاء، بناء على طلب أي من الطرفين أو كليهما، وبعد التشاور اللازم مع كلا الطرفين، بتعيين عضو المجلس هذا. ويكون هذا التعيين نهائيا وقطعيا، كما يتعين على الطرفين أن يدفعوا مكافآت سلطة التعيين أو الشخص المسئول الذي قام بالتعيين مناصفة.

<sup>1</sup>المادة 20 فقرة 2 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

<sup>2</sup>الكتاب الأحمر، مرجع سابق، المادة (20/فقرة3) .

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية لمجلس فض الخلافات.

لقد غير مجلس فض الخلافات الشكل التقليدي لحل منازعات عقود الإنشاءات، فهو ليس بالتحكيم ولا بالتقاضي، كما أن أثر القرار الصادر عنه ليس نهائياً، وليس قابلاً للتنفيذ بالضرورة، لذلك يجب التطرق للتكييف القانوني للمجلس ففي البداية يعد مجلس فض المنازعات أحد الطرق البديلة لحل المنازعات، الأمر الذي يعني غلبة عنصر التوافق الإرادي في تكوينه، فهذا المجلس يقوم من خلال اتفاقين متوازيين:

- الاتفاق الأول: هو العقد الإنشائي ذاته الذي يُضمُّه طرفا المشروع (المالك والمقاول) شرطاً ينص على تشكيل مجلس تتم الاستعانة فيه بخدمات طرف ثالث (شخص واحد أو أكثر)، مستقل ومحيد، للوصول إلى حل للمنازعات التي تنشأ بين الأطراف، على أن يقوم بتقديم الحلول بصورة سريعة وخلال فترة تنفيذ الأعمال وليس بعد الانتهاء منها.

- الاتفاق الثاني: هو عقد يبرمه أطراف العقد الإنشائي (المالك والمقاول) مع عضو أو أعضاء هذا المجلس. وهو عقد ينص على التزام العضو بتقديم خدماته لأطراف المشروع من خلال اضطلاعهم بمهام عضوية المجلس، وذلك مقابل مبلغ معين نظير أتعابه.

وبذلك فإن هذا المجلس هو إنشاءً عقدي، كونه ناتج عن الإرادة المشتركة للمالك وللمقاول من جهة، والتقاء إرادة هذين العضوين من جهة أخرى لقد تعددت الآراء الفقهية التي قيلت في التكييف القانوني لمجلس فض الخلافات، وذلك على الوجه التالي: (1).

- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي بأن مجلس فض الخلافات هو عبارة عن هيئة تحكيم، ويرجعون ذلك إلى أن مهمة المحكم هي الاستماع إلى آراء الطرفين، وبالتالي يقوم بالتحقق من الوقائع المعروضة عليه وتفسير العقد، ومن ثم يطبق القانون ويقوم سلوك الخصوم ويعدها إصدار حكمه.

<sup>1</sup>مشاعل عبد العزيز الهاجري، أثر ظهور مجالس فض المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقابلة أعمال الهندسة المدنية. ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر كلية الحقوق حول القطاع الخاص في التنمية، الكويت، 2005.

• الرأي الثاني: يقول أصحاب هذا الرأي بأن مهمة المجلس في حل المنازعات هي شبه تحكيمية، وذلك لأن المجلس غير ملزم باتتباع إجراءات التحكيم، كما أنه معين بواسطة الأطراف ويتقاضى أجره من قبلهم، والسبب في تشبيهه بالمحكم يعود الى شرط الحياد وانعدام المصلحة التي يشترط توافرها فيه، وان القرارات الصادرة عن المحكم لها قوة ملزمة ونهائية للأطراف في أغلب الأحيان.

• الرأي الثالث: أصحاب هذا الرأي يقولون بأن مجلس فض الخلافات عبارة عن هيئة من الخبراء المهنيين المستقلين تتصرف بموجب مهارتها وحسن تقديرها. فالأطراف يتفقون على تحديد خبير معين، وكذلك فالخبير بسماع أقوال الشهود والأطراف وملاحظاتهم التي يبدونها في معرض المنازعة، كما أن المحكمة تأخذ برأي الخبير على سبيل الاستئناس دون أن تكون مقيدة بالأخذ به، وبالتالي يكون قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع أحد الأطراف إثبات التدليس وسوء النية أو الخطأ الجسيم الذي يمكن أن يصدر عن سوء نية من المجلس.

ونجد هنا أن الرأيين الأول والثاني قد ركزا على دور المحكم لا على دور المجلس، لأنه بالرجوع إلى قواعد الفيديو نجد أن دور المجلس هو استشاري بحت، حيث يصدر قراراته في صورة توصيات غير ملزمة للأطراف، إلا أنه يكون لها دور كبير في تقويم أدلة كل طرف إذا ما أثير النزاع أمام هيئات التحكيم، غير أنه يمكن أن يكتسب القرار صفة الإلزام إذا لم يعترض عليه أي من طرفي النزاع خلال فترة زمنية معينة منصوص عليها في المادة 20 فقرة 4 من عقد الفيديو، ولذلك نعتبر أن الرأي الثالث هو الأسلم.

### المطلب الثاني: الفرق بين مجلس فض الخلافات والوسائل البديلة الأخرى.

وفقا لنص المادة 20 فقرة 5 من عقد الفيديو يتعين على الفريقين في حالة صدور الإشعار بعدم الرضا على قرار المجلس إعمالا للمادة 20 فقرة 4 محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي قبل المباشرة بإجراءات التحكيم، ولذلك وجب علينا التطرق لهذه الوسائل البديلة لتسوية النزاع (Alternative Dispute Resolution) لتميزها عن مجلس فض الخلافات DAB ، والتي يبقى هدفها المشترك هو حل النزاعات بعيدا عن القضاء، ومن ثم البعد عن القضاء و تعقيده و إجراءاته التي تؤدي إلى إطالة أمد النزاع، ولعل أبرز هذه الوسائل ما يلي:

الفرع الأول: التفاوض المباشر.

وهي وسيلة أساسية ومهمة لعمليات فض المنازعات، ويعد هذا الأسلوب أبسط وأسرع الطرق الودية لإنهاء النزاع، فقد يتفق طرفا النزاع على تحديد فترة زمنية معينة، يلتزما خلالها بالتفاوض لإيجاد حل للنزاع، بحيث لا يجوز اللجوء قبل انقضاءها إلى وسائل أخرى لتسوية النزاع، ويجوز الاتفاق على استدعاء المديرين التنفيذيين لطرفي النزاع لمائدة المفاوضات من أجل المشاركة في مناقشة الاقتراحات المطروحة للتسوية، وبأخذ على هذا الأسلوب أن أطراف النزاع غير ملزمين بإيجاد حل للنزاع المطروح لديهم؛ إذ أن التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة. كما يمكن أن يقوم أحد أطراف النزاع بالمماثلة في حل النزاع لتحقيق مصالح ومآرب شخصية، وفي حال عدم التوصل إلى حل يمكن أن تكون سببا للضعينة والبغضاء بينهم مما ينعكس سلبا على المشروع وبالتالي تأخر تنفيذه وزيادة النفقات. وعلى النقيض من ذلك، فإن عضو مجلس فض الخلافات يكون ذا خبرة، ومعرفة تامة بكل جوانب النزاع القانونية والفنية، كما أنه يشترط في المجلس الحياد والاستقلالية مما يجعل قراراته مناسبة ومنطقية

الفرع الثاني: التوفيق:

هو أحد الإجراءات غير الرسمية التي يحاول من خلالها الموفق أو المصلح دراسة وقائع النزاع والوقوف على وجهات النظر المتعارضة، ومحاولة لتقريب بينها من خلال تقديم مقترحات تتعلق بتسوية النزاع، وهذه قد تلقى قبولا من جانب الأطراف، وقد لا تحظى بقبولهم، فالموفق لا يتمتع بأية سلطة في مواجهة أطراف النزاع، وإنما يقتصر دوره على محاولة إيجاد تسوية ودية للنزاع، بالإضافة إلى أن القرار الذي يصدره لا يتمتع بصفة الإلزام، ولا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع الحاصل بينهم<sup>(2)</sup>.

كما أن الموفق لا يلتزم بتطبيق قانون معين، علما بأن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة أصدرت قواعد خاصة بالتوفيق، وأوصت بالأخذ بها لإيجاد حل للمنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية عندما يرغب الطرفان بحل تلك المنازعات بالطرق الودية، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذه القواعد بأنه " عندما يبدو للموفق أن ثمة عناصر للتسوية يمكن قبولها من الطرفين يقوم بصياغة شروط لتسوية ممكنة ويقدمها إلى

<sup>1</sup>فؤاد محمد موسى، **التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية**. دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 69.

<sup>2</sup>عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 423.

الطرفين لإبداء ملاحظاتها عليها، وللموفق بعد استلامه ملاحظات الطرفين أن يعيد صياغة شروط تسوية ممكنة على ضوء تلك الملاحظات " 1

وفي الحقيقة الأمر أن هذا الإجراء يهدف إلى عرض النزاع على أشخاص آخرين غير ممن كان لهم دور في الوقائع التي أدت إلى ظهوره، وهم أشخاص يخولهم موقعهم الرئاسي بمواجهة كافة النزاع والوقوف على أسبابه الحقيقية، وهو ما قد يحاول إخفاءه العاملين بمواقع العمل وبهذه الطريقة يمكن اختيار التسوية الأكثر موضوعية والتي يكون مردودها التجاري أكثر قبولاً لدى طرفي النزاع<sup>(2)</sup>.

هذا ويراعى أنه بمقدور طرفي عقد الأساس الاتفاق في صلبه على الحلول واجبة الإلتباع عند حدوث وقائع مما يكون سبباً للنزاع بين طرفي العقد من ذلك مثلاً اختلاف ظروف أو حالة الموقع عما هو منصوص عليه في العقد وتعديل هذه الظروف على نحو يزيد من أعباء المفاوض وحدث وقائع مما ينطبق عليه وصف القوة القاهرة.

بالرغم من أن هذا الأسلوب هو الأسرع والأبسط بين طرق التسوية الودية الأخرى إلا أنه لا يرقى إلى أن يكون حكماً ملزماً لأطراف النزاع، كما أنه وفي كثير من الأحيان يفتقر الموفق إلى الخبرة والكفاءة، والمعرفة الفنية والقانونية بموضوع النزاع ولا يتمتع بالموضوعية فكل طرف يرغب في إثبات وجهة نظره وتغليب مصالحه الشخصية، مما ينعكس ذلك سلباً على سير المشروع.

وبذلك يتضح لنا أن قرارات المجلس هي قرارات ملزمة إذا لم يعترض عليها الأطراف ولم تتم مراجعتها بالطرق الودية، والهدف الرئيسي هو إيجاد حل للنزاع المطروح وليس فقط التقريب بين وجهات النظر و إصدار توصيات كما هو الحال في التوفيق، مما يجعل مجلس فض الخلافات أكثر فعالية منه.

<sup>1</sup> لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

[www.uncitral.org/uncitral/ar/index.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/index.html)

<sup>2</sup> أحمد شرف الدين ، تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية ( نماذج عقود الفيديك )، ط1، مصر، 2003، ص 48.

الفرع الثالث: المحاكمة المصغرة.

أدخلت غرفة التجارة في زيوريخ نظام المحكمة المصغرة بهدف الوصول لحل النزاعات عن طريق وسائل بديلة مقارنة بالتقاضي. واثبت هذا الأسلوب نجاحا في الولايات المتحدة الأمريكية، أسلوبا يجمع بين خصائص الوساطة والتوفيق والتحكيم، يقوم بمقتضاه كل طرف من طرفي النزاع بسماع وجهة نظر الطرف الآخر تمهيدا للتفاوض بينهما مع الاستعانة بمستشار فني محايد ، وتبدأ الإجراءات بقيام الوكيل القانوني لكل طرف بعرض وجهة نظر موكله مؤيدة بالأدلة على الرؤساء التنفيذيين للطرف الآخر. ثم تحال وجهتا النظر إلى شخص يختاره الطرفان ليقوم بفحص الأدلة ومن ثم توضيح جوانب النزاع وتحديد المشاكل التي يثيرها.<sup>1</sup>

وفي ختام هذه الإجراءات يكون في وسع الرؤساء التنفيذيين لطرفي النزاع النظر في التسوية الأكثر قبولا لديهما، فإن لم يتوصلا إلى تسوية مرضية يطلبوا من المستشار كتابة رأيه في النتائج التي يفضي إليها النزاع فيما لو عرض على المحاكم أو هيئات التحكيم، ومن ثم يجري استعراض هذا الرأي من خلال التفاوض بين طرفي النزاع للتوصل إلى تسوية نهائية<sup>(2)</sup>.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح لنا بأن هذا الأسلوب يهدف إلى إحالة النزاع إلى الأطراف أنفسهم أو ممثلهم، بعيدا عن الإجراءات التي رسمها القضاء، وبالتالي تكاليف ونفقات أقل، كما أنها تؤدي إلى اختصار الوقت والجهد حيث أن المحاكمة المصغرة لا تستغرق أكثر من الوقت المحدد لها من شهرين إلى ستة (6) أشهر، وتعد جلساتها بصورة سرية الأمر الذي يؤدي إلى تقوية العلاقات بين أطراف النزاع، ولكن يُؤخذ عليه أنه غير ملزم إلا إذا ارتضى به أطراف النزاع.<sup>3</sup>

وإذا ما تمت مقارنة المحاكمة المصغرة بمجلس فض الخلافات كوسيلة من الوسائل البديلة لتسويتها نجد أن المجلس يمتاز على المحاكمة بأن المجلس قد رسم آلية واضحة ومحددة في إحالة المنازعة للمجلس، كما أن الأطراف ملزمون بالرجوع إلى المجلس قبل اللجوء إلى طرق أخرى، وهذا يجعله أقدر على تحقيق الغاية التي أنشئ من أجلها، كما ان

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 521.

<sup>2</sup> ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 451

<sup>3</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 525.

الفترة التي تستغرقها المحاكمة المصغرة ( من شهرين إلى 6 شهور) هي فترة طويلة إذا ما قورنت بالمجلس الذي لا يجب ان تستغرق مدة إصداره للقرار أكثر من 84 يوما من تاريخ تسلمه إشعار إحالة الخلاف إليه<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: التحكيم.

التحكيم هو الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه محكم أو محكمون دون اللجوء إلى القضاء، أما التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما.<sup>(2)</sup>

وقد تناول قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/8 سنة 2008 التحكيم من جميع جوانبه كاتفاق التحكيم والكيفية التي يتم بها إنهاء مهمة المحكم، وإجراءات التحكيم، وحجية وعلان حكم التحكيم، وغيرها من الأمور.

كما ان القرار الصادر عن التحكيم يمتاز بالسرية مما يؤدي إلى رضا واطمئنان الطرفين لما يعطيه من الخصوصية لهم والمحافظة على أسرارهم كما أنه يحافظ على العلاقات الودية بين الخصوم أنفسهم.<sup>3</sup>

على الرغم ما للتحكيم من مميزات، إلا أن هنالك العديد من العيوب التي تعتري الأخذ به، فقد يصعب على المحكم في بعض الأحيان أن يصدر حكما ملائما وعادلا، بسبب عدم موضوعية بعض المحكمين وانحيازهم لأحد الأطراف، ويمكن أن يعود ذلك في بعض الحالات إلى عدم وجود رقابة على أحكام المحكمين، بالإضافة الى أن إجراءات اللجوء إلى التحكيم مكلفة ماديا، وكذلك عدم التحديد والهلامية لتعدد النصوص والقوانين المطبقة<sup>(4)</sup>، كما أن إجراءات التحكيم معقدة وبطيئة وطويلة حيث أنه في أغلب الأحيان يمكن أن يصدر القرار خلال سنة.

<sup>1</sup>المادة 20 فقرة 4 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

<sup>2</sup>فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية). دار الثقافة، عمان، 2010، ص 13 .

<sup>3</sup>محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص366.

<sup>4</sup>محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 56

بعد التطرق لمميزات وعيوب التحكيم يتضح لنا أن مجلس فض الخلافات يمتاز على التحكيم بسرعة الإجراءات وقلة التكاليف، وفي بعض الحالات القليلة يكون المجلس أكثر حيادية وتجرد، كما أن المجلس أكثر خبرة بموضوع النزاع من هيئة التحكيم كونه يشكل منذ بداية المشروع.

بعد هذه المقارنة المختصرة لمجلس فض الخلافات مع غيره من الوسائل البديلة الأخرى يتضح لنا أن المجلس أكثر فاعلية إذا ما تم تفعيل دوره. ولكن من ناحية أخرى فإننا نعيب على عقد الفيديك النموذجي نصه على التسوية الودية في المادة 20 فقرة 5، حيث أوضحنا فيما سبق ان الوقت ضروري في اتخاذ القرار، وعند أخذنا مثلا اختلاف المدة بين المحاكمة المصغرة، ومجلس فض الخلافات، وجدنا أن المدة في المحاكمة المصغرة أطول من المدة المقررة لاتخاذ القرار في المجلس، فلو تصورنا انه تم صدور القرار من المجلس ولم يتقبله الأطراف، فإن المادة نصت على وجوب المرور على احد وسائل التسوية الودية قبل اللجوء الى التحكيم، وهذا ما نفهمه من نص المادة 20 فقرة 5 بقولها " فإنه يتعين على الفريقين محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي قبل المبادرة بإجراءات التحكيم" وبالتالي إذا تم اختيار احد وسائل التسوية الودية مثلا المحاكمة المصغرة، فهنا نتوقع بالفعل حدوث مشكلة على مستوى التأخر في تنفيذ المشروع، لطول المدة التي سيُتخذ فيها القرار. ولذلك كان من الأفضل حذف هذه المادة وبالتالي تكون المحطة الثانية في حال عدم الموافقة على قرار المجلس هي التحكيم، تفاديا لإطالة الوقت.



### المبحث الثاني: مسؤولية المهندس الاستشاري.

مما لا شك فيه أن الإخلال بأي التزام ينشئ المسؤولية المدنية، وهذه المسؤولية قد تكون مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالالتزامات المتولدة من عقد الفيديك ، وقد تكون مسؤولية تقصيرية في بعض الحالات الخاصة. ونشير في بحثنا هذا، ان هذه المسؤولية ستقتصر على مسؤولية المستشار (المهندس الاستشاري) دون المستفيد على اعتبار أن الأول هو الطرف المحوري والمهم في عقد الفيديك ومجلس فض الخلافات لذا، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة مسؤولية المهندس الاستشاري العقدية، وندرس في المطلب الثاني مسؤوليته التقصيرية على النحو التالي.

#### المطلب الأول: مسؤولية المهندس الاستشاري العقدية.

الأصل أن ينفذ المدين وهو المهندس الاستشاري ما التزم به تجاه الدائن وهو المستفيد تنفيذاً عينياً فإذا لم يستجب لذلك باختياره أمكن للدائن إجباره بواسطة السلطة العامة<sup>1</sup>. لكن التنفيذ العيني الجبري ليس مستطاعاً في كل الأحوال، إما بسبب طبيعة الالتزام، وإما ان تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً لهلاك المحل<sup>2</sup>، فإذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، إلا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ نشأت بسبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر في التنفيذ<sup>3</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة (176) من القانون المدني الجزائري.

إن التنفيذ العيني للالتزام وبشكل كامل يمنع قيام المسؤولية العقدية التي تنهض عند استحالته بشرط ألا يكون راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه<sup>4</sup>، إلا أن وفاة المهندس الاستشاري لا تنشئ أي مسؤولية في ذمته، وإنما تؤدي إلى انتهاء العقد؛ وذلك لأن عقد الفيديك من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

<sup>1</sup> عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، **مصادر الالتزام. الجزء الأول**، ط1، وزارة التعليم العالي، بغداد، 1980، ص 1.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، **المسؤولية المعمارية**. ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة، ص177.

<sup>3</sup> انظر: المواد من (360 إلى 364) من القانون المدني الأردني.

<sup>4</sup> السنهوري، مرجع سابق، ص855.

ولكي تتحقق المسؤولية العقدية لا بد من توافر شروط قيامها وهي وجود عقد صحيح بين المسؤول والمتضرر، فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً فالمسؤولية لا تكون عقدية. ويشترط في العقد القائم أن يكون صحيحاً مشروعاً ذاتاً ووصفاً صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه سالمة من الخلل، وإذا لم يكن العقد موقوفاً أفاد الحكم في الحال.

والشرط الثاني لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب إخلال بتنفيذ التزام يفرضه هذا العقد<sup>1</sup>.

يتبين لنا مما تقدم أن العلاقة بين المستفيد والمهندس الاستشاري هي مما يتصور معه قيام المسؤولية العقدية للمهندس، إذ يرتبط المهندس الاستشاري مع المستفيد بعقد يلتزم بموجبه بتقديم استشارات هندسية بموجب هذا العقد، الأمر الذي يعني عدم إمكانية إثارة المسؤولية العقدية للمهندس الاستشاري إلا من قبل المستفيد وحده تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد الذي يعني انصراف هذه الآثار بما لها من قوة ملزمة إلى المتعاقدين، وإلى الخلف العام والخلف الخاص<sup>2</sup> فقط دون غيرهم<sup>3</sup>.

و لدراسة المسؤولية العقدية للمهندس الاستشاري يتطلب منا أولاً بيان أركان هذه المسؤولية وآثارها في الفرعين التاليين.

#### الفرع الأول: أركان مسؤولية المهندس الاستشاري العقدية.

لكي يُسأل المهندس الاستشاري بموجب قواعد المسؤولية العقدية، لا بد من توافر أركان هذه المسؤولية، وهي: الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر. وهذا ما سنتطرق له في النقاط التالية.

<sup>1</sup> المادة (206) من القانون المدني الاردني والمادة (142) من القانون المدني العراقي واللتان تنصان على: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نحن القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

<sup>2</sup> الخلف العام هو من يخلف غيره بعد موته في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها وليس في مال معين بالذات كالوارث والموصى له بحصة شائعة، أما الخلف الخاص فهو من يتلقى من سلعة ملكية شيء معين بالذات، أو حقا عينيا آخر على ذلك الشيء كالمشتري بالنسبة للبائع والموصى له بعين معينة من التركة.

<sup>3</sup> هاشم علي الشهبان، **المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات**. ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012، ص123.

أولاً: الخطأ العقدي للمهندس الاستشاري:

الخطأ في مجال عقد الفيديك هو الخطأ الذي لا يرتكبه مهني مثله من رجال المهن ووضعه بنفس الظروف التي وضع فيها مرتكب هذا الخطأ؛ ونظرا لخصوصية عقد الفيديك من حيث أنه مبرم بين مهني محترف عالم بأصول مهنته وشخص عادي ولما ينتظره العميل من المهندس الاستشاري من استشارة سليمة بناء على ما يمتلكه الأخير من معارف فنية وتثنية متميزة، فإن معيار الشخص العادي لا يتصور أن يكون معيارا لقيام المسؤولية<sup>1</sup>، حيث أن الخطأ المهني للمهندس الاستشاري هو الخطأ الذي يمثل إخلالا بالقواعد والأصول المرعية لمهنته. ويعتبر المهندس الاستشاري مخطئا إذا لم يحم بتنفيذ التزامه سواء كان عدم تنفيذه لالتزامه ناشئا عن عمد أو إهمال أو تقصير.

ويعرف الخطأ العقدي بأنه انحراف عن السلوك المتفق عليه بين المستفيد والمهندس الاستشاري المؤلف والذي من شأنه إلحاق ضرر بالمستفيد عند حصوله<sup>2</sup>.

أما عن تحديد الوقت الذي يعتبر فيه المهندس الاستشاري غير قائم بتنفيذ التزامه فهذا الأمر يتحدد تبعا لطبيعة التزامه، فإن كان التزامه ببذل عناية فيعتبر المهندس الاستشاري قد أخل بتنفيذ التزامه إذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة، وأما إذا كان التزامه بتحقيق نتيجة فيعد المهندس الاستشاري مخلا بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق النتيجة التي تعهد بتحقيقها.

من جهة أخرى يلاحظ أن خطأ المهندس الاستشاري لا يقتصر على عدم قيامه بتنفيذ التزامه في عقد الاستشارات الهندسية فحسب، وإنما يمتد ليشمل خطأ في إعداد الاستشارات وكذلك في سوء نوعيتها<sup>3</sup>، خاصة وأن التزام المهندس الاستشاري يكون ببذل عناية، لذا فإن خطأ يحم على معيار الحيطة الواجبة ويتميز هذا المعيار بالمرونة الكبيرة حيث أن الحيطة والحذر يختلفان باختلاف دقة تخصص المهندس الاستشاري ومقدار شهرته وحجم الأورالتي استوفاهما من إعطاء الاستشارة كما أن لظروف الاستشارة عموما الأثر في تحديد حجم الحيطة والحذر المطلوبين.

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، . أحكام الالتزام. ط1، الإصدار الثاني عشر، دار الثقافة، عمان، 2013، ص132.

<sup>2</sup> إبراهيم دسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق. القاهرة، 1980، ص42.

<sup>3</sup> محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل و تسليمه. اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1985، العراق، ص188.

إن المهندس الاستشاري يسأل بمقتضى القواعد الواردة في عقد الاستشارات الهندسية وكذلك بموجب القواعد العامة للمسؤولية المدنية العقدية إذا ثبت صدور خطأ عقدي منه. والخطأ العقدي قد يكون خطأ جسيماً أو خطأ يسيراً كما قد يكون خطأ عادياً وكذلك قد يكون خطأ مهنياً فيما يتعلق بالتمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في إطار هذا العقد، ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مسؤولية المهندس الاستشارية تقوم على صدور خطأ جسيم منه، ويعرف الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالاً، وهو أقرب ما يكون إلى العمد. ويعرف الخطأ اليسير بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المتوسط أو المعتاد<sup>1</sup>، أما إذا كان خطئه يسيراً، فلا تثور مسؤوليته وذلك لأن اعتماد المهندس الاستشاري على النشاط الذهني يوجب توفير قدر كبير من الحرية في تأديته لعمله دون أن يخشى من سطوة تحميله المسؤولية عن الخطأ اليسير.

إلا أن جانباً من الفقه لم يقتنع بوجهة النظر هذه لكون استبعاد الخطأ اليسير من مسؤولية المهندس الاستشاري لا يستند إلى أي أساس قانوني أو منطقي، إضافة إلى هجر الفقه الحديث لنظرية تدرج الخطأ، وكذلك فعلت القوانين الحديثة حيث تم اعتماد فكرة وحدة الخطأ<sup>2</sup>، كما أن إعطاء الحرية للمهندس الاستشاري لا يعني عدم وجود الخطأ، طبقاً لمعيار الحيطة والحذر سواء كان الخطأ مهنياً أو عادياً.

وإذا كانت القاعدة العامة في المسؤولية العقدية تقضي بتحمل المهندس الاستشاري المسؤولية الكاملة عن خطئه العقدي متى ما كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد لحدوث الضرر، فإن ثمة حالات يشترك فيها غير المستشار في إحداث هذا الضرر، وهذا الغير أما أن يكون المستفيد باعتباره الطرف الثاني في العقد أو أن يكون هذا الغير شخصاً ثالثاً تدخل بمناسبة تنفيذ العقد، وعلى العموم فإن المنطق القانوني يقضي بوجود تخفيف مسؤولية المهندس الاستشاري في حالة ما إذا كان خطئه ليس الخطأ الوحيد في نشوء الضرر الذي لحق بالمستفيد وإنما كان هناك خطأ صادر من جانب المستفيد من خلال إخلاله بالالتزامات الناشئة بزمته مما أدى إلى عدم تمكن الاستشاري من تقديم استشارات هندسية مناسبة<sup>3</sup>، بل إن خطأ المستفيد قد يصل إلى درجة يصبح فيها السبب المباشر للضرر، فيعد عندئذ سبباً أجنبياً موجباً لإعفاء المهندس الاستشاري من المسؤولية، ومن ناحية أخرى فإن خطأ الغير قد يشترك مع

<sup>1</sup> السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 548.

<sup>2</sup> هاشم الشهوان، مرجع سابق، ص 123.

<sup>3</sup> محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص 190.

خطأ المهندس الاستشاري، وهذا يعد سببا لتخفيف المسؤولية عن كاهل المهندس بحيث يتحمل كل من المهندس الاستشاري والغير المسؤولية عن الأضرار كل بقدر نسبة خطئه في حدوث الضرر.

وتتنفي مسؤولية المهندس الاستشاري إذا تبين أن خطأ الغير هو السبب المباشر للضرر الذي لحق بالمستفيد<sup>1</sup>، على اعتبار انقطاع علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر بسبب فعل الغير وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وأخيرا فقد يسأل المهندس الاستشاري مسؤولية تعاقدية لا عن خطئه هو، وإنما عن خطأ ارتكبه أحد أتباعه كما لو استخدم من يساعده في إعداد الاستشارة، وهذا الأمر يعد تطبيقا للقواعد العامة والمقررة في القانون<sup>2</sup>.

### ثانيا: الضرر.

الضرر هو الركن الأساس في المسؤولية المدنية، لأنها تعتمد عليه في قيامها، فإذا وجد الضرر وجب البحث عندئذ عن توافر الركنين الآخرين وهما الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر لثبوت مسؤولية المهندس الاستشاري العقدية اتجاه المستفيد.

والضرر إما أن يكون ماديا الذي يصيب المستفيد في ماله أو جسمه أو في عنصر من عناصر ذمته المالية<sup>3</sup>، وأما أن يكون أدبيا ويعني الضرر الذي لا يلحق بالمتضرر خسارة مادية وإنما يبدو في صورة مساس بالعاطفة والشعور ينتج عن إهانة أو تضيق على الحرية ينشأ عن حبس دون حق أو ألم ينتج عن إصابة.

ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري أجاز التعويض الأدبي في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية<sup>4</sup>.

ويشترط في الضرر المادي أن يكون مباشرا، وهو الضرر الذي يكون سببه المباشر خطأ صادر من المدين وهو المهندس الاستشاري. بمعنى أن الضرر المباشر هو قيام رابطة سببية بين الخطأ العقدي والضرر الواقع فعلا، فهو إذن ما كان نتيجة طبيعية للإحلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الإنشاءات الذي يكون فيه للمهندس الدور الرئيسي .

<sup>1</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقد والارادة المنفردة. المجلد الأول، ط1، القاهرة، 1987، ص133.

<sup>2</sup> غازي خالد أبو عرابي، المقاوله من الباطن. ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2009، ص35.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون، . المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، 1991، ص158.

<sup>4</sup> المادة 124 والمادة 176 من القانون المدني الجزائري.

ولكن ماذا يقصد بالنتيجة الطبيعية حتى يكون الضرر مباشرا يستوجب عندها التعويض عنه؟ بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد ان الجواب محدد في نص المادة 182 فقرة 1 من القانون المدني التي تنص على انه: اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، او في القانون فالقاضي هو الذي يقدر، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. . . إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

بينما في القانون الأردني مثلا لا نجد إجابة على هذا السؤال.

خلاصة القول أن الضرر الذي يجب التعويض عنه هو الذي جاء نتيجة طبيعته للخطأ العقدي المرتكب من المهندس الاستشاري وفقا لظرفه وتسلسل وقائعه، أي أنه كان من شأن هذا الخطأ أن يحدثه موضوعيا، وكذلك هو الضرر الذي ليس بإمكان المستفيد أن يتوقاه ببذل جهد معقول بسبب عدم وفاء المهندس بالالتزام أو تأخره عن الوفاء به<sup>1</sup>.

ويستوي في ذلك ان يكون الخطأ إما في الميدان خلال انشاء المشروع، او خلال تأدية عمله باعتباره استشاري في مجلس فض الخلافات.

أما الضرر غير المباشر، فلا يسأل عنه لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، وفي المسؤولية العقدية لا يسأل المدين وهو المهندس الاستشاري إلا عن الضرر المباشر المتوقع إلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر كله متوقعا كان أو غير متوقع وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقديرية، وأخيرا يجب أن يكون الضرر محققا لا محتملا، أي مؤكد الوقوع سواء كان حالا أم تراخي وقوعه إلى المستقبل<sup>2</sup>.

ويمكن تصور الضرر المادي الذي يلحق بالمستفيد حينما يصيب عناصر الذمة المالية كما هو الحال عندما يقدم المهندس الاستشاري استشارات هندسية واقتراحات لحملة إعلانية تكلف الكثير ثم يتضح بعد ذلك فشلها لخطأ من قبل المهندس الاستشاري مما يلحق ضرر في عناصر الذمة المالية للعميل طالب الاستشارة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> السنهوري، مرجع سابق، ص1033، فقرة (610).

<sup>2</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص44.

<sup>3</sup> هاشم الشهوان،، مرجع سابق، ص125.

تجدر الإشارة إلى أن خصوصية عقد الاستشارات الهندسية دفعت جانبا من الفئة إلى تبني فكرة تحمل في طياتها التشديد في مسؤولية المهندس الاستشاري العقدية من خلال مسائلته عن كل ضرر يتسبب به بخطئه، حتى وصل بهم الأمر إلى تحميله تبعه الضرر الثانوي الذي يصيب المستفيد، لذا فإن المهندس الاستشاري يسأل عن الاضطراب التجاري الحاصل نتيجة عدم تنظيم المشروع بعد ثبوت إخلال المهندس في الاستشارة التي قدمها لتنظيم هذا المشروع<sup>1</sup>. أو كما هو الحال عندما يقوم الاستشاري بإعلان ما يراه مناسباً حول آلية الإعلان عن المشروع الهندسي ثم يتضح بعد ذلك فشل هذه الآلية لخطأ ارتكبه الاستشاري كما يلحق ضرراً مادياً بالمستفيد.

إلا أن هذا الرأي يخالف المبادئ العامة في المسؤولية بنوعيتها التقديرية والعقدية، يضاف إلى ذلك فإن الاضطرابات التجارية التي يعدها هذا الرأي بأنها ضرر غير مباشر لا تعد كذلك وإنما هي أضرار مباشرة ولكن غير متوقعة لا يكون المهندس الاستشاري مسؤولاً عنها إلا إذا ثبت غشه أو خطئه الجسيم<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن دراسة الضرر كركن لقيام المسؤولية العقدية للمهندس الاستشاري تثير ثلاث مسائل هي: التعويض التكميلي، والغرامات التأخيرية، والشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي).

في جميع حالات التعويض، وأياً كانت القيمة المحكوم بها، فإن القاضي مقيد في تقديره للتعويض بمبدأ التعويض الكامل للمستفيد، فلا يمنحه أقل من قيمة الضرر الذي لحق به ولا يزيد فيه، ومن ثم وإعمالاً لهذا المبدأ يقع على القاضي أن يقضي للمستفيد إلى جانب القيمة المحكوم بها بتعويض تكميلي مقابل المصروفات التي تكبدها المستفيد نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المهندس الاستشاري<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق، نصت المادة (178/2) قانون مدني جزائري بأنه: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

<sup>1</sup> محمد الدوري، مرجع سابق، ص 150.

<sup>2</sup> انظر: نص المادة (358/2) القانون المدني الأردني.

<sup>3</sup> سمير عبد السميع الأودن، **مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الامشاءات**. ط1، مكتبة الاشعاع، مصر، 2000، ص 154.

وهذا لا يمنع القاضي من أن يقضي للمستفيد إلى جانب التعويض عن الخطأ العقدي الذي ارتكبه المهندس الاستشاري بتعويض آخر تكميلي أو إضافي عما يكون قد سببه خطأ المهندس الاستشاري من أضرار أخرى تبعية بسبب غشه أو خطئه الجسيم، إعمالاً لمبدأ التعويض الكامل للضرر الذي أصاب المستفيد، ومع الأخذ في الاعتبار أن التعويض الكامل يستوجب تعويض المستفيد عن الضرر الذي لحق به فعلاً<sup>1</sup>.

وقد يمتد التعويض التكميلي ليغطي الضرر الأدبي الذي يلحق المستفيد بسبب الاعتداء على الاستشارات الهندسية، كما هو الحال بتعويض الألم الذي يصيب المستفيد مالك المشروع الهندسي بسبب حرق الاستشارات الهندسية من قبل المهندس الاستشاري.

والقاعدة أن للدائن (المستفيد) في عقد الفيديك أن يطلب جبر المدين (المهندس الاستشاري) على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ما دام ذلك ممكناً.

وكذلك بالإمكان كسر عناد المهندس الاستشاري وحمله على الوفاء بواجباته عن طريق الالتجاء إلى الغرامة التهديدية<sup>2</sup>، ويكون ذلك باستصدار حكم قضائي يلزم المهندس الاستشاري بأن يقوم بالوفاء تحت طائلة غرامة تهديدية. وقد عالج المشرع الجزائري هذا الموضوع في المادة (174) من القانون مدني بأنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة اجبارية إن امتنع عن ذلك.

نجد أن النص السابق يشترط للحكم بالغرامة الإيجابية والتي هي بمثابة غرامة تهديدية أن يكون في الإمكان تنفيذ الالتزام عيناً وأن يكون هذا التنفيذ العيني يقتضي تدخل المدين الشخصي وأن يلجأ الدائن إلى القضاء للمطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين.

ومقارنة بالقانون المدني الأردني، فإنه لم ينص على نظام الغرامة الإيجابية أو الغرامة التهديدية.

ومتى تحدد موقف المدين نهائياً بأن قام بتنفيذ التزامه أو أصر نهائياً على عدم التنفيذ،

استنفذت الغرامة التهديدية الغرض منها وأصبح من المتعين تصفيتها وتقدير المبلغ الواجب للدائن تقديراً

نهائياً<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، . مرجع سابق، ص، 115.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص75.



وفي ذلك نصت المادة (175) من القانون المدني الجزائري بأنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

وليس هناك ما يمنع من أن يرد في العقد بين المهندس ورب العمل شرط جزائي مضمونه تقدير مسبق على التعويض الذي يستحقه المستفيد من امتناع المهندس الاستشاري عن التنفيذ أو التأخر فيه. وقد يرد هذا الشرط في اتفاق لاحق بشرط أن يسبق وقوع الإخلال بالالتزام، أي أن يكون سابقا لعدم التنفيذ أو التأخر فيه، وإلا كان صلحا وانطبقت عليه أحكام الصلح.

وهذا ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري، بأنه: يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد (176) الى (181). كما تنص المادة 184 على أنه: لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يحفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ونصت المادة (364) المدني الأردني بأنه: "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرورة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

إن أهمية وجود الشرط الجزائي في هذا النوع من العقود الإنشائية تكمن في أنه يجعل الضرر مفترضا فعلا بحيث يعفى الدائن (المستفيد) من إثباته، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس.

هذا ويختلف الشرط الجزائي عن الغرامة الإجبارية في أن الثانية تحكمية، بمعنى أنها تقاس بمقياس الضرر الذي وقع وأنها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، في حين أن الشرط الجزائي يتصل بالتعويض وعلى أساس الضرر الواقع فعلا.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص78.

هذا ويلاحظ أنه في حال تضمين عقد الفيديك بندا يتصل بالشرط الجزائي، فإن هذا الشرط يعد التزاما تابعا لالتزام أصلي طالما أن فكرته تقوم على أساس أنه تعويض اتفاقي عن إخلال المهندس الاستشاري بتنفيذ التزامه بتقديم المشورة الذي هو المقصد الأساسي للمتعاقدين، مثل ما هو منصوص بالنسبة للمقاول في المادة 17 فقرة 1 من الكتاب الأحمر.

وبالتالي فإن هذا الشرط يزول بزوال الالتزام الأصلي، فإذا كان العقد باطلا، أو حكم بفسخه أو استحاله تنفيذه لسبب أجنبي سقط هذا الالتزام وسقط معه الشرط الجزائي.

وهذا ويعد الشرط الجزائي تقدير جزائي، لذلك نص المشرع الجزائري على جواز إعادة النظر فيه من قبل القضاء، أي أن للقاضي تعديل تقدير التعويض الاتفاقي بالزيادة والنقص حسب الأحوال.

### ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر:

طبقا للقواعد العامة، فإن وجود خطأ من جانب المهندس الاستشاري وضرر يصيب المستفيد لا يكفي لنشوء المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون الضرر ناشئا عن خطأ المهندس الاستشاري، أي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر.

فيجب أن يكون خطأ المهندس الاستشاري هو السبب المنتج في إحداث الضرر الذي أصاب المستفيد، فلا تنقصر مسؤوليته العقدية إلا بتوفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا انقطعت هذه العلاقة انتقلت معها مسؤولية المهندس الاستشاري، والعلاقة السببية تنقطع إذا تدخل سبب أجنبي بين الإخلال بالتنفيذ والضرر الذي أصاب المستفيد، والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو فعل المضرور أي المستفيد أو فعل الغير<sup>1</sup>.

يلاحظ أن السبب الأجنبي يعمل على نفي صفة الخطأ عن عدم التنفيذ من قبل المهندس الاستشاري<sup>2</sup>، ويقع عبء إثبات انتفاء العلاقة السببية من خلال وجود السبب الأجنبي على عاتق المهندس الاستشاري، لأنه يدعي خلاف الأصل، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (176) من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت من سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup> عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 415.

الفرع الثاني: آثار المسؤولية العقدية للمهندس الاستشاري.

إذا تحققت مسؤولية المهندس الاستشاري بسبب عدم تنفيذ ما التزم به بموجب العقد المبرم مع المستفيد أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو ناقصاً أو تأخر في ذلك التنفيذ سيترتب على ذلك أن يكون الحق لصالح المستفيد من العقد ، وهذا الحق سوف يمنحه طلب فسخ العقد وله الحق في المطالبة بالتعويض عن الإخلال بتنفيذ هذا العقد، باعتبار التعويض أثراً للمسؤولية العقدية<sup>1</sup>.

أولاً: فسخ العقد بين المهندس الاستشاري وصاحب المشروع:

بالرجوع إلى نص المادة (120) من القانون المدني الجزائري التي نصت أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المنفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

كما نصت المادة (119 فقرة 1) من القانون المدني الجزائري على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

و للحصول على الفسخ القضائي يجب توافر ثلاثة شروط: أعدار المدين، وإقامة دعوى المطالبة بالفسخ، و صدور حكم بالفسخ.

وإذا أقيمت الدعوى للمطالبة بالفسخ، فالقاضي له أن يمنح المدين أجلاً للوفاء ويؤجل الحكم بالفسخ وله أن يرفض الفسخ ويحكم بالتعويض وحده إذا تبين ضالة الالتزام الذي تخلف المدين عن تنفيذه بالنسبة إلى العقد في جملته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص 449.

<sup>2</sup> زالة انورعلي، مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مفاوضات المباني و المشآت الثابتة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق، 1997، ص، 158.

وإذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ومعنى هذا أن للفسخ أثرا رجعيا ينحل به العقد لا من وقت صدور الحكم بالفسخ فحسب، بل من وقت إنشاء العقد، فيعتبر بعد صدور الحكم بالفسخ كأن لم يكن، لا ماضي ولا مستقبل له فإذا استحالت إزالة آثار ما تم تنفيذه من التزامات اكتفى بالآثر المستقبل للفسخ وسوى الماضي بطريق التعويض<sup>1</sup>.

بجانب الفسخ القضائي، يوجد الفسخ الاتفاقي وفيه تنص المادة (120) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المنفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين"

إن المقصود من هذا النص هو تمكين المتعاقدين من الاتفاق على الفسخ، فقد يتوقع المتعاقدان عند إبرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان على أنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخا وهذا الشرط قابل للتدرج، فالمتعاقدان قد يتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه، وقد يزيدان من قوة الشرط أيضا فيتفقان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم أو إلى أعذار، ويترتب على الفسخ الاتفاقي إذا كانت صيغته التي تم بها نفس آثار الفسخ القضائي، انتهاء العقد واعتباره كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (الآثر الرجعي) وإذا استحال ذلك اكتفى بالتعويض.

• هذا ولا يقتصر جزاء عدم تنفيذ الالتزام على الفسخ وحده، وإنما من حق الدائن (المستفيد) أن يضيف إليه طلب التعويض،

ثانيا: التعويض.

يعد التعويض أحد أهم الآثار المترتبة على ثبوت مسؤولية المهندس الاستشاري التعاقدية، والأصل أن يتم تقديم هذا التعويض من قبل المحكمة بحسب ما تراه مناسبا، ويجوز للمتعاقدين ابتداء تحديد مقدار التعويض من خلال

<sup>1</sup>عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص، 430.

شرط اتفاقي يدرجه المتعاقدان عند إبرام عقد الإنشاء أو في اتفاق لاحق، ويخضع التعويض الاتفاقي عموماً إلى الأحكام المقررة بشأنه في القواعد العامة<sup>1</sup>.

وقد رأينا ذلك سابقاً عندما تحدثنا عن الضرر كركن لقيام المسؤولية العقدية للمهندس الاستشاري.

أما إذا خلا العقد من الاتفاق على مقدار التعويض فيصير عندئذٍ إلى تقديره من قبل المحكمة المختصة<sup>2</sup>.

ولا يستحق التعويض إلا بعد أضرار المهندس الاستشاري<sup>3</sup> ويكون أضراره بإنذاره ويجوز أن يتم الأضرار بأي طلب كتابي آخر، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق ضمني مؤداه اعتبار المهندس الاستشاري معذراً بمجرد حلول أجل تنفيذ العقد دون حاجة إلى إنذار<sup>4</sup>.

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن القانون المدني الجزائري حدد العناصر التي يجب على المحكمة أن تأخذها بعين الاعتبار عند تقدير التعويض في أنه يجب أن يشمل التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزامه بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به، وهذا ما جاء به محتوى نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري، حيث يتبين من هذا النص أن المحكمة في تقديرها للتعويض يجب أن تنقيد بأمرين مهمين هما مقدار الضرر الذي أصاب المتضرر ومقدار الكسب الذي فاتته بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره في تنفيذه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> انظر: نص المادة (183) من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> انظر: نص المادة (182) من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> انظر: نص المادة (179) من القانون المدني الجزائري،

<sup>4</sup> انظر: نص المادة (180) من القانون المدني الجزائري

<sup>5</sup> عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 129.

وهذا بخلاف المشرع الأردني الذي قصر التعويض في المسؤولية العقدية بالضرر الواقع فعلا حين وقوعه حسب ما نصت عليه المادة (363) مدني، وهذا يعني أن التعويض عن الإخلال بالمسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني يقتصر على الخسارة الواقعة دون الكسب الفائت.

#### المطلب الثاني: مسؤولية المهندس الاستشاري التقصيرية.

لتتحقق مسؤولية المهندس الاستشاري التقصيرية يجب توفر أركان المسؤولية الثلاثة، فلا بد أن يكون هناك فعل ضار صادر من جانب المهندس الاستشاري، وضرر يلحق بالمستفيد وبالغير حسب الأحوال، وعلاقة سببية بين الفعل الضار والضرر، وتخضع هذه الأركان في أحكامها إلى القواعد العامة المقررة في المسؤولية التقصيرية. لذا، لا بد من الحديث عن هذه الأركان وكذلك لا بد من بيان أثرها. وعليه سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين.

#### الفرع الأول: أركان مسؤولية المهندس الاستشاري التقصيرية.

إن المسؤولية التقصيرية للمهندس الاستشاري تقوم في كل حالة يلحق فيها المهندس الاستشاري ضرراً بالغير، وكل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض<sup>1</sup>.

إن عنصري الخطأ والاضرار اللذان يؤديان إلى الفعل الضار أهم ما تستند إليه المسؤولية التقصيرية، حيث يعينان عدم اتخاذ درجة العناية المطلوبة التي يلتزم بها اتجاه الناس بصورة عامة، فمثلاً إذا ما انهدم بناء وتضرر أحد المارة كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على صاحب العمل بموجب المسؤولية التقصيرية وأن يرجع بالتعويض على المهندس بشرط أن يثبت في جانب المسؤول الفعل الضار الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، وما دامت المسؤولية قبل الغير الذي تضرر مسؤولية تقصيرية فإن تعدد المسؤولين عن أي عمل غير مشروع يجعلهم متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.

إن تحديد أركان المسؤولية التقديرية التي يتحملها المهندس الاستشاري إما أن ينتج من عمله الشخصي أو من عمل تابعيه.

<sup>1</sup> انظر: نص المادة (124) من القانون المدني الجزائري.

فمن حيث مسؤولية المهندس الاستشاري التقصيرية عن عمله الشخصي وجب إقامة الدليل على تحقق أركانها وهي الخطأ والضرر ثم عاهة السببية.

ولكن حتى تقع المسؤولية لا بد من توافر الخطأ الذي يجب على المدعي أن يقيم الدليل على وجود الخطأ التقصيري من جانب المهندس الاستشاري والمراد بالخطأ هنا هو كل خروج عن السلوك المألوف لأفراد الطائفة المهنية التي ينتمي إليها المهندس الاستشاري أو الخروج عن الصفة المؤكدة أو المحتملة للنتيجة المرجوة أو المستهدفة<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فلا يطلب من المهندس الاستشاري حنكة فريدة أو غير عادية بل يتوقع منه أن يظهر حد أدنى من الخبرة تعرف عادة بأنها مقبولة أو عادية وهذه المعقولة في درجة العناية تقاس بالنظر إلى الخدمات المطلوبة من شخص متخصص في تنفيذ المهام الموكلة له وعلى قدرة ذهنية ودراية هندسية وإلا فإن الإخلال بذلك سوف يعتبر إهمالاً أو سوء ممارسة مهنية<sup>2</sup>.

أما الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي فهو الضرر، ويعرف بأنه كل مساس بمصلحة مادية أو معنوية للمضرور، فينبغي أن يلحق بالمستفيد أو الغير أياً كان الضرر تتوافر فيه شروط معينة، وهي أن يكون محققاً ومباشراً ومشروعاً بمعنى أن يحصل أثر الاعتداء على مصلحة مشروعة للمضرور<sup>3</sup>.

ولكن وجود الضرر غير كاف لتحقيق المسؤولية من جانب المهندس الاستشاري، فلا بد من توفر علاقة السببية بينهما وهي الركن الثالث للمسؤولية ويراد بها قيام الصلة بين كل من الخطأ والضرر بحيث أن الضرر ما كان ليقع لولا وجود الخطأ.

فمتى توفرت الأركان الثلاثة أمكن إقامة مسؤولية المهندس الاستشاري عن فعله الشخصي، إلا أن المهندس الاستشاري بإمكانه أن ينفي مسؤوليته إذا أثبت نفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الحاصل ويكون ذلك عن طريق إثبات أن الخطأ المدعى به لا تتوفر فيه الشروط اللازمة للقول بكونه سبباً للضرر، أو بإثبات وجود سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير.

<sup>1</sup> سمير الأودن، مرجع سابق، ص 153.

<sup>2</sup> محمد الدوري، مرجع سابق، ص 199.

<sup>3</sup> إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص 94.

أما من حيث مسؤولية المهندس الاستشاري عن عمل تابعيه، فإنه قد يسأل المهندس الاستشاري وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وذلك في مواجهة المشاركين معه أو الغير أو حتى المستفيد وهو صاحب العمل، وبوجه عام يسأل المهندس الاستشاري عن الأضرار سواء أكانت مادية أم معنوية، كما يسأل عن أفعاله وأفعال تابعيه، وإذا تعدد المهندسون فهم متضامنون<sup>1</sup>.

يعتبر ممثل المهندس أبرز تابعي المهندس الاستشاري، فهو ممثله في الموقع والمكلف من قبله بمراقبة سير الأعمال الإنشائية والإشراف عليها، كما أن من تابعي المهندس أيضاً المساعدين إذ تثبت للمهندس كما لممثله سلطة تعيين عدد من الأشخاص لمساعدة ممثل المهندس في تنفيذ وظائفه<sup>2</sup>، وحتى تتحقق مسؤولية المهندس الاستشاري كمتبوع عن انحراف تابعه، لا بد من تحقق شرطين:

# **قيام علاقة تبعية:** ويتحقق ذلك بوجود ثبوت السلطة الفعلية للمتبوع اتجاه التابع وأن تتمثل تلك السلطة بالرقابة والتوجيه ثم أن ينصب ذلك على عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ويجب هنا عدم الخلط بين سلطة المهندس الاستشاري الخاصة بتوجيه تابعيه والإشراف عليهم وبين دوره الخاص بالإشراف على أعمال المقاول ومراقبة تنفيذها، إذ حتى مع افتراض وجود سلطة فعلية للمهندس في الرقابة على المقاول وتوجيهه، فإن هذه السلطة لا تثير مسؤولية المتبوع، إلا إذا تعلقت بأعمال يؤديها التابع لحساب متبوعة، الأمر الذي لا يستقيم مع علاقة المهندس بالمقاول، إذ يشرف الأول على أعمال الثاني لحساب المستفيد وبذلك فلما كان المقاول لا يعتبر تابعا للمهندس بل يقوم بعمله على وجه الاستقلال، فإن مسؤولية المهندس الاستشاري لا تفترض في مواجهة الغير عن أخطاء المقاول<sup>3</sup>.

# **حدوث الضرر بخطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها:** فمتى وجدت علاقة التبعية بين المهندس الاستشاري وممثله أو مساعديه ثم قام أي من هؤلاء بارتكاب خطأ أدى إلى الإضرار بالمقاول أو الغير وكان هذا الخطأ واقعا أثناء قيامهم بمهام وظائفهم أو بسببها قامت المسؤولية اتجاه المهندس الاستشاري في مواجهة المضرور.

<sup>1</sup> محمد الدوري، مرجع سابق، ص 198.

<sup>2</sup> فتحية قرة، **احكام عقد المقاولة**. ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص، 147.

<sup>3</sup> إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص 173.



ويتعين لقيامها أن تكون بصدد شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه، وأن يكون الضرر ناجما عن هذا الشيء ثم أن يكون المراد مسألته حارسا للشيء الذي أحدث الضرر، بمعنى أن تكون له سيطرة فعلية عليه متمثلة بسطات استعماله وتوجيهه والرقابة عليه.

ولكن، يلاحظ إن المهندس الاستشاري من وجهة نظرنا لا يعتبر حارسا لموقع العمل وما يحتويه من مواد وآلات ومعدات ، وذلك لأن السيطرة الفعلية على الموقع تبقى مقررة للمقاول وحده رغم أن مهمة المهندس الاستشاري تتمثل في إدارة الأعمال ومراقبتها باعتبار المقاول هو المسيطر الفعلي على الموقع من الناحية المادية.

### الفرع الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية للمهندس الاستشاري.

يستحق التعويض إذا قام الضرر بسبب المهندس الاستشاري، وسبب التعويض إما أنه يرجع إلى التصميم وإما أنه يرجع إلى الإنشاء، وسواء كان العيب في أصول المهنة أوفي المواد أو في الأرض، فإنه يجب أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة ومتانة البناء وأن يكون العيب خفيا. واشترط المشرع الجزائري مدة معينة يجب أن يقام خلالها دعوى الضمان وهي سنة واحدة تبدأ من وقت حدوث التهدم أو اكتشاف العيب<sup>1</sup>.

ووفقا للقواعد العامة فإن التعويض عن المسؤولية التقصيرية يشمل الخسارة الواقعة والكسب الفائت<sup>2</sup>.

كما بينت المادة (180 مكرر) من القانون المدني الجزائري الأحوال التي يستحق معها المضرور التعويض عن الضرر المعنوي، وهي التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته .

ويستفاد من النصوص السابقة من القانون المدني أن مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان الأضرار الحاصلة في البناء تمتد لعشر سنوات من تاريخ تسليم البناء لصاحبه، وأن دعوى الضمان لا تسمع بعد مرور سنة واحدة على حصول التهدم أو اكتشاف العيب،

هذا ولا تعتبر القواعد العامة في المسؤولية المدنية عموما من النظام العام، لذا يجوز لطرفي هذه المسؤولية أن

يتفقا على تعديل أحكامها، وتسمى هذه الاتفاقات باتفاقات المسؤولية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>انظر:المادة (554) من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup>انظر:المادة (180 / 1) من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup>عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص558.

يرى جانب من الفقه أن هذه الاتفاقات لا يمكن أعمالها إلا في نطاق المسؤولية العقدية<sup>1</sup>، إلا أن هذا الاتجاه منتقد من جانب آخر من الفقه والذي يرى أن هذه الاتفاقات من الممكن ورودها على المسؤولية المدنية بصورتها العقدية والتقصيرية، وأن ندرة تطبيقاتها في نطاق المسؤولية التقصيرية لا تمنع من إمكانية وجودها<sup>2</sup>، هذا ويجيز القانون المدني الجزائري مثل هذه الاتفاقات في إطار المسؤولية العقدية<sup>3</sup>، عكس القانون الاردني مثلا حيث لا نجد نص يعالج هذه الفكرة رغم أهميتها.

أما تخفيف هذه المسؤولية أو الإعفاء منها فإن أعمال المهندس إما أن تكون بشرط من المهندس الاستشاري لإعفائه من المسؤولية التعاقدية أو لتخفيفها أو أن تكون بشرط من المستفيد لتشييدها على الاستشاري. وقد يتفق المهندس الاستشاري مع المستفيد على الإعفاء من المسؤولية سواء كان الإخلال بالتنفيذ راجعا إلى خطئه أو خطأ أحد أتباعه<sup>4</sup>. ويمكن أن ترد اتفاقات المسؤولية في صورة شرط يخفف مسؤولية المهندس الاستشاري من خلال إعفائه جزئيا من المسؤولية، كأن يتفق الطرفان سلفا على تحديد مبلغ التعويض من خلال شرط جزائي يستحق عند إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية، أو أن يشترط المهندس الاستشاري في المهن التي يكون التزامه فيها بتحقيق نتيجة بأنه لا يلتزم إلا ببذل عناية<sup>5</sup>.

كما يجوز تشديد مسؤولية المهندس الاستشاري، وشرط تشديد مسؤولية المهندس الاستشاري له صور عدة، ومن قبيل هذه الصور اشتراط المستفيد بأن يلتزم بتحقيق نتيجة بعد أن كان التزامه ببذل عناية، وهذا الشرط قد يتخذ صورة قبول المهندس في عقود الاستشارات الواردة على تجديد البناء الخضوع للضمان العشري، حيث أن جانب من الفقه يقرر أن المهندس في مجال التشييد والبناء لا يخضع للضمان العشري لأن عمله يعتمد على الجهد الذهني الذي

<sup>1</sup> إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص 222.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 252.

<sup>3</sup> المادة (178 فقرة 2) من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> محمد الدوري، مرجع سابق، ص 160.

<sup>5</sup> إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص 162.

بيدله في حين أن الضمان العشري يرد على البناء وليس على الأفكار، وبمقتضى شرط التشديد فإن المهندس سيكون عندئذ ضامنا لمدة عشر سنوات لهذا الضمان، كما أن له أن يتفق على مدة أطول من ذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> سمير الأودن، مرجع سابق، ص 169.

### المبحث الثالث: إحالة المنازعة إلى مجلس فض الخلافات وإصدار قرارته.

من الضرورة معرفة الآلية التي يتم بها إحالة المنازعة لمجلس فض الخلافات، وذلك لمعرفة مدى كفاية التنظيم القانوني بالكيفية التي يتم بها إحالة المنازعة للمجلس، وبالتالي معرفة فاعلية الإجراءات التي رسمها الفيديو الأحمر لحل النزاع وهذا ما نبخته في المطلب الأول.

بالإضافة إلى قراراته التي يصدرها ومدى إلزاميتها وهذا ما نخصه في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: إحالة المنازعة إلى مجلس فض الخلافات.

من أجل معرفة الكيفية التي يتم بها إحالة المنازعة للمجلس، كان لابد من معرفة ما هي المنازعة التي يتم إحالتها للمجلس، ولذلك سيتم دراسة هذا المطلب كالتالي:

في الفرع الأول نتناول تعريف المنازعة ونوع المطالبات التي تعرض على المجلس وفي الفرع الثاني نتناول كيفية إحالة المنازعة لمجلس فض المنازعات.

#### الفرع الأول: تعريف المنازعة ونوع المطالبات التي تعرض على المجلس.

**أولاً- تعريف المنازعة:** لا يكون هنالك أثر لمجلس فض الخلافات ما لم توجد منازعة، وانطلاقاً من ذلك لابد من تعريف المنازعة، فالمنازعة لغة هي جمع نزاع أو منازعة وهما الخصومة، ويقال نازعته في كذا منازعة ونزاعاً أي خاصمته، وكذلك نازعته منازعة جاذبه في الخصومة. وبينهم نزاع أي خصومة في حق، والتنازع التخاصم.<sup>1</sup>

أما محكمة العدل الدولية فقد عرفت المنازعة بأنها خلافاً على مسألة من القانون أو الواقع أي تعارض بين وجهات نظر قانونية أو مصلحة بين شخصين، كما أنه يمكن تعريفها بأنها أي وضع يستدعي مطالبة طرف للطرف الآخر مؤيدة بالنتيجة إلى رفض الطرف الآخر لها كلياً أو جزئياً، مما يتطلب الأمر علاجاً سريعاً وفعالاً وبالتالي إحالتها إلى مجلس فض المنازعات أو التحكيم كيف ما تقتضيه الحال. علماً بأن كلمة منازعة يمكن أن تطلق على كل خلاف ناجم عن

<sup>1</sup>[www.almaany.com/home.php?language=arabic&lang\\_name](http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&lang_name)

العلاقة بين صاحب العمل والمقاول يطلب من خلالها أح دالطرفين من الطرف الآخر بالالتزام بتنفيذ التزامه أو مطالبته بمبالغ مستحقة.<sup>(1)</sup>

ووفقا لعقود الإنشاءات فان كلمة منازعة هي طلب طرف متضرر ( أو من يعتقد أنه متضرر) للحصول على ما يعتبر أن له حقا في أن يعرض عن، الضرر الذي أصابه، أو أنه يعتقد أن له حقا فيه استنادا إلى شرط ما في العقد، أو بسبب إخلال أو مخالفة الطرف الآخر للعقد، أو لسبب يتعلق بالقانون الذي يحكم العقد.<sup>(2)</sup> وقد تكون المنازعة وطنية بحتة بأن لا يتخللها عنصر أجنبي كأن تكون جميع أركانها وشروطها التي يتطلبها العقد كالمحل والأشخاص والسبب داخلية، وبالتالي تطبق عليها قواعد القانون الداخلي، مثلا في القانون الجزائري نطبق قواعد القانون المدني فيما يتعلق بعقد المقاولة.و إذا أخذنا القانون الأردني فإنه يتم تطبيق القواعد المتعلقة بعقد المقاولة الموحد الصادر عن وزارة الأشغال العامة والإسكان المشار إليها سابقاً، وهنا نجد أنه في حالة تطبيق القواعد الداخلية على عقود الإنشاءات الداخلية فإننا نجد أن القانون الأردني هو الأمثل مقارنة بالقانون الجزائري، لأنه يعتمد على نسخة عقد الفيديك مع تغيير لبعض المواد التي تتلائم مع الوضع الداخلي للمملكة الأردنية.

بالإضافة الى أن هذه المنازعة قد تكون ناشئة عن المسؤولية التقصيرية للمهندس التي يمكن أن يقيمها المقاول ضده على اعتبار أنه من الغير ولا تربطه به أي علاقة عقدية، فيكون أساس دعواه الخطأ المتمثل في الإهمال، إلا أن عقد المقاولة (FIDIC) وما يفرضه من واجبات على المهندس قد يسهل له إثبات تلك الواجبات.<sup>3</sup> كما أنه يجب توفر الضرر، فينبغي أن يلحق بالمقاول أو الغير أيا كان ضرر، بشرط أن يكون محققا، ومباشرا، ومشروعا، بمعنى أن يحصل الاعتداء على مصلحة مشروعة للمضروع، كما أنه يشترط توافر العلاقة السببية بينهما، حيث يستطيع المهندس الأجنبي نفي مسؤوليته عن طريق نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، كإثبات السبب الأجنبي ( القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل المضروع نفسه أو فعل الغير).وبالتالي هنا يجب التأكد من التوازن المالي للعقد، وهذا ما سنتطرق له لاحقا في الفصل الثالث.

<sup>1</sup>Sebastian hoekgotz, **Fidic dispute adjudication**.www.dr-hoek.de/en/beitrag?t=dispute-adjudication-Fidic,p2

<sup>2</sup>داوود خلف، دليل استخدام عقد الانشاءات (فيديك 1999) مدارك وتطبيقات. ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 2002، ص 79.

<sup>3</sup>المادة 3 فقرة 1 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

كما أن مسؤولية المهندس التصديرية لا تتوقف على مجرد حدوث خطأ صادر عنه هو بذاته في معرض ممارسته لنشاطاته الهندسية، بل تتعدى ذلك لتشمل الممارسات الخاطئة لتابعيه أيضاً، ويشترط قيام التبعية بينهما، وأن يكون الضرر بخطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو سببها.

ومن الأمثلة على المنازعات التي يمكن إحالتها للمجلس نورد مايلي: (1).

أ - أن يطالب المقاول (أ) صاحب العمل (ب) بأن يدفع به الأخير مستحقاته المالية الشهرية عن الأعمال المنجزة، أو لا يقوم (أ) ببناء صور حول الإنشاءات خلافا للعقد، فيطلب منه (ب) بناء هذا الصور، أو يبني (أ) الصور بصورة مخالفة للمواصفات، فيطلب منه (ب) هدم الصور و إعادة بنائه حسب أحكام العقد.

ب - قد يتعلق النزاع بتفسير بند العقود، ومثال ذلك ينص في العقد على وجوب تقديم كفالة حسن التنفيذ من جانب المقاول لصالح صاحب العمل دون بيان ما إذا كانت الكفالة مصرفية أم غير ذلك، وفي الوقت الذي يقدم المقاول كفالة شخصية من كفيل مليء ببنازعه صاحب العمل في ذلك مطالبا بكفالة مصرفية أو نقدية.

وبما أن عقد الفيديك الأحمر ليس من عقود الإذعان فإنه يجب على المجلس تفسير العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كما أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف، وبالتالي يستطيع أن يستفيد منها المجلس لتكملة العقد. وكذلك الحال عند وجود تعارض فيما بين قواعد الفيديك الأحمر في تفسير العقد والقواعد العامة التشريعية لتفسير العقد.

ثانياً: المطالبات التي يمكن أن تعرض على المجلس.

لا يمكن أن يخلو المشروع الإنشائي من حدوث مشاكل أو خلافات، وذلك بسبب طبيعة المقاولات وتعدد عناصرها ومخاطرها، لاسيما إذا استمر المشروع فترة طويلة في تنفيذه، وجدت أثناء التنفيذ ظروف لم تكن مأخوذة في الحساب عند وضع وثائق العطاء، أو حدوث خلافات حول تفسير أحكام العقد، يجوز للمقاول وفقاً لهذه الشروط أن يتقدم بمطالبات في مواجهة رب العمل استناداً لأحكام العقد، أو استناداً إلى القانون الذي يحكم العقد، كالمطالبة الناتجة

<sup>1</sup> عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 343

عن فسخ العقد أو إبطاله، كما يجوز لصاحب العمل أن يتقدم بمطالبات في الحالات بموجب أحكام المادة 2 فقرة 5 من عقد الفيديك<sup>(1)</sup>.

### 1-مطالبات المقاول:

قبل الشروع في أي مشروع يجب على صاحب العمل أن يعتمد على التصميم الهندسية المرخصة من الجهة الإدارية ذات الاختصاص، وبالتالي فإن مهمة تنفيذ الأعمال منوطة بالمقاول فهي الوظيفة الرئيسية له، ويقع على عاتقه التقييد بكافة المواصفات والمقاييس و الشروط التي تم الاتفاق على تنفيذها، ويجب عليه مساعدة صاحب العمل والمهندس وتقديم العون والنصح لهما فيما يتم عرضه عليه. وفي الحقيقة أن الحديث عن الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول موضوع يطول الحديث عنه نظرا لتشعبه وأهميته<sup>(2)</sup>.و يمكن أن تكون هذه المطالبات محلا للنزاع وبالتالي إحالتها لمجلس فض الخلافات، ولذلك كان لا بد من التطرق لها.

فقد تناولت المادة 20 فقرة 1 من عقد الفيديك الأحمر المطالبات التي يمكن للمقاول الاستناد إليها من أجل الحصول على تمديد لإتمام العمل الموكل به أو الحصول على دفعات إضافية وذلك على النحو التالي:

قد يرى المقاول أنه يستحق تمديدا في مدة الإتمام أو أية دفعة إضافية بموجب مادة من هذه الشروط أو لغير ذلك من الأسباب مما يتصل بالعقد. ففي هذه الحالة يجب على المقاول أن يرسل إلى المهندس إخطارا يبين فيه الحدث أو الظرف المؤدي للمطالبة بحيث لا تتجاوز مدة هذا الإخطار (28) يوما من علم المقاول أو وجوب علمه بالحدث أو الظرف.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>داود خلف، دليل عقد الانشاءات (فيديك 1999) مدارك وتطبيقات.مرجع سابق، ص80.

<sup>2</sup>علما بأن مطالبات المقاول ورب العمل ليست موضوع بحثنا ولكن لأن المقاول ورب العمل هما ركن وأساس وروح عقد الفيديك الأحمر، بالإضافة الى أن هناك العديد من الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول في عقد الفيديك الأحمر والتشريعات الداخلية (القانون المدني وقوانين المناقصات والمزايدات والأشغال العامة)، وفي إطار عقد الفيديك الأحمر تم النص عليها في المادة (4) والمادة (8) و (16)، ولعل ابرز هذه الالتزامات، التزام المقاول بالتصميم ونقل المعدات، والتزامه بتقديم ضمان التنفيذ، ومعاينة الموقع، وتقديم برنامج تنفيذ العمل، والتزامه بأداء الأعمال والعناية بها، كما يجب عليه احترام القوانين واللوائح، ومساعدة المقاولين الآخرين، ويقع عليه أيضا حماية الأشخاص والممتلكات، واجراء الاختبارات واصلاح العيوب، والتزامه بتنفيذ التغييرات في الأعمال، وتنفيذ العقد بحسن نية، وتسييد تعويضات التأخير في انجاز الأعمال وتسليمها، وأخيرا تعليق العمل وانهاء العقد.

● <sup>3</sup>لعل من أهم الحوادث التي تنشأ عنها مطالبات المقاول:العوائق المادية أو الظروف الطبيعية غير المتوقعة، والظروف الطارئة، وقد تناولها الفيديك الأحمر في الفصل التاسع عشر من الشروط العامة.

ولا يتم تمديد مدة الإتمام في حال لم يتم المقاول بإرسال الإخطار خلال تلك المدة السابقة، ولا يكون من حقه أن يتقاضى أية دفعات إضافية، وبالتالي فإنه يتم تخليت مسؤولية صاحب العمل فيما يتعلق بتلك المطالبة. كما أنه يتوجب على المقاول أن يرسل أيضا أية إخطارات أخرى تكون مطلوبة بموجب العقد، وعليه أن يقدم التفاصيل المؤيدة للمطالبة التي يكون لها صلة بالحدث أو الظرف. ويتوجب على المقاول أيضا أن يحتفظ بأية سجلات معاصرة للوقائع وفق ما يكون ضروريا لإثبات صحة أية مطالبة سواء في الموقع أو في أي مكان آخر مقبول لدى المهندس.<sup>1</sup>

ويجوز للمهندس بعد تسلمه أي إخطار أن يحتفظ بالسجلات وأن يصدر التعليمات إلى المقاول للاحتفاظ بسجلات معاصرة أخرى، فيما عدا ما يتعلق بمسؤولية صاحب العمل، وعلى المقاول السماح للمهندس بمعاينة جميع هذه السجلات، وأن يقدم له نسخا منها فيما إذا طلب منه ذلك. كما يتوجب على المقاول أن يرسل إلى المهندس خلال (42) يوما من تاريخ درايته أو على افتراض درايته بالحدث أو الظرف المؤدي إلى المطالبة، أو خلال أية مدة أخرى قد يقترحها المقاول ويوافق عليها المهندس، مطالبة مفصلة بالكامل إلى المهندس تتضمن جميع التفاصيل المؤيدة لأسس المطالبة. وتمديد المدة و/أو الدفعة الإضافية المطالب بها.

أما في حال كان للحدث أو الظرف المؤدي إلى المطالبة تأثير مستمر، فإنه يجب:

- 1- اعتبار هذه المطالبة المفصلة التي يتم تقديمها مطالبة مرحلية، و
- 2- على المقاول أن يواصل إرسال مطالبات مرحلية أخرى على فترات شهرية. محددًا فيها مدة التأخر المتراكم و/أو المبلغ المطالب به، وأية تفاصيل قد يطلبها المهندس بصورة معقولة (حيث يتعين على المقاول أن يقدم إلى المهندس بعد نهاية كل شهر كشف المطالبة بالدفع من (6) نسخ منظما على النموذج المعتمد من قبل المهندس)

• أوامر التغيير: ويمكن رد التغييرات إلى طبيعة صناعة التشييد وأعمال البناء، فقد تكون مخططات التعاقد غير دقيقة، أو تتغير موازنة رب العمل المخصصة للأعمال، أو تطرأ ظروف تستدعي التوسع في الأعمال، ولتجنب الحاجة إلى مفاوضات جديدة مع المقاول في كل مرة يكون فيها التغيير ضروريا أو مرغوبا فيه، وما قد يتسبب ذلك من تأخير وصعوبات، حيث تنص عقود المقاول عادة على حق

<sup>1</sup> المادة 20 فقرة 1 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.



3- على المقاول أن يرسل مطالبته النهائية خلال (28) يوما من تاريخ انتهاء الأثار الناجمة عن الحدث

أو الظرف، أو خلال أية مدة أخرى قد يقترحها المقاول ويوافق عليها المهندس.<sup>1</sup>

ويتوجب على المهندس، خلال (42) يوما من تاريخ تسلمه مطالبة ما، أو أي تفاصيل أخرى مؤيدة لمطالبة سابقة أو خلال أية مدة أخرى قد يقترحها المهندس ويوافق عليها المقاول أن يقيم المطالبة ويرد بالموافقة أو عدم الموافقة مع بيان تعليقاته المفصلة عليها، وله تلك أيضا الفترة يعتبر ملزما بتقديم رده على أسس المطالبة. وهذه هي المرة الأولى التي يطلب فيها عقد الفيديك من المهندس أو صاحب العمل الاستجابة لمطالبة المقاول خلال المدة المعطاة<sup>(2)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن كشف المطالبة يجب أن يشمل على الأمور التالية:

أ . القيمة التعاقدية التقديرية للأشغال المنفذة ووثائق المقاول المنتجة حتى نهاية الشهر.

ب . أية مبالغ يجب إضافتها أو خصمها مقابل تعديل الأسعار بسبب تغيير التشريعات أو بسبب تغير التكاليف.

ت . أي مبلغ يجب خصمه كمحتجزات، وأية مبالغ يجب إضافتها أو خصمها بخصوص الدفعة المقدمة واستردادها.

ث . أية مبالغ يجب إضافتها أو خصمها بخصوص التجهيزات الآلية والمواد.

ج . أية مبالغ أو خصومات أخرى تكون قد تحققت بموجب أي من أحكام العقد أو غيره .

ح . خصم المبالغ التي تم دفعها بموجب شهادات الدفع السابقة<sup>(3)</sup>.

كما وينبغي أن تتضمن كل شهادة دفع تلك المبالغ الخاصة بأية مطالبة أمكن إثبات استحقاقها بشكل معقول بموجب أحكام العقد ذات الصلة. وفي حال عدم التقديم أو إلى أن يتم تقديم التفاصيل بشكل معقول بموجب أحكام العقد ذات الصلة، وفي حال عدم التقديم أو إلى أن يتم تقديم التفاصيل الكافية لدعم كامل المطالبة، فإن استحقاق المقاول بشأنها، يكون محصورا بذلك الجزء من المطالبة الذي تمكن من أن يثبت صحة ادعائه بشأنه.

<sup>1</sup> نفس المرجع.

<sup>2</sup>Seppala, Christopher, **Fidics'Four Standard Forms Of Contract**. London, Friday, .December3, 1999; p2

<sup>3</sup>عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص178.

وعلى المهندس أن يتصرف وفقا لما نصت عليه المادة 3 فقرة 5 المتعلقة بالتحديدات و التقديرات التي تقتضي أن يقوم المهندس لأغراض الاتفاق أو إعداد التحديدات لأي أمر أن يتشاور مع كلا الطرفين في مسعى جدي للتوصل إلى اتفاق. أما إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق، فإنه يتوجب على المهندس أن يعد تحديداته بصورة منصفة بموجب أحكام العقد، أخذا بعين الاعتبار كل الظروف ذات العلاقة، ثم يقوم المهندس بإشعار كل من الفريقين عن أي اتفاق أو تحديدات يتوصل إليها ومع التفاصيل الواردة في الإشعار، إلا إذا تمت أو إلى حين أن يتم إعادة النظر فيها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة (20 فقرة 1 سالفه الذكر). ويؤخذ على هذا البند أنه لم يتم فيه تحديد مدة معينة للمهندس لكي يعد التحديدات، والاقتصار على أنه لا يجوز تأخيرها بدون مبرر مقبول:

1- أي تمديد (إن وجد) لمدة الإتمام قبل أو بعد انقضائها بموجب المادة 8 فقرة 4 المتعلقة بتمديد مدة الانجاز، والتي مفادها أن المقاول يعتبر مخولا بالحصول على تمديد لمدة الانجاز إذا حصل تأخر أو كان متوقعا أن يحصل تأخر في موعد تسليم الأشغال لأي سبب من الأسباب التالية (التغييرات، أو أي سبب لتأخير يكون مبررا لتمديد مدة الانجاز، أو الظروف المناخية المعاكسة بصورة استثنائية، أو النقص في توفر المستخدمين أو اللوازم بسبب انتشار وباء أو بسبب تغيير الإجراءات الحكومية، أو في حال أن التأخير كان يعود إلى تصرفات صاحب العمل أو أفرادها، أو أي من المقاولين الآخرين العاملين لحسابه في الموقع)<sup>(1)</sup> و/أو.

2- الدفعة الإضافية (أن وجدت) التي يستحقها المقاول بموجب أحكام هذا العقد.

وتعد متطلبات هذه المادة بالإضافة لأية متطلبات واردة في أي مادة أخرى فيما يتعلق بأية مطالبة، فإنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار أثر هذا الإخفاق (إن وجد) على التحقق المناسب من المطالبة عند تحديد أي تمديد في مدة الإتمام و/أو أية دفعة إضافية، ما لم تكن المطالبة قد تم استبعادها بموجب الفقرة الثانية من هذه المادة.

## 2-مطالبات رب العمل:

لقد نصت المادة 2 فقرة 5 من عقد الفيديك الأحمر مطالبات رب العمل، حيث جاء في نص هذه المادة أنه كان رب العمل يعتبر أن له حقا في تلقي دفعة ما، بموجب أي شرط من هذه الشروط، أو لغير ذلك من الأسباب

<sup>1</sup>المادة 8 فقرة 4 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

المتعلقة بالعقد، وأي تمديد لفترة الإشعار بإصلاح العيوب، فإنه يتعين على رب العمل أو المهندس إشعار المقاول بذلك وتزويده بالتفاصيل، أو يقوم أحدهما بإشعار المقاول، وعلى الرغم من ذلك، فإن هناك بعض الأمور لا يطلب فيها منه أن يرسل أي إشعارات تتعلق بالمبالغ المستحقة له بخصوص استهلاك الماء والكهرباء والغاز، حيث أن المقاول يكون مسئولاً عن توفير الطاقة والماء والخدمات الأخرى التي قد يحتاجها.<sup>1</sup>

أو مقابل المعدات والمواد التي يقدمها صاحب العمل إعمالاً للمادة 4 فقرة 20، حيث أنه يجب على رب العمل أن يسمح للمقاول باستخدام معدات رب العمل في تنفيذ الأشغال وفقاً للتفاصيل والترتيبات ومقابل الأسعار المحددة في المواصفات، أو مقابل أي خدمات أخرى يطلبها المقاول.

كما ينبغي إرسال هذا الإشعار في أقرب وقت ممكن عملياً بعد أن يصبح صاحب العمل على دراية بالواقعة والظروف التي أدت إلى نشوء هذه المطالبة، أما الإشعار بتمديد " فترة الإشعار بإصلاح العيوب " فإنه يجب إصداره قبل انقضائها.

ويجب أن تحدد هذه التفاصيل "مادة" العقد أو الأسس الأخرى للمطالبة، وأن تتضمن إثبات صحة ادعاء صاحب العمل بذلك المبلغ وفترة التمديد التي يعتبر أن له حقا فيها بموجب العقد. أو من أحدهما، ويجب على المهندس في مثل هذه الحالة أن يدرس تلك المطالبة بموجب أحكام المادة 3 فقرة 5 للاتفاق عليها أو اعداد التقديرات لما يلي:

(1) أي مبلغ (إن وجد) يستحق لصاحب العمل ليدفعه المقاول له، و / أو .

(2) أي تمديد ( إن وجد) لفترة الإشعار بإصلاح العيوب، عملاً بأحكام المادة 11 فقرة 13.

هذا المبلغ يمكن تضمينه كخصم في قيمة العقد وشهادات الدفع إلا أن صاحب العمل لا يعتبر مخولاً بإجراء المقاصة أو الخصم من أي مبلغ تم تصديقه في شهادة دفع، أو تقدم بأي مطالبة أخرى ضد المقاول، إلا بمقتضى أحكام هذه المادة.

<sup>1</sup>المادة 4 فقرة 19، الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

الفرع الثاني: كيفية إحالة المنازعات لمجلس فض الخلافات.

فعلى الصعيد الدولي تناولت المادة 20 فقرة 4<sup>(1)</sup> من عقد الفيديك الأحمر ابتداء طريقة إحالة المنازعة من أول نشوؤها إلى أن يتم عرضها على المجلس وذلك على النحو التالي:

ففي حال نشأ نزاع بغض النظر من أي نوع كان ( التصميم، تغيير سعر الصرف، امتداد مدة التنفيذ، إنهاء العقد) بين الطرفين، وكان متصلا بالعقد أو ينشأ عنه أو عن تنفيذ الإشغال، بما في ذلك أي نزاع حو أي شهادة أو تحديدات أو تعليمات أو رأي أو تقييم من قبل المهندس، فإنه يجوز لأي طرف إحالة النزاع خطيا إلى المجلس للحصول على قرار بشأنه، مع إرسال نسخ إلى الطرف الآخر والمهندس، وعلى أن تتم الإشارة في كتاب إحالة هذا النزاع بأنه يتم بموجب أحكام هذه المادة.

ويعد المجلس إذا كان مكونا من ثلاثة أعضاء أنه تسلم كتاب الإحالة في التاريخ الذي يتسلمه فيه رئيس المجلس، في حين أنه ينبغي على الطرفين ان يقدموا إلى المجلس على الفور جميع المعلومات و اتاحة فرصة الدخول لهم إلى الموقع والتسهيلات المناسبة وفقا لما قد يحتاجه المجلس لغايات اتخاذ قرار بشأن ذلك النزاع المطروح. حيث أنه يفترض ضمنا أن المجلس لا يعمل كهيئة تحكيم. و يفيد ذلك صراحة بأن فض المنازعات من قبل المجلس لا يرقى إلى اعتباره تحكيما أو شرط تحكيم. وفق مفهوم قانون التحكيم، وبالتالي لا تنطبق على إجراءات المجلس وقراراته ما ينطبق على إجراءات التحكيم وأحكامه، كما أنه في حالات إنهاء العقد الواردة في شروطه المواد (15) المتعلقة بإنهاء العمل من قبل صاحب العمل، و (16) المتعلقة بتعليق العمل وإنهاء العقد من قبل المقاول، (19) المتعلقة بالقوة القاهرة قد يسقط شرط فض المنازعات ولكن لا يسقط شرط التحكيم.

وبعد ذلك ينبغي على المجلس أن يصدر قراره (84) يوما من تاريخ تسلمه كتاب الإحالة ، أو خلال أية مدة اخرى قد يقترحها المجلس وبعد الحصول على الموافقة الطرفين، ويشترط في القرار الذي يصدره المجلس أن يكون مسببا، مشارا فيه أن تم إصداره وفقا لأحكام هذه المادة. مع العلم بان القرار الصادر عن المجلس يجب أن يكون مبنيا

<sup>1</sup>الكتاب الأحمر، مرجع سابق، ( المادة 4/20)

على الإجراءات الاعتيادية المتخذة من قبل المجلس واللازمة لبيان حقيقة المنازعة كالقيام بزيارات إلى موقع العمل وفحص الأعمال ومراجعة جميع الأوراق الخاصة بالمشروع بما فيه قرارات المهندس<sup>(1)</sup>.

وعند إصدار المجلس قراره يعد هذا القرار ملزم للطرفين وعليهما تنفيذه على الفور، ما لم تتم مراجعته بطريقة التسوية الودية أو بقرار تحكيم كما سيتم مناقشته لاحقاً، ما لم يكن قد تم إلغاء العقد أو إنكاره أو إنهائه، فعلى المفاوض أن يستمر في تنفيذ الأشغال وفقاً لما نص عليه العقد.

إذا لم يرضى أي من الطرفين بقرار المجلس، فعندئذ يجوز لأي منهما خلال 28 يوم من تاريخ تسلمه القرار، ان يبعث للطرف الآخر إخطاراً بين فيه عدم رضاه، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في حال لم يتم المجلس بإصدار قراره خلال الـ(24) يوماً المعينة وفقاً لأحكام هذه المادة أو حسب المدة المتفق عليها ما بين المجلس والطرفين فإنه يجوز لأي طرف خلال فترة الـ 28 يوماً التالي لفترة الأربعة وثمانين يوماً، أن يخطر الطرف الآخر بعدم رضاه.

وفي أي من الحالتين السابقتين، يجب ذكر وتحديد الأمر المتنازع عليه والأسباب التي أدت إلى عدم الرضا عنه، ومشاراً به انه صدر وفقاً لاحكام هذه المادة. وباستثناء ما تنص عليه المادة (20 فقرة 7) المتعلقة بعدم الامتثال لقرار مجلس فض المنازعات، والمادة (20 فقرة 7) المتعلقة بانقضاء تعيين مجلس فض المنازعات، فإنه لا يجوز لأي من الطرفين البدء في إجراءات التحكيم حول النزاع المعروض ما لم يكن قد تم توجيه إخطار بعدم الرضا حسب ما أشارت إليه هذه المادة.

ويكون قرار المجلس ملزماً ونهائياً لكل من الطرفين إذا قام المجلس بإصدار قراره إلى الطرفين فيما يتعلق بالمنازعة، ولم يتم أي منهما بإصدار إخطار بعدم لرضا خلال فترة 28 يوم ومن تاريخ تسلمهما قرار المجلس .

وعلى افتراض أنه قد قام أحد الطرفين أو كلاهما بإصدار إخطار بعدم الرضا، فعلى كلا الطرفين أن يحولا تسوية النزاع ودياً قبل البدء والمباشرة في التحكيم ، وما لم يتم الاتفاق بين الطرفين على غير ذلك، فإنه يجوز البدء بإجراءات التحكيم في أو بعد اليوم السادس والخمسين من تاريخ توجيه الإخطار بعدم الرضا عن قرار المجلس، حتى وإن لم تتم

<sup>1</sup>Glover geremy, **Managing Disputes is Adjudication the best or only way ?** « 13th Adjudication update seminar, 23 April 2007 , p12

محاولة تسوية النزاع وديا، وهذا ما نصت عليها المادة (20 فقرة 5) المتعلقة بالتسوية الودية، وقد تم التعرض لطرق التسوية الودية في المطلب الثاني من المبحث الأول لهذا الفصل.

كما أن نجاح إجراءات التسوية الودية يعتمد في الغالب على الثقة وقبول الطرفين للإجراءات، وعليه لا يجوز لأي طرف أن يسعى لرفض الإجراء على الطرف الآخر وإذا لم تتم تسوية النزاع وديا فإن أي نزاع حول قرار المجلس إن وجد، ما لم يكن قد أصبح نهائيا وملزما، يتم تسويته بواسطة التحكيم الدولي، ما لم يتم الاتفاق بين الأطراف على غير ذلك، على النحو التالي:<sup>1</sup>

أ- تتم تسوية النزاع نهائيا بموجب قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC).

ب- تتم تسوية النزاع من قبل هيئة تحكيم مكونة من أعضاء يعينون وفقا لقواعد التحكيم المذكورة.

ت- يجري التحكيم بلغة الاتصال المحددة بالمادة 1 فقرة 4 المتعلقة بالقانون و اللغة .

ويكون لهيئة التحكيم الصلاحية الكاملة في إعادة طرح مراجعة وتعديل أي شهادة أو تحديدات أو تعليمات أو رأي أو تقييم صدر عن المهندس، وكذلك أي قرار لمجلس فض المنازعات مما يتصل بهذا النزاع ، علما بأنه لا يوجد ما يمنع المهندس من أن يُستدعى كشاهد أو أن يقدم أدلة أمام هيئة التحكيم حول أي موضوع متعلق بالنزاع.

لن يكون أي من الطرفين مقيدا في الإجراءات أمام هيئة التحكيم بخصوص الأدلة أو الحجج التي سبق طرحها أمام المجلس قبل اتخاذ قراره، أو بأسباب عدم الرضا المبينة في إخطاره بعدم الرضا، كما يعتبر أي قرار صادر عن المجلس بينة مقبولة في التحكيم، أي أنه متى استوفى اللجوء إلى التحكيم شروطه فإن اختصاص هيئة التحكيم بالنظر للنزاع يمتد إلى كل ما يتعلق به، ولها السلطة الكاملة في مراجعة أي قرار لمجلس تسوية المنازعات، وكما هو الحال بالنسبة لمجلس فض المنازعات سواء كانت أثناء المشروع او قبل أو بعد البدء في المشروع، فكذلك الحال فيما

<sup>1</sup> إذا حاز قرار المجلس على عدم رضا الأطراف فإنه يتعين عليهم محاولة التسوية الودية للخلاف، وإلا فإنه يتم مباشرة البدء في إجراءات التحكيم التي تنص عليها المادة 20 فقرة 6 من الشروط العامة لعقود الفيديك.

يتعلق بالتحكيم حين اللجوء إليه يجوز المباشرة في التحكيم قبل أو بعد إتمام الأشغال، على أن لا يؤثر ذلك على التزامات أي من الطرفين، أو المهندس أو المجلس إذا ما تمت المباشرة بإجراءات التحكيم أثناء تنفيذ الأشغال.<sup>1</sup>

وقد نصت الشروط الخاصة للفيديك على أنه إذا تضمن العقد أحكاماً لفض المنازعات التي لا يتم حلها ودياً وذلك من خلال التحكيم التجاري الدولي، حيث تكون له مزايا عديدة مقارنة بالتقاضي أمام المحاكم الوطنية وقد يكون ذلك أكثر قبولاً لدى الأطراف. وفي جميع الأحوال يجب أن تكون إجراءات التحكيم المختارة متوافقة مع أحكام المادة 20 من الشروط العامة لعقد الفيديك، ومع ما تم ذكره في ملحق عرض العطاء.

### المطلب الثاني: قرارات مجلس فض الخلافات.

تعد القرارات الصادرة عن المجلس من أكثر المواضيع أهمية في مجلس فض الخلافات فيجب أن يكون القرار مسبباً، فمن خلالها يمكن معرفة مدى الحجية التي يكتبها القرار الصادر عن المجلس، وبالتالي هل هو ملزم لأطرافه أم لا وهذا ما سيتم التطرق له في هذا المطلب.

### الفرع الأول: تسبب القرار الصادر عن المجلس.

لقد تم الحديث في الفصل السابق عن الكيفية التي يقوم بها المجلس بإصدار قراره ولعل من أهم الشروط التي يجب توافرها في القرار أن يكون مكتوباً (فهو وسيلة إثبات لقرار المجلس، كما للكتابة أهمية مزدوجة، فمن جهة، هو يؤرخ لتاريخ إصدار المهندس لقراره بحيث يمكن معه حساب المدة اللازمة إحالة النزاع إلى التحكيم خلالها، ومن جهة أخرى فإنه يسهل مهمة التحكيم إذ يتيح لها الوقوف على قرار المهندس بحذاقيره)<sup>(2)</sup>. كما يشترط بالقرار أن يكون مسبباً. حيث إن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين يرى أن تسبب القرار يجعله أكثر قبولاً لدى أطراف النزاع، إذ تدل الأسباب المذكورة في القرار على أن المجلس قد أحاط بكل جوانب النزاع، ومن ثم أصدر القرار بعد التمعن فيه، ويضاف إلى ذلك أن التسبب الجيد لقرار المجلس يجعل هيئة التحكيم، التي قد يعرض عليها النزاع لاحقاً أكثر ميلاً إلى تأييد هذا القرار خصوصاً وأن زيارة أعضاء المجلس لمواقع العمل يجعلهم أقدر على فحص الملابس والظروف

<sup>1</sup> المادة 20 فقرة 6 من عقد الفيديك الأحمر، مرجع سابق.

<sup>2</sup> فيحاء الخالدي، شبكة المحامي الكويتي، [www.lawyerkuwait.com](http://www.lawyerkuwait.com)

التي أدت إلى ظهور النزاع، وبالتالي يستطيع المجلس أن يؤسس قراره على أسس واقعية. ويجب أن لا يتعارض هذا التسبيب مع محتوى العقد<sup>1</sup>.

ولكن ما الحل لو كان قرار المجلس و تسببيه متعارضاً مع ما نص عليه العقد؟ في الواقع، أنه في مثل هذه الحالات يتم الطعن في القرار الصادر عن المجلس أمام هيئة التحكيم أو القضاء وبالتالي عدم الأخذ به، فالعقد شريعة المتعاقدين كما أن الفيديك الأحمر رتب النصوص من حيث أهميتها فجعل الأولوية لنصوص العقد ثم خطاب القبول ثم الشروط الخاصة ثم الشروط العامة ثم المواصفات والرسومات والجدول، وأي مستندات تكون جزءاً من العقد.<sup>2</sup>

كما أنه في الأحوال التي يكون فيها المجلس مكوناً من 3 أعضاء يجب أن يصدر قراره بإجماع أعضائه، فإذا كان لبعضهم وجهات نظر مختلفة في بعض الأمور الدقيقة دون العامة أدرج ذلك في القرار الصادر، وإن كانت بعض العقود تجيز أن يصدر القرار بالأغلبية.

#### الفرع الثاني: حجية القرار على المجلس.

إن التساؤل الذي يطرح في هذه النقطة هو هل أن القرار بمجرد صدوره يكون نهائياً وملزماً لأطراف النزاع؟ . فحسبما تطرقنا له فيما يتعلق بنص المادة 20فقرة 4 من عقد الفيديك، أن القرار الصادر عن المجلس لا يكون نهائياً في حال قام أحد الأطراف أو كلاهما بالاعتراض عليه خلال مدة 28 يوم من تاريخ تسلمه القرار، ومن ثمة تم اللجوء إلى التسوية الودية ثم إلى التحكيم حسب ما هو متفق عليه في العقد واتفاقية فض المنازعات، أو في حال نشوء نزاع ولم يكن المجلس موجوداً بسبب انقضاء فترة تعيينه أو لأي سبب كان، كما أنه لا يجوز اللجوء إلى طرق التسوية الودية الأخرى أو القضاء قبل الرجوع إلى المجلس مما يعني أنها مرحلة إلزامية.

وكذلك هو الحال إذا اتفق الأطراف على إعطاء المجلس سلطة إصدار آراء استشارية يقتصر دورها على نصح الأطراف ببعض الموضوعات ذات الأبعاد غير الواضحة لهما، بحث تكون لها صفة غير ملزمة للطرفين، وعادة ما يطلب مثل هذا الرأي الاستشاري عندما يكون الأطراف بحاجة إلى بعض المساعدة بشأن تفسير بعض البنود العقدية

<sup>1</sup>المادة 20 فقرة 4 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

<sup>2</sup>المادة 1 فقرة 5 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.



الغامضة التي تؤدي إلى إعاقة مساعي تسوية النزاع. وعند إحالة مسألة التفسير إلى المجلس فإن مهمته عادة تقتصر على أساس من المستندات العقدية فقط دون سواها من الوسائل الأخرى<sup>(1)</sup>.

ولكن نرى من جهتنا أن هذه النقطة مستبعدة غالباً لأنه في نظرنا بمجرد أن وافق الأطراف على عقد الاتفاق عن طريق العقد النموذجي فيديوك، فإن النقطة الأكثر جذب في نموذج الفيديو هو الدور الذي يتمتع به المجلس، فلماذا سيكون هناك اتفاق مخالف لما جاءت به نصوص العقد النموذجي فيديوك.

ومن جهة أخرى، فإن ذلك لا يمنع من أن يكون لتلك القرارات القوة الملزمة إذا ما رضي الأطراف التنفيذ المباشر ودون تأخير، كما تمت الإشارة إليها في المادة سابقة الذكر. وبنفس الوقت نهائية. و مهما كان اثر قرارات المجلس فإن مصدرها عقدي، هو اتفاق الأطراف في عقد الإنشاء الذي يحدد فيه نطاق القوة المطلوب إصباغها على قراراته فيكون لقرار المجلس الأثر القانوني نفسه الذي يكون للاتفاقات العقدية بين الأطراف، وبما أن مصدرها عقدي فإن هذا الاتفاق يجب أن يكون سابقاً لصدور القرار. (2)

من حيث حجية قرار المجلس أمام القضاء، فيبدو أن القضاء يعامله كالرأي الفني الذي يصدر من الخبير المهني المستقل أي أنه يأخذ به على سبيل الاستئناس. ويذكر أن القضاء الانجليزي لم يتردد في مراجعة ونقض الآراء الصادرة عن الخبراء المستقلين إذا وأمكن أثاب ما شابهه من الخداع أو التواطؤ. وبخلاف ذلك، فيبدو أن القضاء، عموماً ينأى بنفسه ما أمكن عن التدخل في الجوانب الموضوعية/ الفنية للقرار.

### الفرع الثالث: عدم الامتثال لقرارات المجلس.

يلتزم الأطراف بقرارات المجلس الصادرة وفقاً لما هو مقرر من إجراءات، بموجب الاتفاق العقدي بينهم، فالقرار الصادر ملزم، ونهائي، وقابل للتنفيذ، إذا ارتضى الأطراف به ولم يتم عرضه للتسوية الودية، ولكن قد تطرأ بعض العوارض التي تعيق تنفيذ قرار المجلس، وبالتالي لابد من إيجاد حلول سريعة وبديلة تتفق مع الغاية التي تم من أجلها وضع مجلس فض الخلافات، وقد عالج عقد الفيديو حالة عدم الامتثال لقرار المجلس كما يلي:<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Peter champan, **Disputes Boards** . 2002, www.oxfordinform.com

<sup>2</sup>عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 408.

<sup>3</sup>المادة 20 فقرة 7 من الكتاب الأحمر، مرجع سابق.

قد لا يلتزم ويمتثل الأطراف لقرار المجلس بان لا يقوم أي من الطرفين بإرسال إشعار بعدم رضاه عن القرار الصادر عن مجلس فض المنازعات خلال 28 يوم من تسلمه القرار.

وبنفس الوقت أصبح القرار نهائياً وملزماً في مثل ذلك الافتراض أو الحالة يمكن للطرف الآخر إحالة موضوع النزاع إلى التحكيم دون الإخلال بأي حقوق تمسه ويترتب على ذلك أنه لا يتم تطبيق ما نصت عليه المادتان 20 فقر 4 المتعلقة بالحصول على قرار من المجلس و20 فقرة 5 المتعلقة بالتسوية الودية فيما يتعلق بهذه الإحالة، أي أنه يتم اللجوء إلى التحكيم مباشرة مسقطين ما عداها من طرق أخرى.

ومن ثم تمكين الطرف الذي صدر القرار لصالحه من تنفيذه، مع العلم بأنه يمكن تطبيق قرار المجلس الذي رفض الامتثال إليه أحد الأطراف عن طريق اللجوء إلى القضاء المستعجل والحصول على حكم قضائي بها يتخذ صفة الاستعجال وبشكل مؤقت لغايات تنفيذ القرار الصادر، مستنديين في ذلك كله إلى العلاقة العقدية التي تربط كل من الطرفين ببعضهما وإخلال الطرف الذي رفض الالتزام بقرار المجلس.

ورغم بعض الانتقادات التي كنا نشير إليها في كل مرة، إلا أننا نجد أن لمجلس فض الخلافات دور مهم وأساسي خاصة فيما يتعلق بتقريب وجهات نظر الأطراف، وأنه من البداية متابع لكل أوجه نشاط المشروع مقارنة بأية وسيلة أخرى لحل الخلاف، و في حال فشل المجلس في حل الخلاف فإنه قد تم النص على اللجوء للتحكيم لفض الخلافات في النماذج الأربعة من عقد الفيديو، وهي الكتاب الأحمر، والأصفر، والفضي، والأخضر، والتي تمت الإشارة لهم في الباب الأول من هذا البحث. وسنتطرق في الفصل الموالي للتحكيم في عقد البوت باعتباره أحد نماذج الإنشاءات المتكاملة التي نص على

عقد الفيديو في النموذج الثالث وهو الكتاب الفضي المتعلق بـ الشروط العامة لعقود المشاريع، " تسليم المفتاح " هندسة، واشتراء وإنشاء "

في هذا الفصل تطرقنا الى مجلس فض الخلافات، تعريفه ونشأته وكذا طبيعته القانونية التي اختلف الفقهاء فيها ورجحنا ان النظرية التي تقول بخصوصية هذا المجلس هي الاقرب للصواب وانه ذو طبيعة مهنية استشارية اكثر منها تحكيمية.

بالإضافة الى تطرقنا لدور المهندس الاستشاري ومدى اهميته في هذا المجلس حيث يقوم بدور جوهري فعال، والذي كان حوله العديد من الخلافات كذلك حول طبيعة عمله وهل هو محكم ام استشاري وهذا يتبع بطبيعة الحال الى الطبيعة القانونية للمجلس فالمهندس ليسمحكم لان دوره الفني يغلب على دور المحكم، كما تطرقنا الى مسؤوليته في هذا النوع من العقود.

وإذا قرر المهندس عدم وجود علاقة سببية بين النتيجة والضرر الذي ادى للمنازعة كوجود قوة قاهرة فهو يلغي اساس اللجوء الى مجلس فض الخلافات، وهنا تبدأ محاولة ارجاع التوازن المالي للعقد، وهذا ما سنتطرق له في الفصل الثالث كما تطرقنا ايضا الى كيفية احالة المنازعة الى مجلس فض الخلافات وما مدى حجية قرار المجلي في اخر هذه المنازعة وراينا انه بعد مرور المدد القانونية المنصوص عليها في عقد الفيديك يصبح قرار مجلس فض الخلافات ملزم وفي حالة عدم تطبيقه يتم اللجوء مباشرة الى التحكيم دون اللجوء الى الوسائل الودية الاخرى وهذا ما جعلنا نقف على ما اهمية النص على باقي الوسائل الودية كالوساطة في عقد الفيديك.

## الفصل الثالث

## التوازن المالي لعقد الفيديك.

إن التوازن المالي لعقد يعني وجوب تنويز نفي الالتزامات والحقوق المتقابلة في العقد وبما أننا نتحدث عن التوازن المالي لعقد الإنشاء الدولي فإننا نرجع إلى التكيف طبيعتها القانونية والتيرأينا في بحثنا هذا أنها ذات طبيعة خاصة، حيث لا تطرفا المتعاقد الأول وهي الدولة امتيازات مقرر لها وهي مستمدة من شروط طائحية، أما الطرف الأجنبي المقابل، له كذلك امتيازات أغلبها متعلقة بحقوقها المالية.

وفكرة التوازن المالي تعود إلى سنة 1910 فيفرنسا حيث ظهر تلاً ولمرة فينزا عال الشركة الفرنسية للترام- والتأكد فيها مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التوازن الشريفي في المقابل لحقمانا للالتزام بزيادة التزامات، حقاً ملتزم فياً عادة التوازن المالي لعقد. (1)

كما أن فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع إدارة التعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى الجهة الإدارية، وإنما مجال تطبيقها هو حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد ونحو خطأ منسوب إلى الجهة الإدارية، وهناك حالات يتم من خلالها المتعاقد من استحقاق التعويض دون أن ينسب لإدارة أي خطأ مع اختلاف مقدار التعويض المقرر حسب الحالة.

(2) وهذا الحال انتهى الظرف والطارئة، عملاً أمير، الصعوبات المادية غير المتوقعة، القوة القاهرة، وسنتناول فيا المبحثاً لأول الحال الأولى وفي المبحث الثاني الحال الثانية، ونخصصا المبحث الثالث الحال الثالثة، مع تخصيصا المبحث الرابع للقوة القاهرة، وإعطاء تطبيقاتا تكاليفاً علينما ذجال عقد والإشائية.

## المبحث الأول: نظرية الظرف والطارئة

وفي هذا المبحث سنتناول الحالات والنظريات التي منشأها تحقيق التوازن المالي للعقد بالتطرق للمفهومها وشروط تطبيقها بالإضافة إلى بنتناؤها وبعض التطبيقات العملية لها في مجال الإنشاءات، وذلك من خلال المطالب التالية.

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 15

<sup>2</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 216

## المطلب الأول: مفهوم نظرية الضرر والطارئة.

في هذا المطلب سنتطرّق إلى نشأة النظرية مع بعض التعريفات التي وردت في القوانين المختلفة من خلال الفقرات التالية.

## الفرع الأول: نشأة نظرية الضرر والطارئة.

إن نشأة هذه النظرية يمكننا إحالتها إلى المجلس الدولي الفرنسي الذي أقر وجودها كحالة تتوسط بين حالة قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماتها في الحالة العادية وبين استحالة التنفيذ المطلق، وبذلك تكونا الضرر والطارئة هي الحالة التي يستطیع فيها المتعاقد تنفيذ التزاماته الوفاء بها إلا أنه يلحقه في هاتين الحالتين ما يشهد ويظهر ذلك في قضية غار بور دو الصادر في 30 مارس 1916 التي تضمنت معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية التي تقوم عليها أحكام نظرية الضرر والطارئة بحيث يمكن اعتبار هذا الحكم هو أساس نظرية الضرر والطارئة.

وقد قام مجلس الدولة من خلال أحكامها داخل بعض التعديلات لهذه النظرية في نقطتين: (1)

**الأولى:** منحيتها بنظرية الضرر والطارئة، وهذا تبين خلال السنوات التالية من الحرب العالمية الأولى ولما صاحبها من تقلبات اقتصادية كان انخفاض قيمة العملة وارتفاع الأسعار، هذا ما أدب مجلس الدولة الفرنسي بالنابنكار حلول جديدة تكتمل نظرية الضرر والطارئة منحيتها بنظرية.

**الثانية:** وسع مجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه من نطاق الضرر والطارئة بحيث أصبح تشمل علناً لأفعال التي تصدر من السلطات الإدارية.

وفيما لفقها المدني الفرنسي يظهر اتجاهه يرد نظرية الضرر والطارئة حيث حاولوا أن يحددوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون المدني ما بالنسبة للقضاء فإن الضرر والطارئة تعتبر نظرية خاصة في القانون العام، حيثاً حبطت محكمة النقض الفرنسية جميع المحاولات التي أقدمت عليها المحاكم لتطبيق هذه النظرية في مجال القانون الخاص.

## الفرع الثاني: تعريف نظرية الضرر والطارئة

يقصد بها النظرية التي تنبؤ وجه ضرر وفواو حواو تغير متوقعة عند إبرام العقد لا يديها لإدارة الأطراف، يصحبها تنفيذ الالتزام من مرقالاً متعاقد مع الإدارة حيث تنبؤ بالقلّة الاقتصادية العقد والخسارة غير محتملة للمتعاقد، وفيهذه الحالة منحها المتعاقد أن يطالب الإدارة بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة. (2)

فالضرر والطارئة حسبما عرفتها المادة رقم 205 من القانون المدني لأردن رقم 1976/43

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 350

<sup>2</sup> Philippe Bolmine, « Pour un nouveau Partenariat Public/ Privé dans la Réalisation des grands projets d'infrastructure : la nation de CO-développement », RDAI, N°02 ; 1999, p

"هيوادناستثنائية عامة تظراً، لميكنفيا الوستوقعها، وترتبع لحدوثها أنتنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بـ حيث يهدد بخسار فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لأن اقتضت العدة ذلك، ويقع باطلاً كالاتفاق غير ذلك".<sup>(1)</sup>

أما القانون المدني المصري فقد عرف نظرية الضرر والطارئة في المادة 147 في فقرتها الثانية بقوله: "ومعد ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لميكنفيا الوستوقعها، وترتبع لحدوثها أنتنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً جازاً أمرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً اتفاقياً خالف ذلك"

وفيقداً الالتزام كذلك أخذ المشرع المصري بهذا النظرية بنص المادة 6 من القانون رقم 29 سنة 1947 " إذ طرأت نظراً فلميكنفيا المستطاع توقعها ولا يدلمانحاً للالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للأمر والتعدى لياقتها الاقتصادية كما كان مقدراً وقررتنا لالتزامنا لالتزاماً نبيد لقوائم الأسعار وإذا اقتضت الحال أن يبعد لأركان تنظيم المرفق العام قوا عداستغلاله وذلكت مكياناً الملتزم من أن يستمر في استغلالها ولخفصاً لأرباحها هظة إلى القدر المقبول".<sup>(2)</sup>

وبهذا النص التشريعي أصبح تطبيق نظرية الضرر والطارئة شاملاً للعقود الإدارية والمدنية علناً سواء في مصر .

كما تنص المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه " غير أنها إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لميكنفيا الوستوقعها وترتبع لحدوثها أنتنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسائر فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كالاتفاق علناً فذلك".

وهي بذلك تؤكد أن المشرع الجزائري أخذ كذلك كمتابعي التشريعات بنظرية الضرر والطارئة.

### الفرع الثالث: الأساس القانوني لنظرية الضرر والطارئة.

تعددت الآراء الفقهية في الاعتماد على أن أي معيّنات أخذها أساساً قانوني لنظرية الضرر والطارئة حيثما عتمد الرأي الأول على التوازن المالي للعقدوا اعتبرها أساساً قانونيها هذا النظرية حيثما يقبل التوازن المالي للعقد بسبب إبطار خارجي يؤدي إلى إبطاء الحق المتعاقد بالتعويض عن أساساً نظرية الظر والطارئة لأن هذا النظرية في الأصل وجدت من أجل تحقيق توازن مالي لنا لانقادات الموجهة لهذا الرأي هو أن التعويض الممنوح للمتعاقد في هذا الحال

<sup>1</sup> القانون المدني الأردني رقم 43-1976، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية رقم 2645 الصادرة بتاريخ: 1976/08/01

<sup>2</sup> جابر جاد نصار، عقود الـ BOT والتصور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام. دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 175

ة لا يغطي كافة الأضرار ولكن يعتبر مساعداً بتبسيطه في مواجهة حالة استثنائية، كما أن نظرية الضرر والطارئة لا تتدخل في إرجاء عتوان العقد إذ بقيت ضمن المخاطر العادلة لإدارة بل بدرجة معينة من التدهور.

وفي هذا قرار محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 91/32 لسنة 1992  
أنه يساق الدفع بالضرر والطارئة للمسؤولية العقدية التي يجوز للمحكمة عند ثبوتها الالتزام بالتعاقدي المرهق بالنسبة للمعقول ولا يساق هذا الدفع لبيان مسؤولية التقصيرية.<sup>(1)</sup>

أما الرأي الثاني فيعتمد على الإدارة المشتركة لأطراف العقد واعتبارها أساس قانوني لهذا النظرية، حيث إذا دخل العقد في الحالة غير العادية بسبب حدث خارجي سيؤدي هذا بالضرورة إلى أخذ إدارة أطراف العقد كأساس لهذا النظرية، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنها تعتمد على نص صريح في العقد رغم أن الضرر والطارئة لا يبرهان على توازن العقد من أجل الحفاظ على الهدف العام للعقد وهو إشباع الحاجات العامة وذلك في إطار العدالة العامة أما لرأي الثالث فهو الأنسب كونه أساساً للنظرية الضرر والطارئة فقد اتخذوا المرفق العام كأساس قانوني حيث أن الإدارة تعتبر المعقود معاً لفراد إلا أنها تبعدا عما المسئولة الوحيدة عن حسن سير إدارة المرفق العام وذلك لتوجب عليها تجاوز الضرر وغير عادية في مساهمة المتعاقد بوسائل الضرورية من أجل تأمين حسن سير وتنظيم المرفق العام.

### المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الضرر والطارئة.

إن نظرية الضرر والطارئة تتحقق إذا وقعت أحداث تنخلبتوان العقد سواء بارتفاع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف أو بانخفاض قيمتها ما يتلقاها أحداً لأطراف، ويشترط اعتبار أي من هذا لأحداث من أضرار والطارئة أو الصعوبات المرهقة ما يلي:<sup>(2)</sup>

- أن يقع ويعلم الطرف الذي يتعرض له بعد إبرام العقد.
- ألا يكون بالإمكان أخذ هفي الحساب بصورة معقولة عند إبرام العقد من قبل الطرف الذي يتعرض له.
- أن يخرج عن سيطرة الطرف الذي يتعرض له.
- ألا يكون الطرف الذي يتعرض له قد توقع احتمال تبعته.

وستنظر فيما لفرع التالية إلى أهم الشروط المتفق عليها والتي تحدد القضاء الفرنسي بموجب قضية (غازبورود) سنة 1916.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> وضح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 168

<sup>2</sup> Salah eldin Gamal Eldin, **international contracts and arbitration**. Dar Elfikr El Gamie, Alex, 2007, p60

<sup>3</sup> وضح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 170

الفرع الأول: حدوث ظرفاً واحداً استثنائي.

يمكن أن يكون هذا الظرف الطارئ من الظواهر الطبيعية كالفيضانات والزلازل والبراكين، وقد يكون من الظروف الاقتصادية كارتفاع الأجور والأسعار بشكل كبير غير متوقع وذلك بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية سيطرة عليها من التضخم علناً لاقتصاداً أو مرورها بأزمة كساد. كما يجب أن يتصف الحادث بالاستثنائية العمومية حيث لا يكون خاصاً بالمدينين بل يجب أن تكون شاملة لمجموعة من الناس. وترتيباً على ذلك فإن الحوادث الاستثمارية الخاصة بالمدينين كإفلاسها واضطراب أعمالها لتكفي لتطبيق نظرية الظرف الطارئ (1).

الفرع الثاني: كون الظرف متوقفاً وغير عادي.

يجب أن يكون الظرف الذي بدأ بالصعوبات في تنفيذ العقد غير متوقع وغير عادي، حيث من البديهي أن يتضمن كل عقد طويلاً لأجل طوارئها لا يتم كنهين توقعها العقد مثل الحروب والأزمات النقدية. وعليه تستبعد نظرية الظرف الطارئ الذي احتمل تعاقد وقوعه حيث لا يجوز له في هذا الحالة التهرب من التعويض.

الفرع الثالث: عدم إمكانية الدفع.

لا يكفي عدم توقع التعاقد حدوث الظرف لتطبيق النظرية بل يجب أن يكون بسوء عهد في هذا الظرف بالطرق العادية فإذا كان بإمكانها القيام بذلك ولكنها عسفاً ليستحق تعويضاً عما يخلو الظرف من أضرار حيث يفيد هذا الحالة أن يكون قد أخل بالتزاماته. في تنفيذ العقد وذلك وفقاً لفرصها عليهم مقتضيات حسن النية.

الفرع الرابع: كون الظرف الطارئ مستقلاً عن إرادة الطرفين.

يجب أن يكون الظرف مستقلاً عن إرادة الطرفين فإن كان للظرف علاقة بالمتعاقد، فإن النظرية لا تطبق، وينبغي عليها أن تحمل نتائج أخطائها الخاصة (2).

الفرع الخامس: قلباً اقتصادياً للعقد رأساً على عقب.

يجب أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلباً اقتصادياً للعقد رأساً على عقب قلباً اقتصادياً للعقد فكل حالة على حد هو لا يشترط أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل الالتزام مستحيلًا بل يكفي أن يجعلهم في السد كبير (3).

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 203

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1965، ص 68

<sup>3</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية. دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 169



## المطلب الثالث: آثار نظرية الضرر والطارئة.

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الضرر والطارئة، فهذا لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة تميراً للتوقعنا لوفاء بالتزامها التعاقدية، وذلك لأننا لا قوة القاهرة هي التي تكون منشرونها أن يستحيل معها تنفيذ الالتزام<sup>(1)</sup>. وفيهذه الحالة يجب علينا لإدارة مشاركة المتعاقد معها في خسارتها وتحمّل جانباً منها - كما أن الالتزامات تتبقي قائمة ولا تنقضي. وهذا ما سنراه من خلال الفقرات التالية.

## الفرع الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.

حدوث الضرر والاستثنائي لا يؤدي بالضرورة إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء التزاماته، بل يستمر في تنفيذها، وبالمقابل يطلب الجهة الإدارية أن تشاركه تحمل بعض جوانب الخسارة التي تلحقه من جراء هذا الضرر. ومنه، إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد عندما يقع الضرر فالطارئة فإن هذا لا يكون نقداً ركب خطأ عقدياً تستطيع الإدارة تيمم اقتضاها تعاقبه. كما أن توقفه عن أداء التزامه يفقد حقه فيما لا استفاد من نظرية الضرر فالطارئة وقديماً المنسبة التعويضاً التيمم كماً نحصل عليها، وذلك نظر الخصم المبالغ المستحقة عليه غير ما تأخر في تنفيذ التزامه<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على تعويض.

إن الالتزام المتعاقد في استمراره بتنفيذ العقد في ظل قيام الضرر فالطارئة يقابلها التزام الإدارة المتعاقد معها أن تشاركه جزئاً من الخسارة التي ألحقها هذا الضرر فيو يتسما التعويض عنها بأنهم وقتير تيطب بالضرر فالطارئة. ويمكن للمتعاقد مع الإدارة الحصول على هذا التعويض إذا اتفقا بينه وبين الإدارة استناداً إلى نظرية الضرر والطارئة، مع إمكانية تجاوز دفع التعويض من الإدارة مع عادة النظر في شروط العقد بما يعيد إليه توازنه، مثل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنفعة التي ينميها حق العقد توازنه المالي، وب

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 240.

<sup>2</sup> جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 183.

ذلك تتجنب الإدارة دفع مبلغ التعويض<sup>(1)</sup>

وإذا المستطاع المتعاقد التوصل لتفاهق ديبشاً أن التعويض، بوسعها اللجوء للقضاء و يقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دوناً  
نيكون لها الحقيقتي تعديل الالتزامات العقدية، ويراعينا القاضي ظرفاً والعقد والمتعاقد والذليلز مهمنا التعويض تحتلا يتوقف عن تنفيذ العقد. (2)

### المطلب الرابع: تطبيقات نظرية الظرف والطارئة أمام التحكيم. (3)

في هذا المطلب سنقوم بتوضيح قائلنا على القضايا التحكيمية التي تم فيها الإقرار بنظرية الظرف والطارئة.

حيث قامت حكومة دولة إفريقية بإعلاننا قصة محدودة لتنفيذ قضا معيننا الطري بال دائري، وبعد تقييمنا العطاءات المتما سناداً لعمال  
قضا على الشركة مقاولاً إفريقية تماماً لتفاهق لتنفيذ عدد 12 عمالنا عيانها 5 مشابيات، 7 كباري خلال ثمانية أشهر تبدأ من تاريخ استلامنا الموقع على المناقصة وأوصافنا المقدمة أيهما أقرب.

قامت الحكومة الإفريقية بسداد الدفعة المقدمة بعد حوالي سبعة أشهر من تاريخ توقيعنا العقد، نظر الضخامة العمال المطلوبين شركة المق  
اولاً تمضيها الوقت فقد قام المقاول بتوفير المعدات والعمال والمواد في ضوء البيانات المتاحة بقائمة الكميات والمواصفات لأن جهة الإدارة لم تنقبا الوفا  
ع بال التزاماتنا التعاقدية بخصوص تسليمنا موقعا لعمالنا نتيجة لوجود عوائقنا أدبنا المناقولة للميسرنا الوفا بنسبة 10%  
من التزامنا بعد مرور أربعة أشهر كاملة ونظر الكثرة العوائقنا فقامنا بالعمل بدأنا جهة الإدارة بفياز الة العوائقنا فتمكيننا المقاولنا العمل حيثما عادنا تسليمنا  
وقعدنا سبعة أشهر وأضافنا جهة الإدارة بموجبا بخطابنا موجهنا للمقاول لبعضنا لعمالنا الأخرين تمنا حوالي 15% من قيمة العقد.

ونتيجة لتأخيرنا تنفيذنا الأعمالنا لمفترضنا لانها عمنها خلال ثمانية أشهر وذلك لعدم وفا جهة الإدارة بسداد الدفعة المقدمة فور التعاقدنا تسليمنا الموق  
عنا لعمالنا الموانعنا إيقافنا لعمالنا الموقعنا ع علنا تعليمنا السلطاننا إصدارنا وأمرنا تعديلنا لتما شيمعظروفا الموقعنا استمرنا العملنا من نصف  
1996

أي يزيدنا تقدرها أربع سنوات، ونتيجة للتضخمنا أسعارنا المواد والعمالنا وضغطنا بنا لتفاهقنا اختلا توازننا العقدنا وتحملنا المقاولنا لخسارنا فادحة لأسبا  
بلا ترجله.

وطالنا المقاولنا بالتعويضنا مناسبا استنادنا اليفتاو بمجلسنا الدولة المعتمدنا وما استقر عليها أحكامنا بجاننا لجهة الإدارة بال التزاماتنا المتم  
تأفيعنا تسليمنا الموقعا لتفاهقنا عليها فينا تلكنا الموانعنا المحددنا قوتنا خرها فينا لكلنا البنا بعدنا من تاريخنا المحددنا لانها عمننا تلكنا المرحلة شيمعظروفا  
جاننا يخولنا للمتعاهقنا تنفيذنا كائنا طلبنا التعويضنا مناسبا سبنا الضررنا الذي لحقنا بمنجزنا هذا التأخير.

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 215

<sup>2</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 170

<sup>3</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، نفس المرجع، ص 173، 171

وأوضحت محكمة التحكيم أن نظرية الضرر والطارئة تتعلق بالنظام العام ويطلب أي اتفاق يحرر المتعاقد من أعمالها إذا توافرت شروطها وانتهت محكمة التحكيم بالحكم بالتعويضات الشركة عن الأضرار التي تتحملتها من أعباء مادية جسمية في تنفيذ هذا المشروع وعكس نتيجة مباشرة لأسباب خارجية عن إرادتها بخارجة عن إرادة الجهة الحكومية لم يكن في الوسع توقعها وأدت إلى استقالة مدته تنفيذ الأعمال لإنحوا ليستة أضعاف المدة التعاقدية ( ) من 8 أشهر إلى 4 سنوات ( سنوات ) مما أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وإصابته بهيمنة وانهايار تاما، ومن ثم يتعين معها عمال نظرية الحوادث الطارئة الاستثنائية لإعادة التوازن للمفقد للعقد حيث إن نظرية التوازن المالي للعقد نظرية مسلم بها في مجال العقود الإدارية فقها وقضاة أو قدر محكمة التحكيم التعويض بحولي 30% من إجمالي أعمال العقد وهو تعويض يغطي جزءا من الأعباء التي تتحملتها الشركة.

ها هي نظرية الضرر والطارئة مكننا المتعاقد مع الإدارة من استحقاق التعويض من هنا بتفصيل نظرية الضرر والطارئة، فهناك نظرية تقع للأمر بذلك، وتسا هم في إعادة التوازن المالي للعقد؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المبحث الموالي.

المبحث الثاني: نظرية فعلا الأمير

تعتبر نظرية فعلا لأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية لتعويض المتعاقد مع الإدارة وتعويبه ضا كاملا.

ولكنه تعرف فعلا أثر فعلا لأمير على تنفيذ العقد الإداري والتعويض الكامل المستحق للمتعاقد مع الإدارة نتيجة الأضرار التي تصيبه بسبب فعلا لأمير، ننظر في هذا المبحث المفهوم النظري في المطالب الأول ونخصص المطالب الثاني لشرح وتطبيق النظرية في صورها، أما المطالب الثالث فنخصصه لآثار الناتجة عن النظرية.

### المطلب الأول: مفهوم نظرية فعلا لأمير وأساسها القانوني.

#### الفرع الأول: تعريف نظرية فعلا لأمير.

" لقد تعددت التعاريف التي أطلقت على نظرية فعلا لأمير، فيعرفها الدكتور سليمان الطماوي بعلنا أنه عملي صدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها ينتج عن زيادة الأعباء المالية للمتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"<sup>(1)</sup>

" كما يعرفها الدكتور فؤاد مهنا بعلنا أنها الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة العامة التي أبرمت العقد ويكون لها على تنفيذ العقد أثر يضر بمصالح العقد"<sup>(2)</sup> وعليه يطل مفهوم نظرية فعلا لأمير على كل تصرف مشروعي صادر من السلطة العامة المتعاقدة ويكون منشأها أن يجعل تنفيذ التزام المتعاقد أكثر صعوبة، ومثال ذلك صدور لوائح تنظيمية جديدة أو مالية منشأها إضافة أعباء على المتعاقد أو عندما تقوم الإدارة بتعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة مما يتفكك له، فنظرية فعلا لأمير تختص بإجراء أفعال المشروعة التي تتخذها الإدارة المتعاقدة، ويكون منشأها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا إذ يحل المتعاقد طبقا لهذا النظرية إذا توافرت شروطها المطالبة بالتعويض الكامل عما لحق به من خسار أو ما فاتته من مكسب بسبب هذا لإجراءات.

ومناطق تطبيقه هذا النظرية في مجال العقود الإدارية هو وجوب تدخل الإدارة لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري إذا توافرت شروطها.

#### الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية فعلا لأمير.

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لهذا النظرية فمنهم من اعتمد فكرة الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية فعلا لأمير ومفادها أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي تلحقه بجرء إصدار الإدارة المتعاقدة لبعض القرارات وفق النظرية فعلا لأمير يستند أصلًا

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 624

<sup>2</sup> مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص 462

كرتمستقرتقيا لقانونا لخاصوهيا لإثرا عبالسبب .

إلأنهذالاتجاهوجهتلها لانتقاداتالتالية. (1)

- إذاتما لإسنادإلهذها لفكرة، فإنالتعويضالذييسمىمنحللمتضررسيكونبمقدارالإثراءالذيحققتها لإدارة، إلاأنالقضاءيقدرالتعويض علأساسالحقباتمتعاقدينمتضررومافاتهمكسب .

- يؤديالاعتمادعلنهذها لفكرةكأساسلنظريةفعلا لأميرالناسبتبعادالتعويضإذامصدرالإجراءالذيترتبعلها للضررللمتعاقدمنسلطة إداريةأخريغيرالسلطة المتعاقدة .

أما الجانبالثانيمنا لفقهمقداعتمدعلنفكرةالمسؤولية التعاقديةللإدارةكأساسلنظريةفعلا لأميروالتييحدداهالعقدالإداريبنفسه، ويستندونفيدلكإلأنالمتعاقدمعالإدارةلميقبلتحملمبعضالاتزاماتالأمقابلعوض، وبناءعلنذلكفإنهيفيحالزيادةالاتزاماتالملاقة عللعاقدمتعاقدمعالإدارة، فإنهيبتعينتعديلالعوضالذييحصعليلها المتعاقدا .

ولقدوجهتلها لفكرةانتقاداتعلأساسأنفكرةالمسؤولية التعاقدية، وإنكانتصلالحوقتأبرامالعقدللتعويضخاصةفيحالتعديلايمنند صوصالعقدمنقبلا لإدارتقارباتها المنفردة، إلاأنهاغيركافيةلتبريرالتعويضفيحالتمإذاكانالإجراءالمعدلصادرمنجهةغيرالجهةالإدارية المتعاقدة، كماأنالمسؤولية التعاقديةيفترضفيها إخلالاحدا لأطرافالاتزاماتالنتيجةعنا لعقد، فيحينأنفعلا لأميرلاينضمنايا إخلالمنجان بالإدارتقالاتزاماتها .

وهناكأيثالثاعتمدعلنفكرةتمساواةالأفرادأمامالأعباءالعامةكأساسلهذها لنظرية، وهو مبدأ دستوريا وجد همجلسالدولة الفرنسي .

(2)

وهذها لفكرةتعتبرأساسالتعويض، سواءكانالتعديلالذيألحقضررابالمتعاقدا صادرا منالجهة الإدارية المتعاقدة أو منغيرهامنا لهيئاتالإدارية، سواءمسالعقدبطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

ولكنيشترطلاعتمادهذالأساسالتقيدبشراطينهما: (3)

- أنيكونالضررالذييالحقالمتعاقدا ضررا خاصا .
- وأنيكونمنشأالضرراختلالالتوازنالماليالعقد .

أما الجانبالرابعمنالفقهميربأنفكرةالتوازنالماليالعقد هي فيحدداتها أساسلنظريةفعلا لأمير، حيثأنقياالتعويضالذييحصعليلها المتعاقدا

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 481

<sup>2</sup> وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 177

<sup>3</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، ص 483

لمتضرر وفقاً للنظرية ففعالاً لمير هو فكرة التوازن المالي للعقد.

وتعود هذه الفكرة إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وبناء على ذلك إذا ما تعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد لمخاطر إدارية، وكان السبب في حدوثها الإدارة المتعاقدة، وكان منشأها إصابته بأضرار أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد، فإنه يهذه الحال التعويض عنها عادة التوازن المالي لعقد لحالاتها السابقة قبل حدوثها والمخاطر الإدارية بهد فتمكينهما لاستمرار تنفيذ التزاماتها التعاقدية قبلاً لإدارة، ويكون الهدف في النهاية استمرار المرفق العام في سيره بانتظام.

ويعتبر هذا الرأي هو الأصوب في اتخاذها أساساً لمناسبتة لتعويضاً خلاف الآراء الفقهية السابقة.

### المطلب الثاني: شروط وصور نظرية فعالاً لمير.

في هذا المطلب سنعرضاً عما لشروط التمييز لخالها تستطبق على نظرية لمير وهذا أفعالاً لمير ولو في فرعاً أو لو في فرعاً ننظر لصور هذا النظرية

ة.

#### الفرع الأول: شروط نظرية فعالاً لمير.

من تعريفات نظرية فعالاً لمير يتضح لنا أن تطبيقها يتطلب توفر عدت شروط وطمينتها.

الشرط الأول - صدور الإجراء بمنجها الإدارة المتعاقدة:

حيث يتعين أن يصدر الإجراء الذي يطبقه علناً أساساً نظرية فعالاً لمير عن الإدارة المتعاقدة أو تعد التشريعات الصادرة عن الدولة أو التي تؤثر عن عقود المبرمة بواسطة أجهزتها بمثابة إجراء صادر عن نفس جهة الإدارة المتعاقدة أو التي تستحق المتعاقد بموجبها تعويضاً عن الأضرار التي لحقت به بسببها، كما أن الإجراء المتعلق بنظرية لمير قد يتخذ صورة إجراء فردياً كما لو استعملت الإدارة سلطتها في تعديل العقد مما حمل المتعاقد سائر فادحة لم تكن في حسابها وهو قتاير ما العقد فهنا يتعين تعويضها عن آثارها الضار تحفظاً على التوازن المالي للعقد.

وقد يتخذ عملاً لإدارة بصورة إجراء عام كما في حالة صدور قانوناً ولائحة أو تطبيقها بالزيادة أعباء المتعاقد أو الانقاص من منافعها.

كما أن ما تصدره السلطة التنفيذية من إجراء تعتبر وكأنها صادر من جهة الإدارة المتعاقدة فيستحق المتعاقد معاً جهة إدارية تعويضاً

ها عن أضرارها علناً أساساً نظرية عملاً لمير وذلك استناداً إلى الفكرة الوحيدة شخصية الدولة.<sup>1</sup>

الشرط الثاني - أن يكون الإجراء غير متوقع (الضرر):

ينبغي أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة معاً جهة للمتعاقد، حيث لم يتوقع حدوثه، ويشتر كفي هذا الشرط كمنظرية النظر

وفالطارئ ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية. مرجع سابق، ص 195

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع، ص 196

فإذا كان هذا الإجراء متوقفاً في إطار نصوص العقد الصريحة أو ما توؤل لإيهم تفسيرات، فإننا لأمر يكون نبذاً لمتعلق بتفسير العقد في حد ذاته، ولا حاجة بذلك لتطبيق نظرية فعلاً لأمر.

كما ذهبنا لفقها القبول أن المتعاقد الذي يتعاقد مع الإدارة في علم مسبقاً أن لها بعضاً لامتيازات من بينها حقاً لإدارة في تعديل بعض شروط وينود العقد دون الرجوع إلى المتعاقد، ومن ثم في تضييق المتعاقد مع الإدارة علمها حتماً لاستعمالها هذا الحق بالتالي، لا يحقلها المطالبة باستعمال نظرية الأمر لأن التعديل أمر متوقع منذ إبرام العقد باعتبارها من خصائص العقود الإدارية ولكن هذا الحق لإدارة في مقابلها حق المتعاقد في المطالبة بتعويض يضعنا آثار الضارة الناتجة عن هذا التعديل، وهذا الحق جعلاً لإدارة حذر في استعمالها في تعديل العقد والذير بما يؤيد لخصائرها فادحة تصيبها تمت عاقدت معها التوازن المالي للعقد.

### الشرط الثالث - أنيلحقاً لإجراء ضرراً خاصاً بالمتعاقد: (1)

يجب أن يترتب علينا لإجراء الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدت ضرراً خاصاً بالمتعاقد مع هو الضرر هو الذي يعطيها الحق في طلب التعويض ضو في نيطاً فنظرية فعلاً لأمر لا يشترط هذا الضرر الذي يصيب قدر المناجسامه ويستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد أو في إنقاصاً رباحها التي أراد الحصول عليها كما أن خصوصية هذا الضرر تكمن في وجودها بصاحبها للمتعاقد مع الإدارة فو حده، فإن كانا الضرر يصيب عامة الناس وفئ تكبيره فلا وجه لتطبيق نظرية عملاً لأمر، وهذا ما ذهب إليها المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1997/12/16.

### الشرط الرابع - تفترض نظرية فعلاً لأمر عدم خطأ الإدارة:

حيث أننا المسؤولة في نيطاً فنظرية فعلاً لأمر، وإن كانت مسؤولة عقدياً إلا أنها مسؤولة عقدياً بطلاً، أما إذا انطوى بالإجراء الضار عن لخطأ من جانب الإدارة، فإنها في هذا الحالة تسأل عن أساس هذا الخطأ تأسيساً على المسؤولة العقدية التفسيرية. (2)

الفرع الثاني: صور نظرية عملاً لأمر.

إننا لإجراء اتالتي صدرها الإدارة فتكون في شكل صور تيناً ما إجراء اتادارية خاصة وإجراء اتادارية عامة، كالتالي:

**أولاً:** الإجراءات اتادارية الخاصة:

هي عبارة عن كل إجراء فردي تصدرها الإدارة المتعاقدت وهي تمارس سلطتها في تعديل العقد، ويشمل هذا التعديل لزيادة أو النقصان ليستتبع هذا الإجراء الذي يتخذها الإدارة أن يتحمل المتعاقد أعباء جديدة. (3)

<sup>1</sup> جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 170

<sup>2</sup> دليل الاونسترال للتشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص الاونسترال، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2001، مدة اتفاق المشروع، تمديده، انهاءه، الفصل الخامس من المادة 29، ص 184

<sup>3</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 167

## 1- إجراءات التدبير المباشر فيشر وط العقد:

وتتخذها السلطة الإدارية بصفة عامة تمثل زيادة في حجم الأعمال التي يعهد بها للمتعاقد مع الإدارة، أو تقليلها عن الحد المتفق عليها وإدخال تعديلات على محال الالتزام، وذلك استناداً إلى سلطاتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة. ويشترط في ذلك أن يكون التعديل لها تأثير مباشر على صوص العقد، بحيث يتحمل معها المتعاقد أعباء إضافية، لم تكن متوقعة. (1)

## 2- إجراءات التدبير المباشر فيشر وط العقد:

حيث يترتب عليها تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء لم يكن يتوقعها، ومثال ذلك الإجراء الذي تصدرها الإدارة بوصفها سلطة قبول ليس إداري، كالأمر الصادر من الشركة المتعاقد بفتح أسلاك الكهرباء أو تغيير خط سير شبكات الصرف الصحي داخل المحافظة على سلامة المواطنين.

**ثانياً:** الإجراءات الإدارية العامة (متصلة بإجراءات تنظيم عام):

ويقصد بها الإجراءات العام، صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقد فيكون منشأها زيادة أعباء المتعاقد معها بما يؤدي إلى تعديل مباشر فيشر وط العقد أو يؤدي إلى تغيير في الظرف الخارجية المحيطة بالعقد مما يؤدي إلى زيادة الأعباء.

ومما لا شك فيها أن عمومية هذه الإجراءات تجعل الأمر أكثر صعوبة أمام المتعاقد الذي أصابها الضرر حيث أن تحقيق مسؤولية الإدارة تفويضها للحالة الدقيقة جداً ونطاقها أضيق من حالة الإجراءات الفردية الخاصة، (2) حيث أنها لإجراء وجه الكفاية المخاطب بآحكامه ليس المتعاقد مع الإدارة. ارقام فردية.

**المطلب الثالث: آثار نظرية فعلاً لأمير.**

إن توافق شرط وتطبيق فعلاً لأمير تؤدي إلى الحدوث آثار تلحق بالمتعاقد مع الإدارة وهي يمكن جمعها في الآثار في النقاط التالية.

**الفرع الأول: تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً.**

حيث أن التعويض هو النتيجة الرئيسية لتطبيق نظرية فعلاً لأمير، ويشمل التعويض ما فات المتعاقد من مكسب أو ما لحقه من خسارة، حيث يشمل كل النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدتها المتعاقد معها، وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيها المتعاقد من أرباح.

فالنسبة للنفقات هي كما للحق المتعاقد من خسار في تضمين هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقت في المتعاقد، وهذا المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديلات التي أجريتها إذ اطلبنا الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك يؤدي إلى زيادة التكاليف بدفعاً من رغبة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة.

كما أنهم الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذ هـ خسائر متنوعة أما بالنسبة لما يتوقعه من أرباحه كما فات المتعاقد مع الإدارة من مكسب اعتبارياً

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 471

<sup>2</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 167



نمنحها أي عوض عن ربحهم عملهم أو أسما له. (1)

الفرع الثاني: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير.

إن التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماتها التعاقدية في الموعد المحدد لها تلزمه بدفع غرامات يتم توقيعها عليها ما قانوناً أو بالاتفاق.

حيثما القانونيكون المشرك قد حدد هذه الغرامات بتبصيص قانونية صريحة، وذلك في القوانين المنظمة للمناقصات والمزيدات والعقود الإدارية. (2) أما الاتفاقية فتكون بتضمينها لإدارة المتعاقد تفاصيل صريحة في العقد يحدد مقدار الغرامة التي يدفعها المتعاقد معها في حالة عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية، وللمتعاقد مع الإدارة الحق في مطالبة الإدارة بتأجيل غرامات التأخير، إذا أثبتت النظرية فعلاً لميراناً لإدارة هي السبب في تأخير تنفيذ التزاماتها التعاقدية، أو جعلتها لالتزامات تصعب التنفيذ.

الفرع الثالث: فسخ العقد

إذا كان إجراء الذي تقوم به الإدارة على أساس نظرية فعلاً لميراناً يستحال تنفيذ المتعاقد لالتزاماتها التعاقدية جاز للمتعاقدم معها طلب فسخ العقد، حيث يعتبر فيه هذا الحالة فعلاً لميراناً بمثابة القوة القاهرة لأن منشروط القوة القاهرة أن تكون غير متوقعة وأن تكون مستحيلة الدفع وقد جازت تحديدها على سبيل الحصر في نموذج FIDIC المواد 20-21 وكما قررها دليل اليونسترال للمنشآت الصناعية في الفصل الخامس عشر بعنوان "إنهاء العقد". (3)

المطلب الرابع: دور نظرية عملاً لميراناً في عقود الإنشاءات الدولية.

لأنما ذلك عقود لإنشاءات دولية ذات طبيعة خاصة كما رأينا إلا أنه يتضمن خصائص العقد الإداري.

فمثلاً في حالة تطبيق شرط الثبات التشريعي للعقد يتمتع على الدولة أن تغير لمصلحتها من لوضع القانوني القائم، بمعناها القانوني الواجب التطبيق كقانوني وثراً على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف، ومثلاً ذلك تغير النصوص التشريعية التي تؤدي إلى زيادة الضرائب أو الرسوم أثناء تنفيذ عقد الإنشاء الدولي خاصة وأنهم عقد طويل المدة أو تغيير في قوانين الجمارك التي تترجمها المتعاقد مع الدولة لتبتملها أعباء مالية إضافية، ولذلك فإننا ننص على شرط الثالث باتا لتشريع في هذا النوع من العقود يعتبر حماية للمتعاقد الأجنبي مع الدولة والتي تكفلها عادة التوازن المالي للعقد عن طريق تطبيق نظرية فعلاً لميراناً،

<sup>1</sup> جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 174

<sup>2</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 491

<sup>3</sup> الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية، الأونيسترال، نيويورك، 1988، "إنهاء العقد"، الفصل الخامس والعشرون، منشورات الأمم المتحدة، ص 316 وما بعدها.

ويكون هذا الشرط أكثر انتشارا في عقود البنية الأساسية الطويلة المدة. (1)

وبالتالي فإن نظرية فعلا لأمر شأنها أن نظرية الضرر والطارئة في منح التعويض للمتعاقد مع الإدارة، مع اختلاف شروط وتطبيق كل واحد منهما، لكن في حاله إذا صادف العقد صعوبة مادية غير متوقعة هل تلتمز ما لإدارة معها بالتعويض للمتعاقد حفاظا على التوازن المالي للعقد، سناحو لالتظر قلها هذا النقطة في المبحث الثالث من هذا الفصل.

### المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وفي هذا المبحث سنتناول تعريف هذا النظرية، وشروط تطبيقها من خلال المطلب الأول، ونذكر في المطلب الثاني الآثار المترتبة على تطبيقها هذا النظرية، ونبين نماذج تطبيقاتها في المطلب الثالث

#### المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وشروط تطبيقها.

##### الفرع الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

نكون في إطار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا صادف تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعاقد مع الإدارة ولم يكن بسعده ذلك، مما يجعل تنفيذ المتعاقد للالتزام مهمرها ومكافؤ هذا ما يتطلب منا لإدارة تعويض تعويضها كاملا للغير الضرر الواقع.

ويجد تطبيق هذا النظرية مجال الواسع في عقود الإنشاءات الدولية أكثر منه في عقود أخرى ذلك لما يواجه تنفيذ هذه العقود من صعوبات ذات طبيعة مادية ولكن هذا لا يمنعنا من تطبيق هذا النظرية على العديد من العقود الإدارية كلما توفرت شروطها. (2)

ومن أنوع الصعوبات ذات الطبيعة المادية طبيعة الأرض الحثيولوجية التي تعاقدا أطرافه على أساس إقامة المشروع وعليها بحيث تنظر فجأة هذا الصعوبة وتجعل تنفيذ الالتزام صعبا التحقيق من قبل المتعاقد.

وما يميز هذا النظرية عن سابقاتها أنه هذا الصعوبات موجودة تقبل لإبرام العقد وليس بعد إبرامه، ونظر للطبيعة المادية لهذا الصعوبات

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 271

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 219.

جدها أكثر فتمت تطبيق عقود الأشغال العامة، وهذه النظرية هي من ابتكار القضاء الإداري.

**الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية.**

من أهم الشروط التي من خلالها يتم تطبيق هذه النظرية ما يلي:

**الشرط الأول:**

يجب أن تكون الصعوبات خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين فإن كانت من عمل الإدارة فإننا نكون بصدد عمل من أعمال الأمير ولا يجب أن تكون بسبب خطأ أي

من المتعاقدين أو أن لا يكون لأيم منهما دور في إحداثها. (1)

**الشرط الثاني:**

يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد فمثلاً إذا كان للمشروع والذيات التي من تنفيذها المتعاقدين يقع على صفاً بالبحر واحتاجاً لإنشاء المعالج

أو لأرض بعد انتكفهم بالعصمة فلا يجوز لها الاعتداد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأن طبيعة الأرضين تقع مسبقاً أنها بحاجة إلى

هيئة وهذه الهيئة ستكون بمكلفة. (2)

**الشرط الثالث:**

يجب أن تكون الصعوبات ناتجة عن أسباب استثنائية غير مألوفة ذلك أن الصعوبات العادية التي تصادفها المتعاقدين لا يجب أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يمكن أن

تواجه في العادة وتبتر كلفاً ضيقاً غير مألوف إذا كانت هذه الصعوبات من المخاطر العادية أو الاستثنائية. (3)

**الشرط الرابع:**

يجب أن يكون منشأ هذه الصعوبات لاحقاً لضرر المتعاقدين، حيث يتعين أن تصيب هذه الصعوبات بضرر المتعاقدين مع إدارة لأنها التعويض على هذا الضد

ر وهو أساس تطبيق هذه النظرية.

وعليه فمجال التطبيق لهذه النظرية إذ المصعب المتعاقدين مع إدارة يضر بنا جمع هذه الصعوبات، وبالتالي لا يستحق تعويض.

أما إذا أصيب المتعاقدين بالضرر فإنهم يستحقون التعويض بغير النظر عما إذا كان ضرراً بسيطاً أو جسيماً هذا كأصل عام استثناءً عليه بالقد

الذي يؤدي إلى انقلاب اقتصاديات العقد. (4)

**المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق الصعوبات المادية.**

<sup>1</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 174

<sup>2</sup> وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 181

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص 207

<sup>4</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع، ص 211.

إذا تفرقت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن هيتها تبليها أثاراً، نتطرق لهما من خلال الفرع التاليين:

#### الفرع الأول: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته.

حيث أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر على التزام المتعاقد مع الإدارة فتهيلا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ولو كانها تؤدي إلى أن يصبح أكثر رارها قوا وكلفة، ويعد هذا الأثر من أهم وسائل لإدارة تلصمان وسائل لمرق العام.<sup>(1)</sup>

#### الفرع الثاني: تعويض المتعاقد منظر فالإدارة.

يترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرور تعويض المتعاقد مع الإدارة كلما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة تكاليفها والأسعار

تعويضاً كاملاً.<sup>(2)</sup>

وهي في ذلك بمنزلة نظرية الأضرار وتختلف عن نظرية الضرر والطارئة التي لا يعدو أن يكون التعويض فيها مجرد معاناة من الإدارة لمتعاقد معها.

وعليه فإن التعويض في ظل هذه النظرية هو تعويض كما ملجبر كافة المصاريف الزيادة انقيا لأسعار التي تحملها المتعاقد مع الإدارة نتيجة

لوجود هذه الصعوبات.<sup>(3)</sup>

#### المطلب الثالث: تطبيقات نظرية الصعوبات المادية على عقد الانشاء الدولي.

نجد في نموذج عقد الفيديك تنظيم اتفاقياً يتضمن أحكاماً خاصة تخول المقاول الحق في التعويض من العمل على الرغم من عدم التقصير من جانب هذا الأخير:

- الضرر والطارئة

- تغيير التشريع وقبول النقد الأجنبي

- الصعوبات المادية غير المتوقعة.<sup>(4)</sup>

كما تنص المادة 12 فقرة 2 (م/12/ف2)

من شروط الفيديك علماً أن هذا ما صادف المقاول أثناء تنفيذ هلا أعماله وطره فمادية باستثناء الضرر والمناخية في الموقع، بشرط أن تكون هذه الأعمال والمادية لا يتوقعها المقاول فإن هيقع على عاتقها الالتزام بما يأتي:

1- إخطار المهندس بهذا العوائق والضرر والمادية فوراً

<sup>1</sup> علاء محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 175.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 728

<sup>3</sup> وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 183

<sup>4</sup> جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 186

2- إرسال صور تمهيد الإخطار للبر بال عمل.

و بمجرد تسلم المهندس لإخطار الوارد إليهم بالمقاو لفعليهم ناقشة محتواه، فإن تحقق من أنهذ هالعوائق لا يمكن توقعها من المقاو لو يعد مشاور تر بالمع مليقرر مايلي:

1- امتداد وقت التنفيذ يكون مستحقا للمقاو ل.

2- أحقية المقاو لفي الحصول على مقدار التكاليف التي تكبد هاب سبب ظهور هذ هالعوائق والظروف والتي سوف تضاف إلى قيمة العقد و علي ههستنتج منهذ هالمادة أن القاعد العامة في حاله تتوفر ظروف مادية صعبة فإن العمل هو الذي يتحمل آثارها . كما أن المعيار الذي يؤخذ به في تقرير توافر الظروف المادية غير المتوقعة هو معيار موضوعي يتعلق بالمقاو ل للممارس . كما أنه على المقاو ل الاستمرار في تنفيذ التزاماته في انتظار تقرير المهندس مددة أحقية تنفيذ المطالبه بأثر هذ هالظروف المادية من عدمه . وفي حاله تقرير المهندس أحقية المقاو ل في الحصول على آثار المترتبة عليه هذ هالعوائق فتكون هذ هالآثار كالتالي:

• تمديد فترة تنفيذ الالتزام

• حصول المقاو ل على تعويض عما تكبد هه من خسائر

وهذ هالآثار تتعد ما إذا ما تبين من العقد أنها كانت اتفاقية بين العملو المقاو ل على عكس هذ هالأمور (1)

كل هذ هبالنسبة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يصعب في بعض المرات التنفيذ، مثلها مثل نظرية الظروف الطارئة، ونظرية فعلا لأمير، ب ينما يستحيل التنفيذ في حاله القوة القاهرة، وهذ هالأمور سنبين هه في المبحث التالي.

<sup>1</sup> المادة 12 من الطبعة الرابعة من شروط عقد الفيديك المادة.

## المبحث الرابع: تحقق التوازن المالي في حالة القوة القاهرة.

إن عقود الإنشاءات الدولية يجب اعتبارها منية يجب أن تتضمن شروطاً إضافية لمواجهة استحالة تنفيذ الالتزام، فإذا المبتدئ من العقد مثل هذه الشروط وتضمنها العقد ولكنها تتعارض مع القواعد العامة للقانون الذي يحكم العقد ففيهذه الحالة يجب البحث عن ماهية القوة القاهرة وشروطها وطرفيها عنها في عقود الإنشاءات الدولية خصصنا لها في مطلباً أولاً والمطلب الثاني سننتقل لتطبيقاً نظرية القوة القاهرة.

## المطلب الأول: ماهية القوة القاهرة وشروطها وطرفيها عنها في عقود الإنشاءات الدولية.

من أساسيات فكرة المسؤولية العقدية أن يكون هنا خطأ وضرراً وأن تقو مبيّنهما رابطة سببية، وتكون استحالة التنفيذ إما فعلية أو قانونية سنعالج هذا المطلب من خلال الفقرات التالية:

## الفقرة الأولى: ماهية نظرية القوة القاهرة.

في هذا الفرع سنحاول لتحديد المصطلحات أولاً، حيث ننظر قلم فمفهوم القوة أولاً ثم المفهوم للقوة القاهرة

أولاً- القوة اصطلاحاً:

تتسبب لهيئة القوة كما لا القدرة على الشيء فلا يستوي عليها العجز وهو اسم من أسماء الله الحسنى، يشبه في حاله الأحوال، وهو أحد صفات العظمة والكمال الدالة على القوة والجبروت. ولقد سماه الحق تبارك وتعالى نفسه القوي << وَهُوَ الْقَوِيُّ الْعَزِيزُ >> (1)

وقد ورد اسم القوي في القرآن الكريم مقترناً ومصاحباً لاسمته تعالى المتين في قوله تعالى: << وَمَا خَلَقْنَا الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ \* >>

مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مَنْزِلٌ قَوْمًا أُرِيدُ أَنْ يُطِيعُونِ \* إِنَّا بِاللَّهُوَ الرُّزَّاقِدُ الْقُوَّةِ الْمَتِينُ >> (2)

وهذا المصاحبة تدوياً معنا الثبات والتنزه سبحانه فهو يؤثر ولا يتأثر بغير ولا يتغير.

<sup>1</sup> القرآن الكريم. سورة الشورى، الآية 19

<sup>2</sup> القرآن الكريم، سورة الذاريات، الآيات من 56 إلى 58.



- 1- تعذر مقاومة الحادث: حيثينطبق تعذر مقومة الحدث على كل من الطرفين والآثار المترتبة عليه
  - 2- تعذر التبوء بالحادث: إنشروط تعذر التبوء بالظرف المقصود.
  - 3- عدم خضوع الحادث لإرادة المدين: حريق، إعصار، إضراب، تشريعياً يظرو فيعرضاً لأطراف المخاطرة تحويلاً لمفترضة علم مسؤولية مطلقة
  - 4- الاستحالة: يطبق هذا الشرط بصفة رئيسية في حال اتفاق الفعل لتقصير والتبوء في حال السبب أو عتقاً لالتزام في شخصاً.
- يشترط أن يكون الحادث مستحيلًا لدفع المقصود هنا الاستحالة المطلقة كما يجب أن يتبرر بعلو ذلك استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة

فإذا ما تحققت هالشروط ينقض الالتزام المدين من المسؤولية العقدية وتنقض العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية.

1

فإذا توافرت شروط القوة القاهرة للفعل والحادث الذي عترض تنفيذ العقد، ففي القانون الخاص فإن الالتزام بالتبوء ينقض إذا كاننا استحالة الرجعة إلى سبباً جنوبيين فسخ العقد من تلقاؤه نفسه وتكون التبوء في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذ هو واقعة علم المدين بتنفيذ الالتزام المقابل والخسارة في نهاية الأمر مرتفع عليه هو الذي يتحملها، وهذا هو مبدأ احتمالات التبوء في العقد الملزم للجانبين، إلا أنه يجب أن يأخذ في الاعتبار أنها لا يوجد ما يمنعنا من تنفيذ الطرفان على تبديلاً لأثر المترتب على القوة القاهرة حيث أن الآثار ليست متعلقة بالنظام العام.

الفرع الثالث: طرق صياغة القوة القاهرة علم المستوى الدولي.

هناك طريقتين لصياغة القوة القاهرة بطريقة إنجلوسكسونية أو فرنسية.<sup>(2)</sup>

أولاً: الطريقة الإنجلوسكسونية:

مضمونها هو التحديد الجامعاً لظروف فعل سبباً للحصر لا المثال، التي تكون بصدد هالتي حاله قوة قاهرة كالحرب، الزلزال، الفيضانات، لأعاصير، الحريق، وهذه الطريقة تبين الآثار المترتبة على هذا الظرف وهو قفاً وفسخ العقد.

ولكن هذه الطريقة صعبة نوعاً ما تتطلب هالمتعاقدان المتعاقدان مندرية تماماً بقوانين الدولة التي سببها التعاقد معها بالإضافة إلى القوانين في العقود النموذجية التي سببها التعاقد.

ثانياً: الطريقة الفرنسية:

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص، 289.

<sup>2</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، نفس المرجع، ص 296.



تولت تعريف القوة القاهرة محكمة النقض الفرنسية، فاعتبرت المحكمة القوة القاهرة من الحوادث الخارجية عن إرادة المتعاقدين والتي تكون غير متوقعة ومستحيلة الدفع، وبناءً عليها إذا كان تنفيذ العقد غير مستحيل رغم ازدياد الصعوبات أو التمنفياً المتعاقد يظل ملتزمًا بتنفيذ العقد، إلا أن هذا المفهوم التقليدي يتطور، حيث توجد بعض الحالات التي تكون خارجية عن إرادة المتعاقدين ولا تؤدي إلى استحالة التنفيذ وإنما إليها ما قاله المدين، وهذا يعني قدرته على تنفيذ العقد، ولكن هذا يتطلب منه بذل أقصى جهود، ورغم ذلك فإن أحكام محكمة النقض الفرنسية تعتبر تهذها لظروفاً من قبيل القوة القاهرة.

### المطلب الثاني: القوة القاهرة فيما ذج عقود الإنشاءات الدولية.

#### الفرع الأول: القوة القاهرة في بعض نماذج عقود الإنشاءات الدولية.

- أ- في عقود الفيديك: لقد عالج العقد الفيديك fidic في طبيعتها الرابعة 1987 وهو نماذج الأكثر انتشاراً، ومتطلب لكافة المشروع وأعماله الممولة من البنك الدولي، مسألة القوة القاهرة. ولقد بين هذا النموذج في مواد مختلفة منحاً للقوة القاهرة وفقاً لصفة عامة إلى:
- الاستحالة القانونية والطبيعية التي تعود إلى العمل (م 13 فقرة 1)
  - خطر عدم التنفيذ الرجعي لظروف خارجية عن إرادته في التعاقد وهو يعود إلى العمل (م 66 فقرة 1) وقد حدد هذا النموذج لاعتبار سبباً للحصر وهي:
  - نصت المادة على أنها لا تعد من التنفيذ التي تعود إلى المقاول، عدائانية أخطار خاصة نصت عليها المادة (20 فقرة 4) تعود صراحة إلى العمل.
  - وهي الحروب، العصيان والثورات، الأيونات المشعة، الضغوط الموجبة الناتجة عن الطائرات، الإضراب السياسي، الضياع والخسارة الناتجة عن السيطرة والمقاولة على أجزاء عملاً لادائمة، ايظاً هي تطبيعية لا يستطيع المقاول تجنبها بالاحتياطات اللازمة.
  - التأخير المواد 41 حتى 48 الذي يعود إلى المقاولة التأخير الذي يعود إلى التكاليف من العمل بما عدا لإضافية باستثناء الظروف والمناخية غير الملائمة أو أسباباً للتأخير مشار إليها في هذا النموذج " وظروف خاصة. " أخرى (مادة 44/ف 1).
  - عدما التنفيذ الرجعي للمخاطر خاصة" (مادة 65) ويصفه عامة التي تعود إلى العمل، متضمنة المخاطر الخاصة المنصوص عليها بالمادة (20 فقرة 4) التدمير أو الخسائر التي تعود إلى انفجارات (مادة 65 فقرة 4) نشوباً حريقاً يمكن أن يكون في العالم يؤثر بصفة عامة على تنفيذ الأعمال (المادة 65 فقرة 2)، والأخطار الناتجة عن التشريعات المتعاقبة (مادة 70) وانخفاض سعر العملة مادة 72 فقرة 1 إذا ما حدثت خلال 28

- يومقبلرسوالمناقصةعلالمقاول. (1)
- وقدعالتبعةالجديدة 1999 كذلكفسالمسألةفيمالمادة 19
- منهاوالتيبينتالقوةالقااهرةعلسبيلالمثالالحصرونذلكبعدأنوضحتفهومها. (2)
- وهناجدالإختلافبينالطبعةالقديمةوالطبعةالجديدة،ففيالطبعةالقديمةجاأتحديدالقوةالقااهرةعلسبيلالحصر،وهذا سنة 1987،ولكننتيجةللتوسعفياستخدامهذاالنموذجتعرضاطرافالعقدالنحالاتأخرجعلتمنا لإتحادالدوليللمهندسينالاستشاريينبتغييرهذهال مادوتعويضهابالمادة 19 منالنموذجالجديدلعقدالفيديك
- 1999،والتيأعطتجالأوسلحالاتالقوةالقااهرة،بحيثتصتعليلهاعلسبيلالمثالالحصر،ولكنمعووضوابطلايمكانالخروجليلها. وتعتبرهذهالنقطةأكثرالنقاطأربحيةفيالتعاقدخاصةبالنسبةللمقاولالذييسكونمطمئناًفيحالاتتعرضها لأخطارغيرمتوقعة.
- ب-فيديلالأنونيسترالعقودالمنشآتالصناعية 1988: حيثيبيندليلالونيسترالعقودإنشاءاتالمنشآتالصناعيةسنة 1988مفيلالفصلالحاديوالعشرينمنهشروطالإعفاءمنالمسؤولية،أومايمكنأنيطلقعليهممخاطرعدمالتنفيذ.
- وقدبينهذالدليلحالتمخاطرعدمالتنفيذوعوائقتنفيذوهيصفةأامةتعودإلىالعمل.
- ويتطرقدليلالأنونيسترإلى:
- التعريفالعاملعوائقتنفيذوسوفيمكنالأطرافللتأكدمنانكلا لأحداثالتيكونلهاالخصائصالمبينةبهيالتعريفسوفتعالملعلائها عوا ئقتحولونالتنفيذ.
  - وهذاالمنهجهوالذييسيتجنبالحاجةإلىالقائمةعوائقتنفيذوسوفيعتبرهاالأطرافعوائقتنفيذ.
  - وعلاجانبالآخر،سوفيكونمنالصعوبةفيعضالأحيانتحديدأماإذاكانهناأحداًمحددتتعبطواسطةالتعريفالعام.
  - وسوفأماالأطرافأنيتضمنالتعريفالعامالعناصرالآتية: (3)
- 1- وكعنصرأول:
- فعلبالأطرافإشتراطالتنفيذمتعلقبالالتزاماتالعقديةيجبأنتمنعواسطةعوائقتانونيةأوعوائقتطبيعيةوليستمحددةعلسبيلالمثال،ولكنلات كونمبالغيبها.

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 254.

<sup>2</sup> داود خلف، عقد الإنشاءات، مرجع سابق، ص 103

<sup>3</sup> أحكام الأونسترال لعقود المنشآت الصناعية، مرجع سابق، ص ص، 282، 281، 280، 279.

- 2- وكعنصر إضافي، فإننا لأطراف قدينصونفيا العقد علناالعوائق يجبأنتكونفوقسيطرةالطرفالذي فشل فيالتنفيذ والتيلميستطعتوقعها من طقيا عند ابرامالعقد، تجنبها أو تجاوزها هيأ وتوابعها.
- 3- إذا قاما لأطراف فيشرطالإعفاء قائمة منالأحداث التي يمكنأخذها في الاعتبار كعوائق لعدمالتنفيذ بتعريفعاماً وبدون، فإن هقد يكون منالمرغوبدراسة ما إذا كان يمكن أنتضمن القائمة أي منالأحداث التالية.
- 4- الكوارث الطبيعية كالعواصف، الأعاصير، الفيضانات، والتبقيد تكون نشر وطا طبيعية في وقت محدد من العام فيموقفا لأعمال.
- 5- الحرب ( ما إذا كانت معلنة منعدمه).
- 6- الإضرابات، المقاطعات، واحتلال المصانع، أو شر وط معفية.
- 7- النقص في المواد اللازمة للإنشاءات.

وهنا قائمة منعوانقالتنفيذ تتضمن الكوارث الطبيعية والحروب (معلنة أوغير معلنة) والإضرابات وخلافه.

#### الفرع الثاني: تقدير القوة القاهرة في هذا النموذج<sup>(1)</sup>

لتقدير القوة القاهرة في هذا النموذج يجب أن يبيننا وجه الشبهوا الاختلاف بين نظام القوة القاهرة في هذا النموذج. فمن تقدير هذا النظام في نموذج اليونيستر الوالذي يبين من توقعها لاتو مخاطر القوة القاهرة التي يبين صلباً لنا لحد ائغير المتوقعه قد تستخدم كمعذر لعدمالتنفيذ العقدي.

أما نموذج الفيديك FIDIC فقد عنيبتبالأحداث التي تكون خارج سيطرة أطراف العقد ونا نتطلب أن تكون لأحداث غير متوقعة. وقد تركزت تحديد ما إذا كانت هذه الأحداث متوقعة أو منالمنكناً يتلقاها الأطراف من عدمه فيالعقد. وبالإضافة إلى الفكرتيا لتوقعوالسيطرة فإن نموذج العقد الأونيستر اليطلب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة التجنب علنا الرغم من بذل العناية الرجلا عادي، أم افكرة عدم القدرة على تجنب الحادث فهم مفهومه ضمناً في فكرة استحالة تنفيذ العقد واستحالة تنفيذ الالتزام في نموذج الفيديك.

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 261

## الباب الثاني

### حل المنازعات المتعلقة بعقود البوت

في الوقت المعاصر ازداد تدخل الدولة في مجال الاستثمارات الدولية، وذلك بمشاركتها المباشرة في أشكال جديدة من العقود، ومن هذه العقود عقود البوت، حيث تعتبر هذه الأخيرة من العقود الحديثة في الدول النامية خاصة، فإن شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاعات فيها كذلك يعتبر حديثاً متزامناً، مع حداثة هذا النوع من العقود، رغم أنه في الواقع العملي لا يعد مستحدثاً. والطرف الأكثر تمسكاً بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي يمكن أن تثور خلال تنفيذ العقد هو المستثمر الأجنبي -صاحب الامتياز- وذلك خوفاً منه لعدم تحقيق المساواة بينه وبين الدولة المتعاقدة في حالة اللجوء إلى المحاكم الداخلية.

والتحكيم الذي يهمننا في هذا الفصل ليس التحكيم الداخلي و إنما التحكيم التجاري الدولي، وذلك رغم المزايا والضمانات التي توفرها قوانين الاستثمار في كثير من دول العالم.

ولذلك سنتطرق في هذا الباب بداية إلى التعريف بعقود البوت وهذا في فصل اول، ثم في فصل ثان لماهية التحكيم، حيث نتناول مفهوم التحكيم و دور المحكم وطرق اختياره في هذا النوع من العقود، ثم موقف كل من القانون والقضاء والفقهاء من اللجوء للتحكيم الدولي في هذا النوع من العقود، اما الفصل الثالث نخصه لموقف المعاهدات والاتفاقيات والهيئات من التحكيم في منازعات عقود البوت والعقود المرتبطة بها كعقد نقل التكنولوجيا.

## الفصل الأول

### ماهية عقود البوت BOT

سننتاول في هذا الفصل عقد البوت الذي يعتبر أهم عقود ونماذج الإنشاءات الدولية حيث سنركز على مفهوم العقد بالتطرق لتعريفه وفوائده وأنواعه وأهم النظم التمويلية الشبيهة به وهذا في المبحث الأول، ثم في المبحث الثاني سننترق للهياكل التعاقدية لهذا العقد وطرق تمويله ونخصص المبحث الثالث لكيفية إنهاء عقود البوت.

## المبحث الأول: مفهوم عقد البوت.

يعتبر عقد البوت من أكثر النماذج جاذبية فيما يخص الإنشاءات، وخاصة التي تهتم بالمشاريع الضخمة والبنى التحتية، ولإعطاء مفهوم واضح لهذا النوع من العقود سنقسم المبحث الأول إلى ثلاثة مطالب، الأول تعريف عقد البوت وموقف المشرع الجزائري من هذا النوع من العقود مع تبيان أهميته وأطرافه، والمطلب الثاني أنواع عقد البوت والثالث نخصه للتمييز بينه وبين غيره من النظم التمويلية.

## المطلب الأول: تعريف عقد البوت، أهميته وأطرافه.

تعتبر عقود البوت، أحد أهم أساليب الخصخصة للمرافق العامة، حيث تسند الإدارة إلى القطاع الخاص مهمة إنشاء وإدارة والمشروع مدة معينة ثم ترجعه للإدارة المالكة الأصلية للمشروع وهي بذلك تضمن السيطرة الإستراتيجية على مشروعها.<sup>(1)</sup> وفي هذا الفرع سنتناول تعريف عقد البوت مع التركيز من خلال التعريف إذا كانت الجزائر قد طبقت في مشاريعها هذا النوع من العقود أم لا، مع بيان أطرافه والفوائد الناجمة من إتباع هذا النوع من العقود.

## الفرع الأول: تعريف عقد البوت وموقف المشرع الجزائري منه.

، وهو BOTأولاً : تعريف عقد البوت: يعتبر عقد البوت تطبيق جديد لنظام الامتياز الذي أوجده النظام الرأسمالي ويطلق عليه " : هي اختصار كلمة B" حيث أن "Building, Operate, Transfer" تعبير انجليزي يعد اختصارا لمصطلح معين هو " ، وتعني تشغيل أو إدارة المشروع، (Operate): هي اختصار لكلمة O، وتعني بناء أو تشييد أو إقامة المشروع و (Building) وتعني نقل ملكية المشروع إلى الإدارة التي طلبت إنشاء المرفق.(Transfer): هي اختصار لكلمة، Tو )<sup>2</sup>"(Construire, Exploiter, Transfère) وهي اختصار للكلمات.C.E.T.ويقال بالفرنسية ( وقد تعددت التعاريف التي أطلقت على هذا النظام.

<sup>1</sup>Lyonnet Du Moutier, « **Financement sur projet et Partenariat Public- Privé : La Relation entre Concédant et concessionnaire dans les Bot d'infrastructure** ».Revue trimestrielle, politique et management public, volume 21, Mars,2003,p5

<sup>2</sup>Abdullah.M.Aldmour, **la venir de l'arbitrage de protection des investissements dans les contentieux des contrats internationaux de construction**.conférence, building and construction contractsbetweentraditionallegalrules and developedlegalsystems, Dubai, 19-21 april, 2010, p387

حيث عرفته المنظمة الدولية للتنمية الصناعية على أنه "اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل وأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح فيها له بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، أو أية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد على ما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار. وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص ديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة"<sup>(1)</sup>

كما يعرف نظام البوت على أنه عقد بين طرفين أحدهما مالك لمشروع معين، قد يكون الدولة أو أحد وحداتها، والثاني مستثمر من القطاع الخاص -محلي أو أجنبي- على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة لمشروعه، بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده، ثم تشغيله وإدارته فترة من الزمن يتم الاتفاق عليها، يستغل فيها المستثمر المشروع ليستعيد ما تكبده من نفقات، ويحقق أرباحا مناسبة، وفي نهاية المدة المتفق عليها يعيد المشروع إلى مالكة الأصلي.<sup>(2)</sup>

والفكرة الأساسية في مشروعات البوت تكمن في أن الشركة أو مجموع الشركات الخاصة التي تقوم بتنفيذ مشروع البنية الأساسية سوف تسترد النفقات التي أنفقتها على المشروع من الدخل الذي يحققه، وبذلك تتفادى الحكومة أو إحدى هيئاتها اللجوء إلى الاقتراض من الدول أو البنوك العالمية.<sup>(3)</sup>

وبما أن أحد أطراف العلاقة في عقود البوت هي دائما الدولة فإننا نرى أن يتضمن التعريف الثاني لفظ الدولة أو أحد هيئاتها، ونحذف لفظ المالك أصلا، حتى لا يتبادر للذهن إمكانية أن يكون المالك طرفا خاصا.

وعقود البوت عبارة عن نظام مقعد تتداخل فيه العديد من العقود والأطراف بعضهم ذا مصالح مشتركة وبعضهم قد تكون مصالحهم متعارضة بعض الأحيان.

<sup>1</sup> وضح محمود الحمود، مرجع سابق، ص ص 32-33

<sup>2</sup> حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاءات والتشغيل وإعادة المشروع. دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 27

<sup>3</sup> صالح بكر الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت BOT البناء والتشغيل- نقل الملكية. الطبعة الأولى، دار بلال للطباعة، بيروت، 2000، ص 17

وتكون البداية باتفاقية المشاركة التي تحدد حقوق والتزامات المشاركين في إطار شركة المشروع وكذلك كيفية إدارتها وتكلفة إقامتها والعائد المتوقع منها وفي اتفاقية المشاركة تتفق أكثر من شركة على تكوين شركة واحدة تجمع كافة الشركات المساهمة وغرضها بناء إدارة مشروع من مشروعات البنية الأساسية<sup>(1)</sup>

ثم بعد ذلك تأتي مرحلة اختيار الحكومة لأحد المتنافسين من شركات المشروع.

**ثانياً: موقف المشرع الجزائري من عقد البوت:** لم يتطرق المشرع الجزائري للنص على عقود بتسمية البوت، ولكنه نص في بعض القوانين على كيفية إبرام مشاريع تشبه إلى حد ما نظام البوت، حيث أن الإهتمام بنظام البوت بدأ من منتصف التسعينيات على غرار باقي الدول النامية تقريباً، و ذلك بهدف البحث عن مصادر تمويل جديدة لبناء و تشغيل البنية الأساسية للمرافق العمومية، نظراً للضائقة المالية التي كانت تعاني منها البلاد آنذاك. و كان ذلك لأول مرة بمنح امتياز الطرق السريعة بموجب المادتين 166، 167 من الأمر رقم 95/27 المؤرخ 30 ديسمبر سنة 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، و التي تم تنظيم شروط و كفاءات منحه بعد ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/308 المؤرخ في 18 سبتمبر سنة 1996<sup>2</sup>. و بعد ذلك ازدهر هذا النظام في الجزائر ليشمل باقي المرافق العمومية، كالمطارات، و الموانئ، و المنشآت الأساسية.

و قد اهتمت الجزائر كغيرها من الدول النامية بهذا النظام الجديد للأسباب التالية:

- \_ أن التمويل يتم خارج ميزانية الدولة، مما يجنبها نفقات جديدة ربما لا تستطيع توفيرها.
- \_ تنفيذ الدولة للمشروعات الاستثمارية بشكل أكثر كفاءة و أقل تكلفة عن طريق أحسن الوسائل و أحدث التكنولوجيا، مما يؤدي إلى الرفع من مستوى الخدمات، الأمر الذي لا تستطيع الدولة النامية تحقيقه بإمكانياتها البسيطة<sup>3</sup>.
- \_ غرس مفاهيم جديدة مغاها أن القطاع الخاص أصبح قادراً على المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية، و قد كان القطاع العام في مرحلة النظام الاشتراكي يتولى إقامة المشروعات بأعلى التكاليف و أقل النتائج و أضعف التكنولوجيا، و لا يخفي ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للمال العام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> احمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 33

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 1996، ص 08.

<sup>3</sup> أنظر جريدة الشروق اليومي العدد 2478 بتاريخ 13 ديسمبر 2008: مقال للصحفي عبد الوهاب بوكرواح بعنوان الشركات الجزائرية تدفع 20 ألف دولار عن كل يوم تأخير لأصحاب البواخر و السبب في ذلك هو رداءة خدمات الشحن البحري و التفريغ بموانئ الجزائر. حيث يتطلب تفريغ باخرة من الحجم المتوسط بميناء الجزائر العاصمة 4 أيام عمل، مقارنة مع 8 ساعات عمل بميناء مرسيليا، و مدة 6 ساعات بميناء جبل علي بالإمارات العربية و مدة 3 ساعات بميناء سانغفورة.



ومثال عن هذه المشاريع نأخذ بعض المجالات كالتالي:

\* في مجال المياه: وهذا ما نصت عليه المادة 17 من قانون المياه حيث نصت على أنه " تخضع كذلك للأملاك العمومية

الاصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز

والاستغلال، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص"<sup>(1)</sup>

وهي بذلك تكون قد استعملت نظام البوت دون أن تكون قد نصت عليه أو عرفته بالاسم.

وقد استخدمت الدولة هذا النظام في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة، وذلك

بتشجيع من الشركة العامة الجزائرية للمياه التي أخذت على عاتقها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية بتنمية وتسيير قطاع المياه في

الجزائر. (2)

" Accion AGUA والإسبانية "SNCLavalin وفي هذا المجال وقعت شركة مياه تيبازة عقدا مع الشركة الكندية

بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم وإنشاء ثم تشغيل محطة تحلية مياه البحر، وذلك لمدة 25 سنة. (3)

\* في مجال الطرق السريعة : حسب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المتعلق بامتياز الطرق

السريعة<sup>(4)</sup> يخضع انجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها واشغال تهيئتها و/ أو توسيعها الى منح الامتياز

كما ينص عليه هذا القانون، وتلتزم الشركة صاحبة الامتياز علنفتتها ومسؤوليتها بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات

والأشغال والعمليات المالية المرتبطة بالامتياز، في حين تلتزم الشركة صاحبة الامتياز على الخصوص بضمان تمويل

جميع العمليات المنصوص عليها في الاتفاقية، كما تلتزم بأن تضع تحت تصرف صاحب الامتياز مجموع الاراضي

الضرورية لبناء كل مقطع قبل تاريخ انطلاق الأشغال المحددة.

<sup>1</sup>قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، عدد60، الصادرة في 2005/10/04

<sup>2</sup> Mahmoud Mamart, « Gestion de L'eau en Algérie : Du monopole étatique à la concession ». Quotidien EL Watan, du 27 Juin 2005, Sur le site : [www.djazairiss.com/fr/elwatan/22029](http://www.djazairiss.com/fr/elwatan/22029)

<sup>3</sup>Communiqué de presse de SNC Lavalin, « SNC-Lavalin obtient un contrat pour une nouvelle usine de désalement d'eau de mer pour L'algérie ». Motréal, 16 Juin, 2008, sur le site : [www.snclavalin.com/news.php?lang=fr&id=383&action=press\\_releases&paging=1&current\\_year=2008&start=11](http://www.snclavalin.com/news.php?lang=fr&id=383&action=press_releases&paging=1&current_year=2008&start=11)

<sup>4</sup>المرسوم التنفيذي رقم 308/96، يتعلق بامتياز الطرق السريعة..

ويتولى صاحب الامتياز تحديد الأراضي التابعة للملحقات العقارية للإمتياز على نفقة صاحب الامتياز الذي يلتزم باحترام جميع التنظيمات، ويتحمل جميع النفقات الضرورية لبناء الطريق السريع وتكيفه وصيانته، كما يلتزم بالتهيئة في كل وقت وعند الضرورة بالتعجيل في استعمال جميع الوسائل التي من شأنها أن تضمن استمرارية حركة المرور في ظروف حسنة، ما لم تعثره القوة القاهرة.

في حالة عدم امتثال صاحب الامتياز للالتزامات التي يفرضها عليه دفتر الأعباء يقرر منح الامتياز سقوط حقوقه بعد الإعذار غير المتبوع بالتنفيذ، على حسابه، على ألا يتحمل تبعه ذلك في حالة استحالة الوفاء بسبب ظروف القوة القاهرة، طبقا للمادة 30 من القانون 308/96 المتعلق بامتياز الطرق السريعة

وعملا بأحكام المادة 32 من نفس القانون، لا يمكن التنازل عن امتياز بناء الطريق السريع وصيانته واستغلاله، سواء جزئيا أو كليا، ما لم يحز صاحب الامتياز على ترخيص مسبق من منح الامتياز، وهنا نجد كذلك نقطة الاختلاف في مضمون عقد البوت بالنسبة لهذا النوع من عقود الامتياز فرغم التشابه بينها الا ان عقد البوت من اساسيات العقد ودون الحاجة الى ترخيص لاحق فان الملكية تنتقل من منح الامتياز للمقاوم صاحب الامتياز آليا حسب شروط عقد البوت.

\* في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز : كما نجد أيضا أن القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز نص على مصطلح امتياز، في المادة 02 "الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات".

وأضافت المادة 07 من ذات القانون، أنه " ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام رخصة للاستغلال".<sup>(1)</sup>

ومن خلال المواد السابقة نجد أن المشرع الجزائري أورد المراحل المتضمنة في عقود البوت وهي الإنشاء والاستغلال و إعادة المشروع للدولة بإعتبار أن توزيع الكهرباء نشاطا للمرفق العام.

وبنفس الطريقة المنصوص عليها أبرمت شركة كهرباء سكيكدة، التابعة لشركات عمومية وهي سوناطراك وسونالغاز والوكالة<sup>(1)</sup> بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة SNC" عقدا مع مجموعة AEC الجزائرية للطاقة " 12 سنة مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة.

<sup>1</sup> قانون رقم 02-01 مؤرخ في 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية، عدد 08 الصادرة في 06 فبراير 2002، أنظر في ذلك الموقع: [www.en.wikipedia.org/wiki/SNC-Lavalin](http://www.en.wikipedia.org/wiki/SNC-Lavalin).

ولكن ما يلاحظ على هذه العقود التي أبرمتها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية بصيغة الإنشاء والتشغيل تكون بمساهمة الرأس المال الوطني بنسبة كبيرة، وبذلك نكون قد ابتعدنا عن المعنى الحقيقي الذي يهدف له نظام البوت، حيث أن عقود البوت لها سياسة تمويلية خاصة.

كما أن قانون الصفقات العمومية الجزائري نص في مواده 2 و 29 فقرة<sup>(2)</sup> على العمليات التي تشبه مراحل تطبيق عقد البوت، إلا أنه لا يشمل جميع الأحكام التي تنظم عقد البوت وتغطي مفهومه.

وبذلك وإن كانت الجزائر اقتربت نسبيا من تطبيق نظام البوت في مشاريعها في الواقع العملي، إلا أنها في الحقيقة لم تطبقه بشكله القانوني ولم تُعط له تعريفا في قوانينها.

### الفرع الثاني: أهمية عقد البوت.

أصبح لعقد البوت قبول متزايد من طرف الدول خاصة النامية منها، باعتبارها حلا وسيطا بين نظام تشييد المرافق العامة وإدارتها بواسطة الجهاز الحكومي.

وتهدف السلطة المتعاقدة من إتباعها لنظام البوت إلى تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة وتطوير نوعية الخدمة المقدمة، ففي ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص مسؤولية تمويل إنشاء وتشغيل المرافق العامة، ثم إعادة ملكيتها للحكومة بعد فترة الامتياز المتفق عليها، وهو ما يتيح للحكومة ضمان سيطرتها على المشاريع التي ستؤول إليها باعتبارها المالك الأصلي، الأمر الذي يجنبها مساوئ الخصوصية من جهة، ومن جهة أخرى يمكنها من تحرير قدر من الموارد، لتوجه لإقامة مشاريع أخرى أقل جاذبية لتحسين الخدمات العامة، وكل ما من شأنه العمل على نمو الدولة اقتصاديا واجتماعيا.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>SNC: شركة الهندسة والبناء والاستثمارات الهندسية، من اكبر خمس شركات التصميم العالمية في العالم.

<sup>2</sup>مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

<sup>3</sup>عطية عبد القادر محمد عبد القادر، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات Bot. الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص4

كما يعني هذا النظام عن اللجوء إلى الاقتراض الخارجي وما يترتب عليه من اختلال في الميزانية العامة وأعباء خدمة الديون، وبالمقابل يسمح، بالحصول على مساعدات المؤسسات المالية المهمة بعملية التنمية.<sup>(1)</sup>

كما أن التمويل بنظام عقد البوت يغني الحكومة المتعاقدة من طرق الاقتراض التقليدية.

كما يؤدي إتباع نظام عقد البوت لإقامة المشاريع الجديدة إلى خفض معدلات البطالة، وفتح أسواق إضافية للإنتاج الوطني، وكذا توفير فرص جديدة لقطاعات المقاوله والهندسة والاستشارات للتعامل مع هذه المشاريع.<sup>(2)</sup>

وقد عرفت عقود البوت اهتماما كبيرا من طرف الدول العربية منها مصر والأردن ويتبين ذلك من خلال المشاريع الكبرى كإنشاء الطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية، وغيرها من الإنشاءات الحيوية الكبرى.<sup>3</sup>

ولأهمية التعاقد بنظام البوت اهتم الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC بوضع شروط عقد قابلة للتطبيق بشأن الأساليب الجديدة بتمويل المشاريع منها أسلوب البوت.<sup>(4)</sup>

كما قدم البنك العالمي الدعم في مجال تطبيق مشاريع البوت في العديد من البلدان ويعمل حاليا على تشجيع تبني هذا النوع من العقود في العديد من ندواته.<sup>(5)</sup>

هذا بالنسبة لأهم الفوائد التي يتيحها إتباع عقد البوت من طرف الدول أما أهمية لشركة المشروع والتي تمثل القطاع الخاص تكمن في استفادتها من قوانين الاستثمار التي تعترف لها بامتيازات و ضمانات خاصة والتي أصبحت من المبادئ التي تقوم عليها الاستثمارات الأجنبية عموما كما أن توجه القطاع الخاص إلى هذا النوع من العقود يسمح

<sup>1</sup>PLuchart (jean-jacquet), *L'ingénierie Financière de projet*. édition d'organisation, Paris, 2000,P 21

<sup>2</sup>أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 65

<sup>3</sup>وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص،ص. 31،35.

<sup>4</sup>الكتاب الفضي، الشروط العامة لعقود المشاريع "تسليم مفتاح"، هندسة واشتراء وإنشاء، فيديك 1999.

<sup>5</sup>تقرير لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي بعنوان " الأعمال المقبلة الممكنة" مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك، 28 ماي/14 جوان 1996-<http://daccess-dds-hy.un.org/doc/undoc/GEN/v96/822/IMG/v9682296.pdf>

له بتوسيع رقعة تدخله بالاستحواذ على بعض القطاعات وتطوير النشاط الاستثماري في مشاريع كانت من قبل حكرا للدولة.

وفضلا عما تتيحه عقود البوت لشركات المشروع من أرباح طائلة يكون بمقدورهم الاقتراض من مؤسسات التمويل على أساس الإيرادات المتوقعة من المشروع كضمان.<sup>(1)</sup>

كما يمكن لشركة المشروع عند إتباعها لهذا النوع من عقود توزيع مخاطر المشروع عن طريق نقل أعبائها إلى عاتق الدولة في حالة المخاطر السياسية وإلى عاتق الموردين في حالة المخاطر التجارية.<sup>(2)</sup>

وهذا ما يسمح لها بتخفيف عبء المخاطر بتوزيعها على هذه الأطراف المستقلة.

#### الفرع الثالث: أطراف عقد البوت.

يعتمد نظام البوت على طرفين أساسيين في العلاقة التعاقدية هما الدولة كطرف أول، وشركة المشروع كطرف

ثان.

أ/ الدولة كطرف في عقد البوت: يقصد بالدولة المتعاقدة في عقود البوت، الدولة التي تدخل في روابط تعاقدية مع أشخاص من

القانون الخاص من أجل تنفيذ المشاريع التنموية ويطلق عليها السلطة المتعاقدة أو الهيئة العمومية التي لها صلاحية إبرام عقد

امتياز لتنفيذ مشروع من مشاريع البنية التحتية.<sup>(3)</sup>

ورغم الاختلاف بين الفقه على ما المقصود بالدولة هل هي السلطة العامة أم أحد هيئاتها إلا أن أغلب الفقه اتجه لتأييد

النظرة الموسعة لنطاق عقود الدولة، وذلك بالاعتماد على نص المادة 25 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لحل

المنازعات المتعلقة بالاستثمار الناشئة بين الدول ورعايا دول أخرى، الذي طور فكرة المقصود بالسلطة التعاقدية في مجال

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 4

<sup>2</sup> أحمد رشاد محمود سلام، نفس المرجع، ص 71

<sup>3</sup> أحكام الأونسترال التشريعية النموذجية، بشأن البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، نيويورك، 2004، ص 5

الإستثمار حيث تنص المادة على أنه: " يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز. (1)

وبالرغم من أن الدولة هي المتعاقد الرئيسي في عقود البوت، إلا أن هذا لا يمنع من لجوء القطاع الخاص لإبرام هذا النوع من العقود، وبالتالي في هذه الحالة يكون العقد خاص ويخضع للقانون الخاص.

ب/ شركة المشروع كطرف في عقد البوت: وهي صاحبة الامتياز، أي الشخص الذي يقوم بتنفيذ مشروع البنية التحتية بمقتضى عقد امتياز يبرم مع السلطة المتعاقدة. (2)

وفي عقود البوت يستوي أن تكون شركة المشروع تجمع بالتضامن أو بالشراكة كما نصت على ذلك المادة 59 من قانون الصفقات العمومية. (3)

وبذلك تشكل شركة المشروع المتعاقد صاحب الامتياز مع الجهة الحكومية، والتي تتولى علميات الاقتراض وإبرام عقود مع أطراف معينة مثل الحكومة وشركات المقاولات ومشغلي المشروع وموردي المواد الأولية وغيرهم، كما تعتبر الجهة المسؤولة عن سداد خدمة الدين أمام المؤسسات المالية، وبما أن شركة المشروع تعد على هذه الظروف لتنفيذ التزاماتها بإنشاء وتشغيل المشروع، فهي بذلك تتوسط الهيكل التعاقدى اللازم لتنفيذ المشروع من جهة، أخرى توزع المخاطر المرتبطة بالمشروع على هذه الأطراف.

**ثالثا: أهمية عقد البوت:** أصبح لعقد البوت قبول متزايد من طرف الدول خاصة النامية منها، باعتبارها حلا وسيطا بين نظام تشبيد المرافق العامة وإدارتها بواسطة الجهاز الحكومي.

وتهدف السلطة المتعاقدة من إتباعها لنظام البوت إلى تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة وتطوير نوعية الخدمة المقدمة، ففي ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص مسؤولية تمويل إنشاء وتشغيل المرافق العامة، ثم

<sup>1</sup>الاتفاقية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 66، الصادرة في 05 نوفمبر 1995.

<sup>2</sup>أحكام الأونيسترال، مرجع سابق، ص6

حيث تنص المادة 59 فقرة 02 من قانون الصفقات العمومية على أنه " يجب أن يتدخل المتعاقدون في إطار تجمع المؤسسات، في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة. أما المادة 04 فتتضمن على أنه " يكون التجمع بالتضامن عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة. ويكون التجمع بالشراكة عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذه الخدمة أو الخدمات التي يمكن أن تمنح له في إطار الصفقة".

إعادة ملكيتها للحكومة بعد فترة الامتياز المتفق عليها، وهو ما يتيح للحكومة ضمان سيطرتها على المشاريع التي ستؤول إليها باعتبارها المالك الأصلي، الأمر الذي يجنبها مساوئ الخصوصية من جهة، ومن جهة أخرى يمكنها من تحرير قدر من الموارد، لتوجه لإقامة مشاريع أخرى أقل جاذبية لتحسين الخدمات العامة، وكل ما من شأنه العمل على نمو الدولة اقتصاديا واجتماعيا. (1)

كما يعني هذا النظام عن اللجوء إل الاقتراض الخارجي وما يترتب عليه من اختلال في الميزانية العامة وأعباء خدمة الديون، وبالمقابل يسمح، بالحصول على مساعدات المؤسسات المالية المهتمة بعملية التنمية. (2)

كما أن التمويل بنظام عقد البوت يعني الحكومة المتعاقدة من طرق الاقتراض التقليدية.

كما يؤدي إتباع نظام عقد البوت لإقامة المشاريع الجديدة إلى خفض معدلات البطالة، وفتح أسواق إضافية للإنتاج الوطني، وكذا توفير فرص جديدة لقطاعات المقاوله والهندسة والاستشارات للتعامل مع هذه المشاريع. (3)

وقد عرفت عقود البوت اهتماما كبيرا من طرف الدول العربية منها مصر والأردن ويتبين ذلك من خلال المشاريع الكبرى كإنشاء الطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية، وغيرها من الإنشاءات الحيوية الكبرى. (4)

ولأهمية التعاقد بنظام البوت اهتم الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC بوضع شروط عقد قابلة للتطبيق بشأن الأساليب الجديدة بتمويل المشاريع منها أسلوب البوت. (5)

كما قدم البنك العالمي الدعم في مجال تطبيق مشاريع البوت في العديد من البلدان ويعمل حاليا على تشجيع تبني هذا النوع من العقود في العديد من ندواته. (1)

<sup>1</sup> عطية عبد القادر محمد عبد القادر، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات Bot. الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص4

<sup>2</sup> PLuchart (jean-jacquet), **L'ingénierie Financière de projet**. édition d'organisation, Paris, 2000, P 21

<sup>3</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 65

<sup>4</sup> وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص، ص. 31، 35.

<sup>5</sup> الكتاب الفضي، الشروط العامة لعقود المشاريع "تسليم مفتاح"، هندسة واشتراء وإنشاء، فيديك 1999.

هذا بالنسبة لأهم الفوائد التي يتيحها إتباع عقد البوت من طرف الدول أما أهمية لشركة المشروع والتي تمثل القطاع الخاص تكمن في استفادتها من قوانين الاستثمار التي تعترف لها بامتيازات و ضمانات خاصة والتي أصبحت من المبادئ التي تقوم عليها الاستثمارات الأجنبية عموما كما أن توجه القطاع الخاص إلى هذا النوع من العقود يسمح له بتوسيع رقعة تدخله بالاستحواذ على بعض القطاعات وتطوير النشاط الاستثماري في مشاريع كانت من قبل حكرا للدولة.

وفضلا عما تتيحه عقود البوت لشركات المشروع من أرباح طائلة يكون بمقدورهم الاقتراض من مؤسسات التمويل على أساس الإيرادات المتوقعة من المشروع كضمان.<sup>(2)</sup>

كما يمكن لشركة المشروع عند إتباعها لهذا النوع من عقود توزيع مخاطر المشروع عن طريق نقل أعبائها إلى عاتق الدولة في حالة المخاطر السياسية وإلى عاتق الموردين في حالة المخاطر التجارية.<sup>(3)</sup> وهذا ما يسمح لها بتخفيف عبء المخاطر بتوزيعها على هذه الأطراف المستقلة.

### المطلب الثاني: أنواع عقود البوت

تنقسم مختلف أنواع المشاريع بوصفها مشاريع بنية تحتية ممولة من طرف القطاع الخاص إلى فئات عديدة تبعا لمشاركة القطاع الخاص أو ملكيته للبنية التحتية ذات الصلة كما يلي:

**أولا- الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT:** يسمى بذلك عندما تختار السلطة المتعاقدة صاحب الامتياز لتمويل وتشبيد مرفق أو نظام للبنية التحتية وتعطي هذا الكيان حق تشغيل الكرف على أساس تجاري لفترة معينة ثم تنتقل ملكية المرفق لعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة.

<sup>1</sup> تقرير لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي بعنوان " الأعمال المقبلة الممكنة" مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك، 28 ماي/14 جوان 1996-<http://daccess-dds-1996.hy.un.org/doc/undoc/GEN/v96/822/IMG/v9682296.pdf>

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 4

<sup>3</sup> أحمد رشاد محمود سلام، نفس المرجع، ص 71



ثانياً- الإنشاء ثم تحويل الملكية ثم الإدارة BOT: وتستخدم تلك العبارة لتأكيد على أن مرفق البنية التحتية يصبح ملكاً للسلطة المتعاقدة مباشرة بمجرد إكماله مع منح صاحب الامتياز الحق في تشغيل المرفق لفترة معينة. (1)

### ثالثاً- البناء فالاستئجار فالتشغيل فنقل الملكية B.L.O.T

Building, lease, Operate, Transfer. وتعتبر هذه صيغ أخرى لعقد البوت حيث يقوم صاحب الامتياز إضافة إلى الالتزامات ولشروط المعتادة في شروط البوت باستئجار الموجودات المادية التي يشغلها المرفق لمدة الاتفاق.

رابعاً- البناء، التملك، التشغيل، نقل الملكية (BOOT): وهو اختصار للاصطلاح: Building, Ownership, Operate, Transfer. ويعني البناء أو الإنشاء وملكية الملتزم للمشروع أثناء مدة العقد وحقه في تشغيله لحسابه طوال هذه المدة، ثم نقل الملكية إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية المدة. (2)

خامساً- البناء، التملك، التشغيل (B.O.O): Building, Ownership, Operate) وتشير إلى المشاريع التي يملك فيها صاحب الامتياز المرفق على أساس دائم ولا يكون ملتزماً بنقل ملكيته إلى السلطة المتعاقدة.

وهذا النوع من عقود البوت ليس مرحباً به في كثير من الدول إلا في حالات نادرة كأن ينتهي بانتهاء العمر الافتراضي للمشروع، وهذا النوع من العقود يعد شكلاً من أشكال الخصصة التامة بأسلوب البوت. (3)

سادساً- التصميم، البناء، التمويل، التشغيل (D.B.F.O): Design, Build, Finance, Operate) طبقاً لهذا النوع من العقود تقوم الحكومة بالاتفاق مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية.

والملاحظة أن هذا النوع أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بالتصميم والتمويل وقد استعملته بريطانيا بالأخص في

مجال الطرق السريعة خصوصاً قبل تبنيها لعقود المبادرة التمويلية الخاصة (PFI) عام 1994. (4)

<sup>1</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 48

<sup>2</sup> أحمد رشاد محمود سلام، نفس المرجع، ص 104

<sup>3</sup> حامد ماهر محمد، مرجع سابق، ص 30

<sup>4</sup> رجب محمد طاجن، عقود الشراكة PPP، دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي. دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 12-13

كما أن هناك أنواع أخرى من عقود البوت يقوم القطاع الخاص بتحديثها أو تجديدها وتشغيلها وصيانتها على أساس دائم أو لفترة زمنية محددة مثل:

1. التجديد والتشغيل فنقل الملكية R.O.T Réhabipitate, Operate, Transfer

أ- التحديث والتشغيل فنقل الملكية M.O.T Modernize, Operate, Transfer

ب- التجديد فالامتلاك والتشغيل R.O.O Réhabilitate, Own, Operate

ت- التحديث الامتلاك، التشغيل، M.O.O Modernize, Own, Operate

### المطلب الثالث: التمييز بين عقود البوت عن غيرها من النظم التمويلية.

إن نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية كثيرة ومتعددة فمنها ما هو تقليدي ومنها ما هو غير تقليدي.

فنظم التمويل التقليدية تتمثل في الرجوع إلى القروض قصيرة وطويلة الأجل، سواء ممنوحة منها بواسطة هيئات أو منظمات تمويل خاصة أو عامة، أو في الرجوع إلى التمويل المشترك، وذلك عندما يشتمل عدد من هيئات التمويل الخاصة أو بنوك تجارية دولية وذلك لتقديم القروض اللازمة للتمويل والواقع أن أهم طرق التمويل التقليدية تتمثل في اتخاذ ائتمان المشتري وائتمان المورد كوسائل لتمويل المشروعات الكبرى، وخصوصاً تمويل عملية الشراء والإمداد للمواد الأولية اللازمة لعمليات البناء والتشغيل.

أما طرق التمويل غير التقليدية فهي عبارة عن هياكل تمويلية جاءت خصيصاً لتمويل المشروعات الدولية التي يجري تنفيذها في دول ترتفع فيها المخاطر التجارية والسياسية بالإضافة إلى نظام البوت BOT هناك التمويل التأجيري، عمليات المقاصة الدولية، إصدار الأسهم والسندات.

وتمويل المشروع الذي يعتبر البوت التطور الطبيعي له هو النظم استخداماً لتمويل مشروعات البنية الأساسية والذي يعتمد على السداد من المشروع والأرباح المحققة منه.<sup>(1)</sup> وأصول المشروع المالية المملوكة لهذه الوحدة

<sup>1</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 119

الاقتصادية نظامان للحصول على قروضهم.<sup>(1)</sup> ولكن الفرق بين نظام تمويل المشروع ونظام البوت هو أن نظام تمويل المشروع، يعد الوسيلة المفضلة لتمويل المشروعات التي يجري إنشاؤها في الدول المتقدمة، أما البوت فيتم الرجوع إليه غالبا في تمويل المشروعات التي يتم تنفيذها في الدول النامية وبالتالي الفرق يتركز في اختلاف وجهتهما.

---

<sup>1</sup>Nevit Peter. et Frank Fabozzi, **Project Financing**. 6 éd, Euromoney publication, london, 1995, p03

## المبحث الثاني : الهياكل التعاقدية لمشروع البوت وطريقة تمويلها.

إن إنشاء مشروعات كبرى وفقا لنظام البوت يقتضي إقامة هيكل تعاقدى يتكامل مع البنية المالي لإنجاز المشروع في أفضل الظروف ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الهياكل التعاقدية والمطلب الثاني نخصه لطرق تمويل مشروعات البوت.

## المطلب الأول: الهياكل التعاقدية.

## الفرع الأول - الهياكل التعاقدية المستخدمة لإنشاء المشروع.

في هذا الصدد نجد أن معظم عقود الإنشاءات التي تبرم بين الشركة صاحبة الامتياز والمقاول الذي يأخذ دائما شكل إتحاد مشروعات تحيل إلى مشروع عقد الفيديك، الذي يعالج المشكلات التي تعترض تنفيذ مشروعات البوت.<sup>(1)</sup> حيث ممكن أن تشمل هذه العقود كذلك تسليم المشروع آلات ومعدات أو عقود التدريب للموظفين المحليين.<sup>(2)</sup>

وعقد الإنشاءات الذي يشكل أحد عناصر المنظومة التعاقدية لمشروعات البوت يختلف عن عقود الإنشاءات العادية وبسبب هذا الاختلاف يمكن في أي نصوص هذا العقد لا تأخذ في الحسبان رغبات أطرافه فقط بل تأخذ أيضا رغبات الآخرين المتدخلين في تنفيذ المشروع وبصفة خاصة الدولة والمقترضين.

فغالبا ما تفرض الدولة مشاركة مشروعات محلية في تنفيذ بعض الأعمال وذلك بغرض نقل التكنولوجيا، حيث أن نقل التكنولوجيا عن طريق عقد مفاتيح باليد تعتبر من أفضل صيغ التعاقد<sup>(3)</sup> تتدخل الدولة في اختيار المقاول وفرض حق الرقابة لحسن التنفيذ وضمن مطابقة المشروع للمواصفات المتفق عليها وذلك على اعتبار أنها سوف تكون للمالك للمشروع عند نهايته.

<sup>1</sup> داوود خلف، الشروط العامة لعقود فيديك النموذجية. مرجع سابق- عقد هندسة واشتراء وإنشاء مشاريع تسليم المفتاح.

<sup>2</sup> علي عباس، إدارة الأعمال الدولية، " الإطار العام". الطبعة الأولى، الجامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 42

<sup>3</sup> صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا. الطبعة الأولى، بيروت، 1992، ص 155

الفرع الثاني: الهياكل التعاقدية المستخدمة لضمان استغلال المشروع في ظروف مناسبة.

هذه الهياكل او ما يطلق عليها بالآليات تتمثل في عقدين هما:

(1) عقد يسمى Take Or Pay والآخر يسمى Supply Or Pay الأول هو العقد الذي يبرم بين السلطة المانحة والشركة صاحبة الامتياز بمقتضاه تضمن السلطة المانحة حد أدنى من الاستهلاك اليومي أو الشهري أو السنوي بخدمات المشروع، فمثلا لو أن دراسات الجدوى تقتضي أن يمر على الطريق الذي سوف يتم إنشاؤه وفقا لنظام الـ BOT مئة (100) سيارة يوميا حتى تتمكن الشركة من استرداد أموالها وسداد ديونها مع هامش ربح معقول، ثم حدث ومر سبعون (70) سيارة فهنا تلتزم السلطة مانحة الالتزام بدفع مقابل مرور ثلاثون سيارة.

وقد ذهب رأي إلى أن هذا العقد باطل لأنه ليس له سبب والواقع نحن نرى صحة هذا العقد وذلك على أساس أنه هناك فارق بين سبب الالتزام وسبب العقد، وسبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد إليه الملتزم من رواء التزامه فمثلا في عقد البيع، البائع ينقل الملكية من أجل لحصول على الثمن، والمشتري يدفع الثمن من أجل الحصول على المبيع، أم سبب العقد فهو الهدف الرئيس الذي دفع الطرفين إلى التعاقد وهذا الهدف يختلف من متعاقد إلى آخر . هو التزام له سبب، فسبب التزام السلطة المانحة هو Take Or Pay والواقع أن التزام السلطة المانحة بموجب عقد الـ الحصول على الخدمات التي يقدمها المشروع، كما أن لها هدف رئيسي دفعها إلى التعاقد وهو نجاح المشروع وهذا هو سبب العقد.

1- أما عن العقد الـ Supply Or Pay فهو العقد المبرم بين السلطة المانحة بإمداد الشركة بالمواد الأولية والطاقة اللازمة لتشغيل المشروع وفائدة هذا العقد يكمن في أنه يضمن استمرار تشغيل المشروع، وبالتالي يضمن حجم الدخول المالية للمشروع إلى الحدود المأمولة.

## المطلب الثاني: تمويل مشروعات البوت.

يعتبر نظام البوت أحد الآليات التي لاقت قبولا وتأييدا ومساندة من قبل البنك الدولي كإستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية وخفض الأعباء عن الموازنة العامة في الدول التي تأخذ بذلك النظام كما أنه يعمل على دعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى.<sup>(1)</sup>

ونتيجة تطور الجهاز المصرفي عالميا والاتجاه نحو الصيرفة عالميا التي تعتمد على اعتبارات التنمية للتخلص من القيود التي تحد من نشاط البنوك ظهر التوجه إلى فتح آفاق جديدة في التمويل المصرفي.

فتدخل البنوك في تمويل مشروعات البوت يختلف تماما عن تدخلها في تنفيذ وتمويل المشروعات التقليدية حيث بالرغم من المخاطر المرتفعة المرتبطة بتمويل هذه المشروعات إلا أنها لاقت إقبالا من البنوك نظرا لارتفاع أرباح هذه المشروعات بالمقارنة مع غيرها من المشروعات التقليدية.

ولذلك غالبا ما تفرض البنوك على الشركة المقترضة تقديم ضمانات بتبني أنظمة قانونية مختلفة تمكن البنوك من الحصول على التدفقات النقدية للمشروع من مصدره دون أن تمر بالذمة المالية للشركة منفذة المشروع أو تمكنها من إقامة حق أولوية على أصول المشروع.

وهذه الضمانات قد تكون ضمانات سلبية أو ضمانات عينية، كما قد تكون ضمانات شخصية.

أ/ الضمانات السلبية: هي عبارة عن مجموعة من الشروط التعاقدية يتم النص عليها في عقد القرض المبرم بين الشركة المقترضة وبين اتخاذ البنك.<sup>(2)</sup>

وتكون متعلقة بالمركز القانوني للشركة صاحبة الامتياز ومن أمثلة ذلك.

1. أن تكون تلك الشركة قد أسست على نحو يتفق وقوانين الدولة المضيفة، ويتمتع وكلائها بالأهلية القانونية للتوقيع على عقد القرض.

<sup>1</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 118

<sup>2</sup> سامي عبد الباقي أبو صالح، " آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية". المؤتمر الثامن عشر، عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، دبي، من 19-21 أبريل، 2010، ص 146.

ث- يجب ألا يكون عقد القرض متضمناً نصوصاً مخالفة لقواعد النظام العام والخاص بالقانون الواجب التطبيق.

وغالباً ما يسعى اتحاد لبنوك المقرض لشركة المشروع بفرض التزامات على الشركة بأن تأتي مديونيتها للبنوك والخاصة بالمشروع في مرتبة الديون الأخرى المبرمة بواسطة الشركة المذكورة.

ب/ **التأمينات العينية:** وهي المتمثلة في الرهن بنوعيه الرسمي و الحيازي وتلجأ إليها البنوك في مرحلة البناء حيث تلك المرحلة لا تعطي دخلاً ومن المحتمل عدم اكتمال المشروع لعدة أسباب سواء كانت من ناحية الدولة أو من ناحية المستثمر فيكون للبنوك في هذه الحالة حق استرداد كافة أموالها عن طريق تلك التأمينات، وذلك على أساس حق الأفضلية دون الدخول في قسمت الغرماء.

ج/ **التأمينات الشخصية:** وهذه التأمينات تلجأ إليها البنوك باعتبارها في مرحلة استغلال المشروع وتغيير بالبساطة والسهولة وذلك لأنها تتضمن إجراءات شهر أو إعلام وبالتالي فإنها تتجنب البنوك المقرضة، التكاليف المرتفعة لإتمام تلك الإجراءات.<sup>(1)</sup>

ومن المعلوم أن مؤسسات التمويل والبنوك القائمة على تمويل تلك النوعية من المشاريع لا تقبل المشاركة والإقدام على تمويل المشروع إلا في حالة ما إذا استندت على ما يدعم ويؤيد وجهة نظرها من المستندات وهو ما يعرف بإسم Bank Ability وهو قابلية المشروع للتمويل.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 151

<sup>2</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 54

## المبحث الثالث: انتهاء عقود البوت.

عقود البوت شأنها شأن كل العقود التي يكون الزمن فيها له دور رئيسين حيث تنتهي بانتهاء المدة التي تم فيها الاتفاق عليها إلا إذا رغب المتعاقدان في التجديد وهذا في الحالة الطبيعية كما يمكن في حالات أخرى تعتبر غير طبيعية مثل النهاية باتفاق طرفي العقد وسنبين ذلك كآتي:

## المطلب الأول: النهاية الطبيعية لعقود البوت.

رأينا سابقاً أن عقود الإنشاءات الدولية من العقود الزمنية طويلة المدة وبما أن عقود البوت هي أحد نماذج عقود الإنشاءات الدولية فإنها من العقود الزمنية.

وغلباً ما تنتهي العقود الزمنية بانتهاء المدة التي يحددها العقد، ما لم يتفق الطرفان على تجديد العقد وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً، وقد يكون ضمناً، كأن ينص العقد على أن يجدد تلقائياً ما لم يبد أحد طرفيه الرغبة في انتهائه.

وفي حالة عدم النص على مدة الالتزام وهو نادراً ما يحدث، في هذه الحالة يتم النظر في وقت انتهاء العقد عن طريق المحاكم المختصة، وهذا طبقاً لظروف كل اتفاق وموضوعه.<sup>(1)</sup>

وتخضع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لذات القاعدة، حيث تنتهي بانتهاء مدة العقد، وتنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة لاسيما ما تعلق منها بنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية.<sup>(2)</sup>

وتعتمد العديد من الدول التي تتبع نظام البوت في منح امتيازات لفترات طويلة، وتعمل على إعادة طرح المشروع للمناقصة دورياً إما كل 10 سنوات أو كل 15 سنة.

<sup>1</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 245

<sup>2</sup> جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 216



المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لعقد البوت.

في عقود البوت غالباً ما يكون المتوقع أن تنتهي النهاية الطبيعية، وذلك لما ينجم عنها من مخاطر في حالة النهاية غير الطبيعية.

أولاً: انتهاء العقد باتفاق الطرفين: بما أن العقد تم برضا الطرفين فلا مانع أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق الطرفين، على أن لا يكون هناك استخدام لأية وسائل ضغط على الطرف المتعاقد مع الحكومة، وذلك للمحافظة على الاستثمار الأجنبي والذي من أهم مبادئه شرط عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق، ومبدأ حسن النية، ومبدأ سمو الالتزامات الدولية على الالتزامات الناشئة عن القانون الوطني.<sup>(1)</sup>

ثانياً: انتهاء العقد من جانب صاحب الامتياز: تقتصر حالات الإنهاء من صاحب الالتزام على:

- الإخلال الجسيم من جانب السلطة المتعاقدة: مثل التقصير في دفع مبالغ متفق عليها لصاحب الامتياز، أو التقصير في إصدار رخص لازمة لتشغيل المرفق لأسباب ما دون خطأ من صاحب الامتياز.

(2) تغيير الظروف: وهي حالات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي من شأنه أن يجعل تنفيذ صاحب الامتياز لالتزاماته أكثر صعوبة.

ثالثاً: انتهاء العقد من جانب السلطة المتعاقدة: حيث يجوز للسلطة المتعاقدة إنهاء العقد في الحالات التالية:<sup>(2)</sup>

1. الإخلال الجسيم من صاحب الامتياز.

ج- إفسار صاحب الامتياز أو إفلاسه.

ح- الإنهاء للمصلحة العامة.

<sup>1</sup> محمد هشام محمد صدقة، مرجع سابق، ص 58

<sup>2</sup> أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 248

المطلب الثالث: النتائج المترتبة على انتهاء عقود البوت.

من أهم النتائج المترتبة على انتهاء عقود البوت هو نقل الموجودات إلى السلطة المتعاقدة أو إلى صاحب امتياز آخر يتولى تشغيل المرفق من جديد.

فأما الموجودات التي تعود إلى السلطة المتعاقدة هي عبارة عن:

**أولاً:** موجودات يجب نقلها إلى السلطة المتعاقدة والتي تكون خالية من الرهون والأعباء ودون تكلفة على السلطة المتعاقدة.

**ثانياً:** موجودات يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها باختيارها: وفي هذه الحالة من حق صاحب الامتياز الحصول على تعويض يوازي قيمتها العادلة في السوق.

**ثالثاً:** موجودات تحت الملكية الخاصة لصاحب الامتياز: وهنا لصاحب الامتياز حرية التصرف فيها بالبيع أو النقل إلى السلطة المتعاقدة. وفي حالة تولي صاحب امتياز جديد للمرفق له أن ينفق مع صاحب الامتياز القديم على نقل الموجودات له مع دفع بعض التعويضات لهذا الأخير، ويتوقف التعويض على قيمة الموجودات سواء استهلكت أم لا.

رأينا في هذا الفصل أن عقد البوت هو من أهم العقود التي تتيح للدول وخاصة النامية منها للجوء الى هذا النوع من العقود من اجل تشييد وانشاء المشاريع خاصة الحيوية منها والتي يكون تمويلها غالبا من الطرف الخارجي او المقاول ، كما وجدنا ان الجزائر اعتمدت على عقود الامتياز التي هي شبيهة لهذا النوع من العقود رغم وجود اختلافات بين خصائص العقدين في العديد من المشاريع، وفي حالة نشوب نزاع ننتقل مباشرة الى التحكيم في هذا النوع من العقود كخيار اول طبقا لإرادة المتعاقدين، وذلك ما أقره قانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 2015، وهذا ما سننتظر له في الفصل الثاني من هذا الباب.

## الفصل الثاني

## مفهوم التحكيم

إن ما للتحكيم من أهمية في العديد من العقود سواء كانت داخلية أو دولية، يثير الفضول لمعرفة ما هو التحكيم.

ومن أجل ذلك سنتطرق في هذا الفصل لتعريف التحكيم وبيان أنواعه و طبيعته القانونية ، ثم نتطرق الى كيفية تعيين المحكم و الطبيعة القانونية لعمله، ثم بعد ذلك نحاول تبيان موقف كل من القانون والقضاء والفقهاء من اللجوء الى التحكيم الدولي في عقود الإنشاءات الدولية وخاصة عقود البوت. وهذا من خلال المباحث التالية.

## المبحث الأول: تعريف التحكيم، طبيعته القانونية، و بيان أنواعه.

في هذا المبحث سنتناول تعريف التحكيم و أهميته من خلال بيان التعريف اللغوي و الإصطلاحي في مطلب أول و سنتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم ، ثم في المطلب الثالث نتطرق لأنواع التحكيم

## المطلب الأول: تعريف التحكيم و أهميته.

سنبين تعريف التحكيم من الناحية اللغوية وكذا من الناحية الاصطلاحية على النحو التالي في الفرع أول، ثم الفرع الثاني نخصصه لأهمية التحكيم

## الفرع الأول : التعريف اللغوي والإصطلاحي للتحكيم.

## أولاً: التحكيم لغة.

التحكيم في اللغة: مصدر حكم وأصلها حكم حكماً، رجع يقال رجع " أحكمه فحكّم" أي أرجعه فرجع، وحكم الفرس: جعل عليه حكمه عن كذا، منعه ورده. (1)

وعرف بأنه: مصدر حكم مأخوذ من كلمة حكم بالأمر حكماً ويقال حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم. (2) والتحكيم في اللغة مأخوذ من كلمة حكم، وهو المنع وأول المنع الحكم فهو منع من الظلم ومعناه التقييض وحكم فلان في كذا إذا جعل أمره إليه وفوضه بالحكم، وحكمه في أمره تحكيماً أمره أن يحكم، وحكمه الرجل بالتشديد فوض الحكم إليه، وأمره أن يحكم فيه، والمحكم الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة. (3).

ويعرف التحكيم كذلك بأنه: " مصدر حكم يحكم تحكيماً، والمادة ( ح ك م ) وهذه المادة وما تصاغ منها تطلق على معاني كثيرة ترجع إلى أصل واحد وهو المنع، وقال ابن فارس: " الحاء والكاف والميم أصل واحد هو المنع من

<sup>1</sup> المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط29، 1988، ص 146

<sup>2</sup> إلياس بن منصور الراجحي، مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي. بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص 7

<sup>3</sup> زهير عبدالله علي آل جابر لقرني، دور القضاء في التحكيم السعودي. بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص 34

الظلم، وسميت حكمت الدابة اللجام: لأنها تمنعها، ويقال حكمت الدابة واحكمتها، والحكمة هذه قياسا، لأنه تمنع من الجهل.

وقال العلامة بن منظور: " حكمت بمعنى منعت ورددت ومن هذا قيل للحكام بين الناس حاكم، لأنه يمنع الظلم من الظلم. قال الأصمعي: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، قال: منه سميت حكمت اللجام لأنها ترد الدابة ويقال حكمتا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر فاحتكم، ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم في ذلك".

كما أن التحكيم في اللغة هو مصدر في الأمر والشيء، أي جعله حكما وفوض الحكم إليه، وحكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم، وحكمه في ماله تحكما أي جعل إليه الحكم فيه<sup>1</sup>. ويقال حكمتا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا<sup>2</sup> ويقال حكمت بالتشديد الرجل إذ فوضت الحكم إليه<sup>3</sup>، وحكموه فيما بينهم أمره أن يحكم في الأمر أي يجعلوه حكما فيما بينهم. وحاكمه خاصمه والمحاكمة المخاصمة<sup>4</sup> قال تعالى: { فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما }<sup>5</sup>. ويقال حاكمته إلى الحاكم أي خاصمته إليه ودعوته لحكمه، وحاكمته إلى الله دعوته إلى حكمه، واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم، إذا رفعوا أمرهم إليه، وفي الحديث الشريف: {واليك حاكمت}<sup>6</sup>، أي رفعت الحكم إليك ولا حكم إلا لك. وقال الفيروز بادي: " الحكم بالضم: القضاء، ج أحكام، وحكمه في الأمر تحكما: أمره أن يحكم فاحتكم"<sup>(7)</sup> ثانيا - التحكيم اصطلاحا: عرف التحكيم بأنه: " الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو

<sup>1</sup> زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار اصحاب، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1987، ص 148

<sup>2</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، بيروت- لبنان، ج 1، الطبعة 1990، ص 141.

<sup>3</sup> زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص 148.

<sup>4</sup> الفراهي، ديوان الآداب، ج 2، بدون تاريخ نشر، ص 391.

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية 65.

<sup>6</sup> رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما في باب التهجد في الليل، ج 3، ص 61، الحديث رقم 1128.

<sup>7</sup> ناصر بن حمد الراجحي، التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي. بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص 26

المحكّمين المذكور في الاتفاق أم لم يكن<sup>(1)</sup> و يؤخذ على هذا التعريف أنه لا ينطبق على تعريف التحكيم في التشريع الجزائري لأنه لا يشترط تضمين شرط التحكيم وكذا اتفاق التحكيم تعيين محكم أو المحكّمين أو تحديد كميّات تعيينهم سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.<sup>(2)</sup>، غير أن التعريف السابق للتحكيم ينطبق على بعض التشريعات على غرار التشريع الأردني، ويمكن استقراء ذلك من خلال قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001. وعرف بأنه: "تولية الخصمين حكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم في ما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما، ومن ثمّ التحكيم شرعا يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعا فيه.<sup>(3)</sup>، وعرف أيضا بأنه: "الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلا عن الطريق القضائي العام.<sup>(4)</sup> وعرف بأنه: "اتفاق طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقا أو تاليا للنزاع، ولا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي يجيز القانون الصالح فيها<sup>(5)</sup>. وعرف التحكيم بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه تعترّم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول لا أما محكم واحد أو محكّمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود.<sup>(6)</sup> وهناك من عرفه بأنه: " تقنية تهدف إلى إعطاء حل في المسألة التي تنطوي على علاقة بين شخصين أو أكثر من جانب واحد أو أكثر من أشخاص آخرين، والمحكم أو المحكّمين سيستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يقرر على أساس هذا الأخير دون

<sup>1</sup>مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهيني، رقابة التحكيم القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني. مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد38، أبريل، 2009، ص 272

<sup>2</sup>المادتين 1011-1007 من قانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. ج ، عدد21

<sup>3</sup>عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية . دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص 375

<sup>4</sup>مصطفى تراري ثاني، استقالية اتفاق التحكيم لمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر. مجلة دراسات قانونية: مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي الجزائر، ع9، أبريل 2003، ص 9

<sup>5</sup>Philip Fouchard, Emanuel Gallard, Berthold Goldman, **traite de l'arbitrage commercial international**. édition litec, Paris, 1996, p12

<sup>6</sup>خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2008، ص 13

أن يعهد بهذه المهمة من قبل الدولة.<sup>(1)</sup> وعرف التحكيم كذلك بأنه: " نظام قضائي خاص تقضي فيه خصومة معينة على القضاء العادي ويعهد فيها إلى محكمين للفصل فيها. وعرف مركز الويبو التحكيم بأنه: " إجراء يرفع على أساسه نزاع باتفاق الطرفين إلى محكم واحد أو أكثر الإصدار حكم النزاع يكون ملزما للطرفين". عرف التحكيم كذلك بأنه: " صورة خاصة لحكم قضائي، والذي بواسطته شخص ثالث محايد (المحكم)، مختار

وتدفع أتعابه من الأطراف، صانعا قرارا ملزما وناظرا (يسمى بالحكم أو القرار)، فيما يتعلق بكيفية فض النزاع<sup>(2)</sup>.

عرف التحكيم على أنه: " طريق تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة<sup>(3)</sup>.

وعرف التحكيم استنادا لخصائصه، بحيث كلما توافرت الخصائص التالية نكون أمام تحكيم:

- اختيار الأطراف لشخص ثالث يدعى المحكم للتقرير في النزاع أو النزاعات
- الأطراف يختارون المحكم، أو طريقة اختياره أو انتقائه.
- يصدر المحكم قرارات أو أحكاما إلزامية ونهائية على غرار الأحكام القضائية الداخلية.
- نطاق المراجعة قرارات المحكم محدود.

<sup>1</sup> علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 22

<sup>2</sup> Julia hornle, **gross-border internet dispute resolution**.combridg university press, newyork, first edition, 2009, p58.

<sup>3</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة الأحكام التحكيم التجاري الدولي). ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص13.

أما عن تعريف التحكيم الدولي الخاص فقد عُرّف بأنه: التحكيم الذي يدور في نطاق العلاقات الدولية الخاصة وبالتحديد العلاقة بين أفراد أو شركات من جنسيات مختلفة أو العلاقة بين دولة من جانب وطرف خاص فرد أكان أو شركة من جانب آخر<sup>(1)</sup>

وقد عرّف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التحكيم الدولي في المادة الثالثة بأنه: "إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة، وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لطرفا التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامتهما المعتاد.

ثانياً- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام الاتفاق، وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

1مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

2 مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

3 المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع".

وقد أخذ القانون الإنجليزي بمعيار الجنسية والإقامة لتحديد مفهوم التحكيم الدولي، فمتى كان التحكيم في دولة أجنبية أو كان أحد أطرافه أجنبيا أو غير مقيما بالمملكة المتحدة أو شخصا معنويا أو كان مركز إدارته أو الإشراف عليه في دولة غير المملكة المتحدة صار التحكيم دوليا، أما في فرنسا فالمعيار معيار اقتصادي إذا كان التحكيم متعلقاً

<sup>1</sup>ولاء رفعت، التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية. إصدارات الغرفة التجارية والصناعية بمحافظة جدة 1998، ص126.



بالتجارة الدولية، أما في القانون السويسري فيعتبر التحكيم دولياً إذا كان محل التحكيم في سويسرا أو كان محل إقامة أحد طرفي التحكيم داخل سويسرا<sup>(1)</sup>

ونلاحظ أن تعريف القانون الإنجليزي للتحكيم الدولي، وإن كان في نظرنا الأكثر صحة من باقي التعاريف وذلك لاتخاذ أسس مهما تغيرت الظروف واستجبت أحداث فإنها تبقى ثابتة لتحديد إن كان التحكيم سيكون دولياً أو داخلياً، إلا أننا نأخذ عليه عدم الأخذ بالمعيار الاقتصادي مثل المشرع الفرنسي. لذلك نقترح أن يكون تعريف التحكيم الدولي يستند لكل من الأسس التي أخذ بها القانون الإنجليزي بالإضافة للمعيار الاقتصادي.

والسبب في هذا لأن التحكيم الدولي تعتره تغيرات ويحكمه واقع ومستجدات دولية نظراً لتحول العالم إلى قرية صغيرة واتساع أعمال التجارة بحيث خرجت عن الحدود المحلية إلى العالمية، لذا كان هذا التعريف مناسباً؛ لأن الدول تستطيع التحكيم داخل حدودها أما خارج الحدود فإنها تتركه للمستجدات.

وفي هذه النقطة نقول إن هذا التعريف يخدم الدول التي تتبع نظام البوت B.O.T في العقود الإنشائية، حيث أنها من جهة تعتبر ضماناً للمستثمر، ومن جهة أخرى فهي لا تجعل الدول المضيفة متخوفة من المستثمرين في حالة اشتراطهم للتحكيم الدولي.

### الفرع الثاني : أهميته التحكيم.

لقد شهد التحكيم الدولي في العصر الحديث قفزة نوعية، من خلال اتفاقية لاهاي سنة 1899، حيث سعت الدول جدياً إلى إنشاء محكمة تحكيمية دولية، حيث نصت على الإتفاقية الخاصة ببعض المنازعات الدولية بالطرق السلمية بواسطة المساعي الحميدة والوساطة والتحكيم، وتضمنت هذه الاتفاقية النص صراحة على إنشاء محكمة دولية دائمة للتحكيم، أطلقت عليها تسمية المحكمة الدائمة للتحكيم، ثم سعت الدول بعد الحرب العالمية الثانية إلى إنشاء منظمة الأمم المتحدة بغية تحقيق الأمن والسلم، التي فشلت العصبة في تحقيقهما، وفي تاريخ 28 أبريل سنة 1949 تأسست الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على مبادرة من الوفد البلجيكي بإعادة النظر في الميثاق العام للتحكيم، حتى يمكنه التكيف مع الأوضاع الدولية الجديدة، وقد تم قبول هذا الاقتراح من طرف الجمعية العامة التي أوصت جميع الدول الأعضاء بالانضمام إلى الصيغة الجديدة المعدلة في الميثاق العام للتحكيم، حيث أصبح نافذاً ابتداءً من تاريخ

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد إسماعيل ، مرجع سابق، ص 378.

20/09/1950 واستمرت هذه الجهود إلى أن انتهت سنة 1958 إلى وضع نمونج لقواعد إجراءات التحكيم، ليكون دليلا مرشدا للدول عبر التوقيع على تعهدات باللجوء إلى التحكيم

وعلى الرغم من هذه المحاسن إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة، لم تصادق على هذا المشروع النموذجي بسبب معارضة العديد من الدول، وعلى رأسها الاتحاد السوفيتي سابقا، ويعتبر التحكيم إن صح التعبير الخيار الأول أمام المتعاملين في حقل التجارة الدولية لكونه يعد الوسيلة المثالية الأكثر ملائمة مع متطلبات الدول، وتكمن أهمية التحكيم في تحقيق العديد من المزايا والفوائد التي كانت السبب في كثرة اللجوء إليه في المنازعات، بدلا من القضاء العادي للدول وأهم هذه المميزات :

\* **السرعة** : حيث يلعب عامل الوقت دورا هاما في تحديد ومدى نجاعة نظام التحكيم، لذا يوجد في مقدمة ما يؤخذ على القضاء المدة الطويلة التي يستغرقها في العصل في القضايا<sup>1</sup>

\* **السرية** : تمتاز السرية في التحكيم بضمان سرية تامة لكل ما يجري خلالها والحفاظ على أسرار الحياة الخاصة، والحميمية للأطراف كما تحفظ هذه السرية مهما كانت نتيجة اللجوء إلى هذه البدائل، بغض النظر عن النتيجة النهائية سواء كانت بتسوية أو تعذرت التسوية.

\* **المحافظة على استمرار العلاقات بين الأطراف** : يتلشى الحقد بين الأطراف لأنهم انفقوا على اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة، وقبلوا مسبقا ما يصدره المحكم من قرارات ويقومون بتنفيذها طواعية و اختيارا منهم، هو ما يجعل حكم المحكم وكأنه صادر من مجلس العقد، ومن ثمة يترتب عليه إحلال الوثام محل الخصام، ويكون له أثر فعال في تحقيق السلم الاجتماعي واستمرار المعاملات واستقرارها مستقبلا<sup>2</sup>. كما تتطلب إجراءات التحكيم الحضور الشخصي لأطراف النزاع، ومشاركتهم في كافة أطوار الإجراءات، وهو ما يتيح لهم فرصة القيام بمصارحة بعضهم البعض، بدون وسيلة خارجية، ويمكنهم من تفريغ كل المآخذ المتبادلة، ومن ثم النفوذ إلى جوهر النزاع في جو أقل عدوانية إن لم يكن أخويا وحميميا في بعض الأحيان<sup>3</sup> ، ولقد أظهر التحكيم تطورا كبيرا اعتبارا لمميزاته العديدة، مقارنة بالقضاء الوطني الذي لم تعد له القدرة على التصدي لفض منازعات التجارة الدولية بالكفاءة والحسم اللازمين لأنه مقيد بالقواعد

<sup>1</sup> مولاي عبد المؤمن ولد محمد مولانا ، مرجع سابق، ص 21.

<sup>2</sup> محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص 470.

<sup>3</sup> مولاي عبد المؤمن ولد مولانا، ص 22.

الجامعة التي تختلف اختلافا تاما من دولة لأخرى، و الذي من شأنه عرقلة التجارة الدولية عند النزاع<sup>1</sup>. لذا أصبح التحكيم مجالا مرغوبا فيه لإتمام المعاملات الداخلية والخارجية بصفة عامة والتجارة الدولية بصفة خاصة نتيجة للتطور المتزايد للتجارة الدولية، وتختلف أهمية التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر إليها، ومجال التعامل الذي أملت الظروف والضرورات الإقتصادية والصناعية، التي أملت كذلك أحكامها في التعاملات الدولية بين كافة الدول وتبلورت مفاهيم التجارة الدولية لتصبح أكثر ارتباطا وأوسع نطاقا، وبالتالي لا شيء يبرر اللجوء إلى القضاء على اعتبار هذا الأخير أصبح ضيقا بالنسبة لهذه المعاملات ولا يمكن أن يستوعبها، ومن هنا ظهرت أهمية التحكيم.

إن تطور فكرة أهمية التحكيم وازدهار أسلوبه قد واكبه وساعد على تحقيقه نشاط الحركة التشريعية في بعض الدول، من أجل سن قوانين ترمي من ناحية إلى التخفيف على القضاء الوطنيين حجم القضايا ومن ناحية أخرى إلى تحرير التحكيم من رقابة القوانين ورقابة الأجهزة القضائية.

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

لم يتفق الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي وربما أهم سبب يعود لهذا الخلاف هو أن نشأة التحكيم جاءت باعتباره نظام تعاقدية، أما كوظيفته فيعتبر نظام قضائي.

ولذلك انقسم رأي الفقهاء إلى أربعة اتجاهات تعتبر أربع نظريات حيث نخصص لكل نظرية فرع.

### الفرع الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي والإيطالي إلى اعتبار اتفاق الأطراف على التحكيم هو أهم سلطة يستندون لها في إثبات حجبية، سواء كان هذا الاتفاق تم النص عليه في بنود العقد أو كان واردا في شروطه مستقلة للتحكيم وبالتالي فإن مصدر قرارات المحكم هو اتفاق الأطراف عليه<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 75.

<sup>2</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 558.

وفي هذه الحالة يمتلك أطراف النزاع حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى حل النزاع وفق القواعد والإجراءات التي يحددها هؤلاء الأطراف وهو ما يتطلب إعطاء أهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس المهمة التي تقوم بها هذه الهيئة.<sup>(1)</sup>

ويعتبر أنصار النظرية اتفاق التحكيم و حكم التحكيم مرحلتين في إجراء واحد لأن تنظيم التحكيم وإجراءاته هدف مرحلي لتحقيق الهدف النهائي المتمثل في حسم النزاع، و أطراف هذا النزاع عندما يبرمون اتفاق التحكيم يلتزمون بجميع الالتزامات الناتجة عن هذا الاتفاق بما فيها تنفيذ حكم التحكيم<sup>2</sup>

ومركز النقل في نظام التحكيم ومصدر أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع وقوتها الإلزامية هو اتفاق اطراف

النزاع<sup>3</sup>

وتمتد طبيعة التحكيم العقدية الى هذه الأحكام التي تعد و اتفاق التحكيم كلا لا يتجزأ<sup>4</sup>، لأن هذا الاتفاق يستغرق عملية التحكيم بأكملها ويصلح أساسا لتفسير سائر مراحل حتى صدور الحكم الملزم لأطراف هذا النزاع.

لم يكتف أنصار النظرية بإبراز الدور الكبير الذي تجسده الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، إنما حاولوا إظهار الفرق بين التحكيم والقضاء من خلال عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع والمختلف في طبيعته عن عمل قاضي الدولة، فهو ليس عملا قضائيا وإنما عملا مختلفا يجد أساسه في عقد يستند الى ارادة الأطراف ويستمد آثاره من الاتفاق على التحكيم، وتشابه وظيفة المحكم مع وظيفة السلطة القضائية يشكل تشابها ظاهريا لا يصلح ان يكون أساسا لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم. فالمحكم يقوم بوظيفته بناءا على اتفاق خاص تم

<sup>1</sup> علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابقن ص ص 34،33.

<sup>2</sup> أحمد أنعم بن ناجي الصالحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة. طبعة 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، صنعاء، 1994، ص18.

<sup>3</sup> محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ص 265..

<sup>4</sup> أسامة أحمد شوقي المايحي، هيئة التحكيم الإختياري، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به. القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص52.

تعيينه بموجبه ويتقاضى أتعابه من أطراف هذا الإتفاق وهذا يشكل اختلافا جوهريا بينه وبين القاضي الذي تعينه الدولة<sup>1</sup>.

وبرغم اتفاق انصار هذه النظرية على الطبيعة العقدية لحكم التحكيم، الا انهم اختلفوا فيما بينهم حول تحديد طبيعة العلاقة بين أطراف اتفاق التحكيم والمحكمين، ففسر جانب منهم هذه العلاقة أنها عقد وكالة، بمعنى أن المحكم وكيل عن الأطراف نظرا لأن سلطته في الفصل في النزاع مستمدة من اتفاق الأطراف واختيارهم له<sup>2</sup>.

واستند أنصار النظرية العقدية على أسانيد وحجج متعددة في تدعيم وجهة نظرهم في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم. وبرغم ذلك وجهت إليها عدة انتقادات ، ومن هذه الحجج والانتقادات ما يلي:

أولاً- الحجج :

1/ أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع هو اتفاق أطراف النزاع على ذلك سواء كان هذا الاتفاق شرطاً أم مشاركة تحكيم. حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق<sup>3</sup>.

2/ رغبة أطراف النزاع في حل النزاع القائم بينهم ودياً عن طريق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى إنهاء هذا النزاع بإصدار حكم يكون محللاً لقبولهم<sup>4</sup>.

3/ إن أطراف النزاع يمتلكون حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى مهمة الفصل في النزاع وفق الإجراءات والقواعد التي يحددها هؤلاء الأطراف، وهذا يتطلب إعطاء الأهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة. وبذلك يكون التحكيم مشابها لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء، ولم يحدث نزاع حول الطبيعة العقدية لهذه العقود.

<sup>1</sup> شمس الدين قاسم الخزاعلة، نطاق سلطان الارادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. دار الكتاب الثقافي، اربد، 2005، ص18.

<sup>2</sup> أمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم. الإسكندرية، منشأة المعارف، دون تاريخ نشر، ص37.

<sup>3</sup> أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته<sup>1</sup>، دار النهضة العربية، القاهرة، ص21.

<sup>4</sup> محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. مرجع سابق ص 237.

4/ المحكم يقوم بمهمته بصفته وكيلًا أو مغوضاً عن أطراف النزاع، والحكم الصادر عيعد عقدا مبرما بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة<sup>1</sup>.

5/ التحكيم الإلزامي الذي لا يتم اللجوء إليه بناء على اتفاق أطراف النزاع لا عيعد تحكيما بالمعنى الفني القائم على الإرادة في اللجوء إليه لحسم النزاع<sup>2</sup>.

6/ يظل التحكيم متمسماً بالطبيعة العقدية، ولا يمكن القول بأنه ذو طبيعة قضائية حتى في الحالة التي يعين فيها المحكم من قبل السلطة القضائية لأن هذه السلطة عند تعيينها له تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار هذا المحكم<sup>3</sup>.

7/ اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم يتضمن تنازلاً ضمنيا عن اللجوء إلى القضاء وهذا الاتفاق يخول المحكم سلطة مصدرها إرادة أطرافه، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون قضائية لأنها تقوم على إرادة الأطراف، وهذا يتطلب التزام المحكم بشروط اتفاق التحكيم عند إصداره للحكم المنهي للنزاع، وقيام الأطراف بتنفيذ هذا الحكم يعد تأكيداً على التزامهم بمضمون الاتفاق<sup>4</sup>

ثانياً- الإنتقادات:

1/ المبالغة في إعطاء الدور الأساس لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. فالمحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه إرادة الخصوم<sup>5</sup>

2/ الطابع الاتفاقي لنظام التحكيم لا يكفي لاعتباره نظاماً عقدياً إنما يجب التمييز بين المصدر والوظيفة لهذا النظام فالتحكيم في مصدره قد يخول الأطراف بموجبه شخص أو أكثر مهمة حسم النزاع فيصبحون قضاة يقومون بوظائف قضائية<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، مرجع سابق، ص18.

<sup>2</sup> نادر محمد محمدابراهيم، مرجع سابق، ص،30.

<sup>3</sup> ابراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية دراسة مقارنة. طبعة 1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص ص 21، 22.

<sup>4</sup> عزت محمد علي البحيري، ص19.

<sup>5</sup> أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم. بحث منشور على الموقع الالكتروني : <http://www.mohamoon>

<sup>6</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي. طبعة 1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص، 32.

3/ المعيار المادي والشكلي الذي استند إليه أنصار النظرية العقدية في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، يتجاهل طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم المكلف بالفصل في النزاع، والدور الذي يجسده في حماية الحقوق والمراكز القانونية حيث هناك الكثير من الأعمال التي تعد أعمالاً قضائية دون أن تكون مرتبطة بخصوصية قضائية<sup>1</sup>. ومرجع هذا التجاهل الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية بوساطة قضاة يعينون من قبلها، وهذا يحول دون تكييف الوظيفة التي يقوم بها المحكم والمتمثلة بالفصل في النزاع بأنها وظيفة قضائية، ويؤدي إلى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم يتمثل بفكرة العقد التي ترتبط بسلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقود وليس بالقضاء.

4/ إرادة أطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، لا تكفي وحدها للجوء إلى التحكيم، إنما يجب أن يقر القانون هذا الاتفاق ويضمن تنفيذ الحكم الفاصل في النزاع<sup>2</sup>. فالمحكم شأنه شأن كل شخص مخاطب بالقانون لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم إلا إذا أجازت الدولة ذلك وفقاً للشروط التي تحددها، أما إذا حظرت التحكيم لا يمكن ممارسته على إقليمها<sup>2</sup>

5/ النظرية العقدية لا تتفق مع قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينظم علاقه بين الأطراف الذي دار حولها النزاع، وأسهمت إسهاماً فعالاً في تأخر الأخذ بفكرة استقلال هذا الاتفاق<sup>3</sup>

و بما أن إجازة القوانين اللجوء إلى التحكيم ليست إجازة شاملة ومطلقة، إنما مقيدة بالنظام العام وبالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح<sup>4</sup>، فهذا يدل على عدم امكانية تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم بفكرة العقد.

#### الفرع الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.

يرى جانب كبير من الفقه الإسلامي وحتى الفقه الغربي أنه للوصول إلى الطبيعة القانونية للتحكيم يجب تغليب المعايير الموضوعية على المعايير الشكلية، حيث ان المعايير الموضوعية تعني وجوب تغليب مهمة المحكم الموكله إليه، على المعايير الشكلية التي تكون مصدرها إدعاء الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد، حيث أن التحكيم كان الشكل البدائي لإقامة العدالة في العصور السابقة على ظهور الدولة وتنظيم السلطة القضائية فيها.

<sup>1</sup>محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص ص ، 306، 307.

<sup>2</sup>حفيفة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم. الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001، ص59.

<sup>3</sup>أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية. ص، 98..

<sup>4</sup>أنظر المادة 1006 من القانون رقم 08 /09 المؤرخ في 25 فيفري لسنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ولا فرق بين اتجاه الأطراف في اختيار القاضي الذي يفصل بينهم وبين اتجاه إرادتهم إلى عرض النزاع على قضاء الدولة، لأن الأساس في الاتجاهين واحد وهو الفصل في النزاع.

و هناك من يرى أن أساس هذه النظرية هو تفويض من سيادة الدولة من جهة ومن جهة أخرى هناك من يرى أن أساس هذه النظرية يكمن في الظهور المسبق للتحكيم على قضاء الدولة، وبالتالي فهو يشكل جهة قضاء مستقلة عن قضاء الدولة.<sup>(1)</sup>

ويرى أنصار هذه النظرية أن الإرادة تمثل ذات الدور في كل من التحكيم والقضاء، حيث يتم اللجوء إليهما بعمل إرادي يتمثل في اتفاق إرادة أطراف النزاع إذا تم اللجوء إلى التحكيم، وفي إرادة أحدهم إذا تم اللجوء إلى القضاء، وهذا لا يشكل دليلاً كافياً على أن هذه الإرادة هي أساس تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.<sup>2</sup> والفارق بينهما أن العمل الإرادي الأول يرغب في تحقيق العدالة الخاصة، بينما الثاني يرغب في العدالة العامة، وهذا لا ينفي الطبيعة القضائية لهذا النظام.<sup>3</sup>

ويعدون نظام التحكيم نظاماً فضائياً عالمياً عيتنق على اللجوء إليه في العقود الوطنية والدولية. لكنهم اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم. ففسر جانب منهم ذلك بأن سلطة هذا المحكم في إقامة العدالة الخاصة بين أطراف النزاع هو تفويض من الدولة يقوم بموجبه مباشرة الوظيفة القضائية بصفة مؤقتة<sup>4</sup>. ولأن العدالة باعتبارها مهمة تتولى السلطة العامة تحقيقها تعد من الأمور التي تدخل في النطاق القاصر لها، فإن قام المحكم بأداء هذه العدالة فإن ذلك يكون بناء على تفويض من الدولة وفقاً للقواعد التي تضعها<sup>5</sup>. وفسر جانب آخر طبيعتها بأن كل من التحكيم والقضاء يعد نظاماً قضائياً<sup>6</sup>، وهذا يعني وجود قضائين متوازيين داخل الدولة وذلك انطلاقاً من تطور نظام التحكيم، وانتشار مراكزه، وسبق ظهوره على القضاء العام في الدولة.

<sup>1</sup>مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 560

<sup>2</sup>شمس الدين قاسم الخزاعلة، مرجع سابق، ص 34.

<sup>3</sup>أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 27.

<sup>4</sup>محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. مرجع سابق، ص 340، 342.

<sup>5</sup>حفيفة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم. مرجع سابق، ص 60.

<sup>6</sup>محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 343.



واختلفوا فيما بينهم حول وقت اكتساب حكم التحكيم الصفة القضائية، منهم من يرى أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة القضائية بعد صدور الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة بذلك. والبعض الآخر يرى عدم اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ لإكساب حكم التحكيم الطبيعة القضائية فهو يتمتع بالحجية منذ صدوره وهذا الأمر لا يمنح الحكم الحجية إنما يجعله قابلاً للتنفيذ<sup>1</sup>.

و استند أنصار هذه النظرية على حجج عديدة في تدعيم وجهة نظرهم من بينها :

1/ العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، والمتمثل في الفصل في النزاع، وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلية والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم<sup>2</sup> فكل منهما يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنهما يعد حكماً قضائياً، وذلك خلافاً لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكيم يعد أثراً من آثار الاتفاق

2/ اختلاف الهدف بين نظام التحكيم ونظام القضاء في الدولة والذي نادى به أنصار النظرية العقدية، لا يعد دليلاً على الطبيعة العقدية لنظام التحكيم ونفي طبيعته القضائية لأن القضاء يهدف إلى حماية المصالح الخاصة شأنه شأن التحكيم<sup>3</sup> الذي يحقق مصالح خاصة للخصوم، ومصالح عامة تتمثل في تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق المحاكم بسبب كثرة القضايا المرفوعة أمامها.

3/ نظام التحكيم يضمن عناصر العمل القضائي وهي: الادعاء والمنازعة والعضو، حيث يتمثل الادعاء بالحماية القانونية التي يهدف الشخص إلى الحصول عليها من تطبيق القاعدة القانونية، ويتمثل المنازعة بالخلاف في وجهات النظر بين الخصوم، بحيث يسعى كل منهم إلى إثبات وجهة نظره مع القاعدة القانونية التي تقرر الحل لصالحه، ويتمثل العضو بالشخص الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع<sup>4</sup>. والمحكم يستمد صلاحية القيام بالوظيفة القضائية من القانون، ومن اللحظة التي يجيز فيها هذا القانون لشخص ما القيام بهذه الوظيفة، يعد المعيار العضوي متوافراً .

<sup>1</sup> أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم. بحث منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.arlawfirm>.

<sup>2</sup> محمود عمر السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 349.

<sup>3</sup> نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية. المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، 2006، ص 51.

<sup>4</sup> عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي. ط 1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص 23.

4/ إن السلطة القضائية للمحكم تختلف عن ولايته التي تمثل الاختصاص النوعي له، هذه الولاية تتحدد وفق ما تنتج إليه إرادة أطراف النزاع في اتفاق التحكيم وترتبط صحة ويطلانا بهذا الاتفاق، وهذا لا يمس سلطته القضائية وذلك لعدم وجود سلطة قضائية معيبة مقارنة مع الحق الذي يكون مشروعاً دائماً، والمحكم إذا قرر عدم الاختصاص بنظر النزاع لعدم صحة اتفاق التحكيم يكون أحسن استخدام سلطته القضائية، وإذا فصل في هذا النزاع رغم عدم صحة هذا الاتفاق يكون أساء استخدام هذه السلطة<sup>1</sup>

5/ الإجراءات التحكيمية هي إجراءات ذات طبيعة قضائية سواء من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة و المواجهة بين الخصوم أم ناحية احترام المحكم للمواعيد المحددة للقيام بهذه الإجراءات والتزامه بفحص الأدلة، والبيانات المقدمة من الخصوم، والموازنة بينها، وغيرها من الإجراءات.<sup>2</sup>

6/ كثرة اللجوء إلى التحكيم للغصل في النزاعات خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية وانتشار العديد من الهيئات والمراكز التي تتولى ذلك وفق الإجراءات الخاصة بها، أدى إلى عد نظام التحكيم قضاء للنزاعات الدولية<sup>3</sup> نظراً لعدم وجود قضاء دولي للفصل في هذه النزاعات، فقامت هيئات التحكيم بدور القضاء الدولي من أجل تحقيق ذلك، وذلك خلافاً لما ذهب إليه أنصار النظرية العقدية.

ومن الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية هو:

1/ أن التحكيم كان سابقاً في ظهوره على قضاء الدول، وبناءاً على ذلك فإنه يشكل جهة قضاء الى جانب قضاء الدولة. ورغم اختلاف الاتجاهين إلا أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يبقى حكماً قضائياً بعكس ما نادى به النظرية العقدية التي اعتبرته أثراً من آثار الاتفاق.<sup>(4)</sup>

2/ الاستناد إلى أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن وظيفة كل منهما تختلف عن الأخرى، فوظيفة القاضي وظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي

<sup>1</sup> خليل عمر غصن، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي. ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص75.

<sup>2</sup> نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص52.

<sup>3</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص167.

<sup>4</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص40.

بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز. والنظرية التقليدية التي عرفت الوظيفة القضائية بانها: "الفصل في النزاعات بين الأفراد" وجه إليها انتقاداً تمثل في أنها لا تعرف هذه الوظيفة تعريفاً جامعاً<sup>1</sup>

أما المحكم فوظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع في المستقبل، لكنه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا عوجد نزاع؛ لأن الهدف المشترك في كل أنواع التحكيم يتمثل في حسم النزاع، وفقاً لقواعد القانون أو قواعد العدالة.

3/ إقرار القانون لنظام التحكيم لا يغير من حقيقة أن اتفاق التحكيم هو المصدر المباشر لقيام المحكم بوظيفته، وأن هذا القانون هو مصدره غير المباشر، فالمحكم يفصل في النزاع بناء على تفويض من أطراف هذا النزاع دون التقيد بالقواعد القانونية، بينما القاضي يفصل في النزاع مقيداً بهذه القواعد احتراماً لسيادتها<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم لا يتمتع بطبيعة واحدة سواء كانت تعاقدية أو قضائية بل يمتاز بطبيعة مزدوجة يبدأ باتفاق الأطراف ليصل إلى تجسيد الحكم في طبيعة قضائية ومن ثم يتسم هذا التحكيم بطبيعة مختلطة لما فيه من تأثيرات عقدية وقضائية.<sup>(3)</sup>

لأن كل من النظريتين القضائية والعقدية أصابت جزءاً من الحقيقة والأخذ بإحدهما دون الأخرى يؤدي إلى صعوبات كبيرة لذا يتطلب نظام التحكيم ذو الطبيعة المختلطة الجمع بين النظريتين<sup>(4)</sup>

وبالرغم من اتفاق أنصار هذه النظرية على الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم وأحكامه فقد اختلفوا فيما بينهم حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية. منهم من يرى بصدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من طبيعته العقدية إلى الطبيعة القضائية، ومنهم من يرى في الوقت الذي يبدأ فيه المحكم بالقيام بمهمته والمتمثلة في الفصل في النزاع، أو في الوقت الذي يصدر فيه الحكم النهائي لهذا النزاع يتحول

<sup>1</sup> محمود السيد عمر التحيوي، ص 629.

<sup>2</sup> أسامة احمد شوقي الملبجي، مرجع سابق، ص 58.

<sup>3</sup> جورج حزبون، رضوان عبيدات، الزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي الدولي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد السادس والعشرون، أبريل 2006، ص 479

<sup>4</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 44.

التحكيم الى الطبيعة القضائية<sup>1</sup>. ويرى اتجاه ثالث ان هاتين الطبيعتين متوافرتين في التحكيم ابتداء من الاتفاق على اللجوء اليه وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم الفاصل في النزاع<sup>2</sup>، لأن اتفاق التحكيم يقترب من الطبيعة القضائية نظرا لأن موضوعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وحكم التحكيم ليس منفصلا عن اتفاق التحكيم الذي يجسد دورا كبيرا في تحديد اجراءات التحكيم.

ومن الحجج التي استندوا عليها في هذه النظرية ما يلي:

1/ إن الأخذ بالنظريتين معا هو أمر مرغوب فيه لتشجيع اللجوء إلى التحكيم؛ لأن إعطاء نظام التحكيم الطبيعة العقدية يمنح الأفراد حرية اختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع واختيار الإجراءات الواجب اتباعها عند قيامه بذلك، وهذا عيشهم بتميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض النزاع. وإعطائه الطبيعة القضائية يمكن الدولة من فرض الرقابة على التحكيم الذي يجرى على أراضيها<sup>3</sup>.

2/ الطبيعة المختلطة هي التي تفسر التناقض في طبيعة أحكام نظام التحكيم مثال ذلك: احترام المحكم

لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة والتزامه بتسبب الحكم وسلطته في إدارة جلسات التحكيم تفسره الطبيعة القضائية،

أما الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان وإمكانية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم من قبل أطراف

النزاع تفسرها الطبيعة العقدية<sup>4</sup>

3/ التحكيم يتسم بالطبيعة المختلطة استناداً إلى مصدره المتمثل في الاتفاق على اللجوء إليه، سواء كان شرط

تحكيم أم مشاركة، وإلى وظيفته القضائية المتمثلة في حسم النزاع بحكم له آثار الحكم القضائي<sup>5</sup>.

4/ كما استند انصار الرأي القائل: بأن الطبيعة العقدية والقضائية قائمتان في كل مراحل التكميم على الوظيفة

التبعية لاتفاق التحكيم. فبعد اتفاق الأطراف على حل النزاع بواسطة التكميم يبدأ المحكم مهمته في حسم النزاع وفقاً

لمتطلبات الوظيفة القضائية، ويكون ملزماً بتطبيق شروط اتفاق التحكيم، شأنه شأن القاضي الذي يستند عند الفصل في

النزاع المعروض عليه إلى شروط العقد المتعلقة بهذا النزاع، وهنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>مصطفى محمد الجمال، و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص54.

<sup>2</sup>نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص35.

<sup>3</sup>أحمد محمد عبد البديع شتا، مرجع سابق، ص28.

<sup>4</sup>نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص34.

<sup>5</sup>عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص23.

<sup>6</sup>مصطفى محمد الجمال، و عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص48.

أما الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية هي كالتالي:

1/ اكتفى أنصار النظرية المختلطة بتحديد العناصر العقدية والقضائية في كل من النظريتين السابقتين دون القيام بالدراسة التحليلية لطبيعة نظام التحكيم وأسباب الاختلاف حولها<sup>1</sup>. وهذا الوصف عيدهوياً من مواجهة الحقيقة بابعادها المتعددة والواجب مواجهة هذه الحقيقة بتحديد الطبيعة القانونية وليس الاكتفاء بوصفها مختلطة<sup>2</sup>، حتى يمكن تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا النظام.

2/ القول بان التحكيم يتحول من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية عند صدور الحكم الفاصل في

النزاع هو قول محل نظر؛ لأن المسلّم به أن طبيعة الشيء جزء لا يتجزأ من كل شيء<sup>3</sup>.

3/ الأخذ بالنظرية المختلطة بما تتطلبه من خضوع التحكيم للقواعد القانونية الخاصة بالعقود وبالقضاء يؤدي

إلى تناقضات كثيرة، حيث يصعب الجمع بين نظامين مختلفين، فقد تختلف الآراء حول تحديد العناصر التي تحكمها القواعد الخاصة بالعقود، والعناصر التي تحكمها القواعد الخاصة بالقضاء

4/ التحكيم لا يتسم بالطبيعة العقدية والقضائية، لأن العقد ليس عنصراً جوهرياً فيه، بدليل وجود التحكيم

الإجباري الذي لا يتم اللجوء إليه بناء على اتفاق، ولأن المحكم لا ينتمي إلى السلطة القضائية في الدولة التي تتولى الفصل في النزاعات بواسطة قضاة يمثلون لها عند إصدار الحكم المنهي لهذه النزاعات<sup>4</sup>

ونرى هنا انه من الصعب دمج نظامين مختلفين في نظام واحد لذلك هذه النظرية غالباً لا تعبر عن الطبيعة القانونية للتحكيم

الفرع الرابع: نظرية استقلال التحكيم.

ويرى هذه النظرية أن النظريات سابقة الذكر اعتمدت في تأسيسها على واقع المعاملات الداخلية حيث

أسقطت نظام المعاملات الداخلية على نظام التحكيم التجاري في المعاملات الدولية.

ولذلك اتجه أصحاب هذه النظرية إلى اعتبار أن التحكيم له استقلالية خاصة في حل المنازعات، فهو أسبق في ظهوره على القضاء وبقي هذا منتشر حتى بعد ظهور القضاء، الأمر الذي جعل منه قضاء موازيا لقضاء الدولة ورغم اعتبار

<sup>1</sup> درويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 46.

<sup>2</sup> نجيب أحمد عب الله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup> أحمد محمد عبد البديع شتا، مرجع سابق، ص 30..

<sup>4</sup> أسامة أحمد شوقي المليجي، مرجع سابق، ص 63.

إرادة الأطراف هي أساس التحكيم إلا أنها لا تشمل كل تطوراتها، ومع ذلك فإن واقع التجارة الدولية يؤكد على أصالة واستقلال التحكيم كقضاء لهذه التجارة، وذلك من حيث مدى إذعان أطرافها للتحكيم التجاري.<sup>(1)</sup>

وقد استند انصار هذه النظرية في تأييدهم للطبيعة المستقلة لحكم التحكيم على حجج متعددة نذكر منها:

1/ يؤكد انصار الطبيعة المستقلة والخاصة لنظام التحكيم، أن هذا النظام أقرته القوانين الداخلية وأنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم وفي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم سواء كانت معاهدات ثنائية أم جماعية<sup>2</sup>.

2/ العقد ليس أساسيا في نظام التحكيم بدليل ظهور التحكيم الإلزامي الذي عزل أطراف النزاع باللجوء

إليه بموجب القانون، وبدليل أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف أحيانا إنما قد يتم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة.

3/ اختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء يؤكد نشأة التاريخية الأسبق له والتي جعلته نظاما مستقلا عن القضاء<sup>3</sup>. حيث أفرزت الحياة الاجتماعية من القدم هذا الفضاء بوصفه وسيلة لحل النزاعات القائمة بين الأفراد، لا تتم من قبل السلطة العامة مثل النظام القضائي ولا تتم بواسطة أطراف النزاع أنفسهم مثل نظام الصلح، وإنما تتم بواسطة شخص يكون محل ثقتهم. وهذا هو نظام التحكيم الذي يستجيب لحاجة التعايش السلمي واستمرار العلاقات بين أطراف النزاع في المستقبل.

4/ اختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء من حيث البناء الداخلي، حيث يتولى القانون تنظيم القضاء عضويا وإجرائيا عن طريق قواعد عامة مجردة في القانون عتدد أنواع المحاكم، وكيفية تشكيلها. وعتدد قواعد الاختصاص الدعاوى التي تختص كل محكمة بصلاحيته النظر فيها، وتبين قواعد التقاضي، الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل هذه المحاكم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 562

<sup>2</sup> أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.mohamoon.com>

<sup>3</sup> عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص 36.

<sup>4</sup> وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم. مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، مارس، جوان، 1993، ص 136.

وبهذا تنشأ محاكم دائمة لنظر الدعاوى وفقاً لقواعد الاختصاص والتقاضى المعدة، مقدماً لهذه الدعاوى. أما التحكيم فهو أسلوب خاص للفصل في النزاع من قبل فرد أو هيئة تشكل خصوصاً لهذا النزاع، بحيث يترك لأطراف النزاع أو المحكمين تحديد الإجراءات التي يرونها ملائمة للنزاع دون الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضى<sup>1</sup>.

ورغم ذلك لم تسلم هذه النظرية من العديد من الانتقادات نذكر منها:

- 1/ إن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه، وليس من خلال الأثر المترتب عليه أو الأساس الذي يقوم عليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء كان نظاماً قضائياً<sup>2</sup>
- 2/ ربط أنصار النظرية ربطاً خاطئاً بين مرفق القضاء الذي يشكل أحد سلطات الدولة، وبين فكرة القضاء البسيط والمتمثل في الفصل في النزاع وفقاً للقانون، بوساطة طرف محايد غير ككاف أصلاً بتطبيق القواعد القانونية؛ لأن الوظيفة القضائية قد تتم ممارستها من أشخاص عاديين لا ينتمون إلى هذا المرفق، مثال ذلك لجان الطعن الضريبي في القانون المصري الذي أجاز لها هذا القانون ممارسة الوظيفة القضائية<sup>3</sup>.
- 3/ ربط أنصار النظرية ربطاً خاطئاً بين القضاء وبين تطبيق القانون من جهة، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فالقاضي يفصل في النزاع المعروض عليه استناداً إلى القواعد القانونية أو الأعراف السائدة أو قواعد العدالة في حال غياب القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع، وهو الدور نفسه الذي يقوم به المحكم عندما يكون مكلفاً بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة دون التقيد بقواعد القانون<sup>4</sup>.
- 4/ استناد أنصار النظرية على التنظيم القانوني لنظام القضاء والمختلف عن التنظيم القانوني لنظام هو استناد إلى أسانيد شكلية وليس على أسانيد موضوعية تتمثل بالمهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم، فالقضاء منظم تنظيمًا قانونياً عاماً يحكم جميع المنازعات، أما التحكيم منظم تنظيمًا خاصاً من قبل أطراف النزاع أو من قبل المحكم المكلف بالنزاع. وهذا لا يعني اختلافهما في الطبيعة وإنما يعني " أن القضاء قضاء عام والتحكيم قضاء خاص"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 137.

<sup>2</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 642.

<sup>3</sup> درويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 46.

<sup>4</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 644.

<sup>5</sup> درويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 47.

لكن رغم هذه الإنتقادات إلا اننا نرى من جانبنا أن هذه النظرية تميل الى الصحة أكثر من سابقاتها خاصة فيما يتعلق بأن الطبيعة التجارية الدولية تتطلب بالفعل نظام فض منازعات خاص بها وهو ما اقتره بتحكيم مستقل خاص، إلا أنها تُسند الإعتماد على التحكيم الخاص إلى إذعان الأطراف للتحكيم، ونرى في ذلك أن الإذعان ليس من مميزات العقود التجارية الدولية، وخاصة في عقود الإنشاءات الدولية، حيث وإن كان التحكيم ضروري بالنسبة للطرف المستثمر إلا أن هذا لا يعتبر إذعان للطرف الآخر لقبول العقد.

### المطلب الثالث: أنواع التحكيم وتمييزه عن بعض النظم.

يمكن أن يأخذ التحكيم صوراً وأنواعاً مختلفاً بهدف الوصول إلى تسوية المنازعة ولذلك يجب أن نتطرق لكل من صور وأنواع التحكيم في الفرع الأول ثم نتطرق إلى بعض النظم التي تشبه التحكيم وبين ما الذي يميز نظام التحكيم عنها وهذا في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: صور وأنواع التحكيم.

لمعرفة أنواع التحكيم يتوجب علينا أولاً أن نتعرف على صورته، وذلك لتسهيل مهمة التفرقة بين أنواعه وسنقسم هذا الفرع إلى نقطتين نخصص الأولى لصور التحكيم والنقطة الثانية لأنواع التحكيم.

#### أولاً: صور التحكيم.

يتم النص على التحكيم في العقد الأصلي أو يتفق عليه بين الأطراف في وثيقة خارجية عن العقد. واتفق التحكيم عادة يأتي بصيغة عامة لا تتطرق إلى التفاصيل، فقد يدفق الأطراف على تحديد الجهة التي سوف يناط بها التحكيم أو القانون الذي سيطبق على النزاع، وقد لا يتم تحديد هذه الإجراءات ويتفقون عليها فيما بعد. ولذلك فإن التحكيم يأخذ صورتين هما، شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم.

**1: شرط التحكيم:** وهو عبارة عن شرط يرد ضمن نصوص عقد ما ينص عن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف.



2: مشاركة التحكيم: وهو عبارة عن اتفاق يتم بين، الأطراف في وسيلة منفصلة عن العقد الأصلي مصدر الرابطة العقدية، ينص على حل النزاع القائم بين الأطراف عن طريق التحكيم، حيث أن التحكيم في هذه الحالة لكون بمناسبة نزاع وقع فعلا. (1).

### ثانيا: أنواع التحكيم

للتحكيم أنواع نذكر منهم مايلي:

#### 1- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

(أ) نعني بالتحكيم الاختياري توافق إرادة ذوي الشأن على عرض النزاع القائم بينهم أو المحتمل على فرد أو أفراد عاديين يختارون للفصل وفقا للنظام أو وفقا لقواعد العدالة دون عرضه على القضاء (2).

وبالتالي فان التحكيم الاختياري هو إحالة أطراف الخصومة للتحكيم استنادا إلى سلطات إرادتهم، فيقوم الأطراف باختيار المحكم والقانون الإجرائي والموضوعي للتحكيم.

ومميزات التحكيم الاختياري هو أن أساسه يرجع إلى إرادة الخصومة فهم وحدهم الذي يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في نزاع معين على أنه يشترط للجوء إليه أن لا تكون المنازعة متعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، ولذلك حدد المشرع الجزائري المواضيع التي يتم اللجوء فيها إلى التحكيم وهي مجال العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية.

(ب) المقصود بالتحكيم الإجباري هو أن يفرض المشرع التحكيم على الخصومة وقانونه الإجرائي والموضوعي،

حيث لا نجد حرية الأطراف أي دخل في اللجوء إليه.

كما يمكن أن يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركا الأطراف الخصومة حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم.

ومن أهم الأمثلة التي يأخذ فيها التحكيم الإجباري هي في المنازعات التي تنور بين الهيئات العامة وشركات القطاع العام. (3).

ويتخذ اتفاق التحكيم الإجباري صورتين التاليتين:

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 26.

<sup>2</sup> إلياس بن منصور الراجحي، مرجع سابق، ص 41.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق ص 29.

\* أن يقوم المشرع بتحديد حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى قضاء الدولة بصفة مطلقة.

\* أن يقوم المشرع بقبول الدعوى أمام القضاء لكن بشرط أن يتم طرحها أمام هيئة التحكيم والإا قضت

المحكمة بعدم قبول الدعوى. (1).

## 2- التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص:

أ/ نعني بالتحكيم المؤسسي ذلك التحكيم الذي يتم تحت إشراف مؤسسة أو منظمة دولية مختصة بالتحكيم كغرفة التجارة

( أو IACAC ) او لجنة التحكيم التجارية الامريكية (AAA) (2). أو جمعية التحكيم الأمريكية (CCI) الدولية بباريس )

( أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم SCC ) أو غرفة ستوكهولم للتجارة (LCIA) محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي )

التجاري الدولي وغيرها من مراكز التحكيم الشهيرة (3).

وفي الوقت الحالي أصبحت كافة العقود النموذجية تتضمن نصوصا تقتضي بحسم النزاع الذي قد ينشأ تنفيذها من

طريق التحكيم الدولي (4).

فهو التحكيم الذي يتم تحت إشراف وإدارة الأطراف أو AD HOC ب/ أما التحكيم الخاص أو ما يطلق عليها

مندوبيهم، وهذا النوع غالبا ما يخضع لقواعد الأونسترال للتحكيم (5).

وفي أحيان أخرى قد يخضع لقواعد موضوعية بواسطة أطراف أو محكمة التحكيم أو كلاهما ويمتاز هذا النظام بأنه

يقابل احتياجات أطراف النزاع كما يقابل ما تتطلبه وقائع القضية المعينة التي ثارت بينهم وهو يحتاج لتعاون الأطراف

وممثلهم لأداء العملية التحكيمية بكفاية وفاعلية إلا أن وضع قواعد التحكيم بهذه الصورة يستهلك كثيرا من الوقت

بالإضافة إلى تكلفتها المرتفعة (6).

## 3- التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل و الإنصاف: (7).

<sup>1</sup> علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص، 235.

<sup>3</sup> أحمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 72

<sup>4</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 551

<sup>5</sup> قواعد الأونسترال للتحكيم، الأمم المتحدة، نيويورك، 1981

<sup>6</sup> محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 374.

<sup>7</sup> مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 556.

أ/ التحكيم وفقا لقواعد القانون: وهنا يتقيد المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع محل التحكيم،

وهذا يعني أن المحكمين لا يتدخلون في اختيار القانون الذي سوف يطبق على النزاع.

ب/ التحكيم وفقا لأعراف التجارة الدولية: يلجأ المحكم الدولي الى تطبيق عادات و أعراف التجارة الدولية حتى يتبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع او بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف المنازعة، ومثال ذلك أن يتشبث كل طرف في المنازعة بتطبيقه قانونه الوطني، أو أن يسكت الأطراف، الأمر الذي قد يعني تفويض المحكم في اعتماد عادات وأعراف التجارة الدولية وفي مثال على ذلك اصدر المحكم حكمه في نزاع يتعلق بتنفيذ عقد بيع بشروط "قوب" بين بائع يوغسلافي ومشتري فرنسي، وكان على المحكم أن يفسر ما إذا كان البائع أم المشتري هو الذي يجب أن يتحمل دفع المصاريف، وكانت الدعوى خاضعة للقانون السويسري وفي هذه المنازعة لجأ المحكم الى تطبيق قواعد العرف والعادات التجارية الخاصة بتفسير شروط البيع "قوب" وبني عليها قرار التحكيم فقرر أن المشتري هو الذي يتحمل المصاريف<sup>1</sup>.

ج/ التحكيم وفقا لقواعد العدل و الإنصاف: وفي التحكيم لا يتقيد المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند فصلهم في

النزاع، حيث يحق الاستناد إلى قواعد العدالة للوصول إلى إصدار حكم حتى لو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق على النزاع، ويمكن اعتبار هذا التحكيم إذا ما تم اللجوء له من قبل الاطراف تنازلا عن الاستئناف لدى النظم التي تجيز الطعن في أحكام المحكمين بالاستئناف.

### الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن النظم الشبيهة له.

إذا كان التحكيم هو الوسيلة الشائعة الاستعمال في تسوية المنازعات خاصة في عقود الإنشاءات الدولية فإن لهذا النظام خصوصيات تميزه عن وسائل أخرى شبيهة له خارجيا، ولكنها تختلف عنه جذريا وهذا ما سنبينه فيما يلي:

#### أولا: الفرق بين التحكيم و القضاء.

لما كان القضاء صاحب الاختصاص العام للفصل في المنازعات التي تثار غالبا فقد أضحي التحكيم طريقا موازيا وبديلا للقضاء، ويتم اللجوء اليه بالفعل في المنازعات بناء على ارادة الأطراف، حيث أن القضاء هو الجهة الأصلية التي تملك الفصل في المنازعات بين المتخاصمين بحق وفقا لأحكام القانون المعمول به في الدولة، لأن الغاية

<sup>1</sup> أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص ص، 148، 150.

منه حفظ الحقوق و نشر الأمن في المجتمع، و وسيلته قاض يحكم بالعدل وقانون يطمئن الناس الى عدالته<sup>1</sup>، وعلى ذلك يتفق التحكيم مع القضاء في أن كل منها شرع لقطع المنازعات وفصل الخصومات، إلا أنهما يختلفان في عدة جوانب منها.

**\* من حيث ولاية كل منهما:** القضاء يعد الوسيلة الأصلية والعامة لتسوية المنازعات، وهذا عكس التحكيم الذي يعد الوسيلة الثانوية والاستثنائية أو الخاصة لتسوية تلك المنازعات، كما أن اللجوء للقضاء حق مقرر لجميع من على تراب الدولة عن طريق السلطة العامة، أما التحكيم فهو اختياري يتوقف على ارادة الخصوم بمعنى أن اللجوء إليه ليس متاحا للأفراد بصورة مطلقة فلا يجوز لهم اللجوء الى التحكيم إلا في النطاق الذي يسمح لهم القانون به<sup>2</sup>.

**\* من حيث اجراء الخصومة والفصل فيها:** يختلف القضاء عن التحكيم في أن القضاء يسير على إجراءات محددة تنص عليها القوانين و الأنظمة المعمول بها في الدولة مثل قوانين القضاء والمرافات المدنية والتجارية، والإجراءات الجنائية، أما التحكيم بمقتضا لإتفاق على هذا الأخير الى لائحة تحكيم لدى إحدى مراكز التحكيم، وقد يترك لهذه الهيئة حرية إعمال القواعد الإجرائية المناسبة، شريطة أن لا تتعارض مع النظام العام<sup>3</sup>.

فالمحكومون لا يلتزمون بقواعد القانون الإجرائي المنظمة للتحكيم المؤسسي إذ يستطيع أطراف التحكيم أن يضعوا قواعد إجرائية تسير عليها هيئة التحكيم.

**\* من حيث أثر الحكم:** إن التحكيم يختلف عن القضاء من حيث نتيجة الحكم لأن الحكم القضائي يتمتع بحرية مطلقة فلا يقتصر أثره على المحكوم عليه وحده، بل تكون له حجية في مواجهة كافة، أما حكم التحكيم فيكون قاصرا على طرفي خصومة التحكيم وحدهم، أي أن له أثرا نسبيا.

و إذا كان هناك اختلاف بين القضاء العادي والتحكيم، فإن هذا التباين ينطبق كذلك على التحكيم الحر و المؤسساتي، ذلك أن التحكيم النظامي يقوم على معايير إدارية متكاملة بصورة تجعله كفيلا بضمان جميع الحقوق القانونية، والفعالية للأطراف في خصومة التحكيم أو بعد توقيفها أو تعليقها وحتى بعد الحسم فيها سواء من حيث الأصل أو فيما يتعلق بالقرارات الجزئية الأخرى

<sup>1</sup> عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة 3، مطبعة جامعة الكويت، 1402 هـ، ص 103.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 107.

<sup>3</sup> محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 556.

## ثانيا: الفرق بين التحكيم والصلح.

نجد الصلح في الشريعة الإسلامية حيث شرعه الله تعالى جل في علاه وقد جاء في القرآن الكريم: " يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَنْفُوا لِلَّهِ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ " (1).

أما في التشريع الوضعي فقد نص عليه القانون المدني الجزائري كما يلي " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". (2)

وذلك من أجل حسم المنازعة فيما بينهما، على أن تكون الأطراف المتنازعة هي التي تفصل في الأمر. بينما في التحكيم يتم الفصل في المنازعة عن طريق محكم وليس عن طريق الأطراف، كما أن الأسباب التي تدفع بالأطراف إلى اللجوء إلى كل من الويلتين ليست واحدة<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى أنه في التحكيم لا يقوم الاطراف بالتنازل عن حقوقهم حتى وإن حُسمت القضية لصالح أحدهم، كما يعتبر التحكيم قضاء، ويعتبر الصلح اتفاق، وهذا يترتب عليه أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته ما لم يأخذ الصفة الرسمية، أو يتم أمام المحكمة. أما التحكيم فيصدر المحكم فيه حكما يقبل التنفيذ بعد الحصول على الأمر بتنفيذه<sup>4</sup>.

كما يعتبر عقد الصلح ملزما لأطرافه، وغير قابل للطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام. كما جاء في المادة 465 قانون مدني جزائري. بينما حكم المحكم يقبل الطعن فيه بحسب القواعد العامة، وبالتالي فإن التحكيم يتميز بتمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه، أما الصلح هو التنازل المتبادل من جانب أطرافه عن جزء من حقوقهم من أجل الوصول إلى حسم النزاع.

## ثالثا: الفرق بين التحكيم والخبرة.

<sup>1</sup> القرآن الكريم، سورة الأنفال، الآية الأولى

<sup>2</sup> المادة 459 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>3</sup> محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 236.

<sup>4</sup> مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص 543.

يأتي الخلاف بين التحكيم والخبرة، في الشخص القائم بالمهمة، حيث يسمى في التحكيم بالمحكم ويسمى في الخبرة بالخبير، ف نجد الاول يقوم بوظيفة القضاء، بينما الخبير يكون مساعدا للمحكم أو القاضي لأن على المحكم ان ينهي المنازعة عن طريق إصدار حكم تحكيمي فيه، في حين أن رأي الخبير الاستشاري<sup>(1)</sup>. حيث لا يجوز الطعن فيه بالطرق المقررة لانه لا يصدر حكما، بينما يجوز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف.

#### رابعاً: الفرق بين التحكيم والوساطة.

إن الوساطة مرحلة متقدمة من التفاوض، تتم بمشاركة طرف ثالث وسيط يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل للتسوية، إذن فهي آليّة تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين، بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة للنزاع.

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ FOUCHARD للوسيط مهمة محدودة في محاولة للتوفيق بين الطرفين، إذ أن المقترحات والتوصيات المقدمة بعد التحقيق في القضية ليست ملزمة إلا إذا كان الأطراف قد قبلوا بها<sup>2</sup>، والوساطة عملية طوعية بطبيعتها ولا يجوز للوسيط اتخاذ قرار في أساس النزاع، بل إن دوره في محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين وفي محاولة طرح الحلول البديلة أمامهم دون فرض أي منها عليهم، وعلى خلاف الوساطة يعتبر من حيث النتيجة ملزماً فيه المحكم أو هيئة التحكيم، بخلاف الوسيط أو الوطاء سلطة اتخاذ القرار والبت فيه كما أن التحكيم متى اتفق عليه قبل نشوء النزاع وبعده يصبح ملزماً، ويستوجب على الأطراف السرية حتى نهاية إجراءاته و إصدار القرار النهائي للخصومة، من خلاله.

ويعتبر حكم المحكم ملزماً ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية، وتتخذ الوساطة أشكالاً متعددة فهناك الوساطة البسيطة، وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى الى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين، وهناك الوساطة في شكل قضاء صوري وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يترأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع وذلك للوصول إلى حل مقبول من الطرفين.

وهناك الوساطة الاتفاقية، وهناك الوساطة الاستشارية وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشاري بتدخله كوسيط لحل النزاع، وهناك وساطة التحكيم وهي التي يتفق الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة، وهناك الوساطة القضائية وهي المعمول بها في النظم الأنجلوسكسونية، ولكن إذا كانت

<sup>1</sup> Philip Fouchard, l'arbitrage judiciaire; Etudes offertes au pierre ballet ; litec. PARIS 1991, p22.

<sup>2</sup> PH. Fouchard ,op,cit ,P167.

الوساطة تلتقي مع التحكيم من خلال بعض العناصر والقواسم المشتركة فإنها تختلف عنه في مجموعة من النقاط الجوهرية منها : أن الوساطة تتميز في بعدها عن الطابع القضائي و قد تكون غير فعالة وليست مجرد مشروع اتفاق، ولا ما يقوم عادة المحامون و القضاة، و لا تعتبر في حالة فشلها مضيعة للوقت وللمال، وإذا كان الوسيط يعتمد الوساطة على مصالح الأطراف المشتركة، وعلى القانون الطبيعي وعلى العرف وقواعد الأنصاف بعيدا عن كل الشكليات، والقيود الموضوعية، فإن المحكم يعتمد بصورة اساسية على القانون، أو العقد الذي يربط الأطراف بالحقوق و المراكز القانونية موضوع النزاع، كما يتعين على المحكم مراعاة الإجراءات الخاصة بالتحكيم في حل نزاعات معينة<sup>1</sup>.

ويختلف دور المحكم عن دور الوسيط في كون المحكم إذ لم يتفق طرفي النزاع على رأي موحد متوافق بشأنه، فإن المحكم يفرض قرارا قد يرضي طرفا وقد لا يرضي الطرف الآخر<sup>2</sup>، بينما الوسيط يحاول تقريب مواقف الأطراف وما يعرضه عليهما غير ملزم لهما ما لم يقبل به حتى اذا وافق على ذلك انتهت الوساطة الى اتفاق تسوية، اما اذا لم ينجح فالوساطة تفشل بطبيعتها الحال، ولأطراف الوساطة أن يحددوا للوسيط مدة انجاز مهمته، مع امكانية اتفاهم على تمديد هذه المدة، ما لم يحدد اتفاق التحكيم أجلا للهيئة التحكيمية مع امكانية تحديد هذه المدة، واذا كان دور التحكيم يتوسع في حل النزاعات الداخلية و الدولية ويفضل اللجوء اليه، فإن دور الوساطة كمؤسسة تم انشاؤها في الفترة الاخيرة عند بعض الدول الى جانب التحكيم لتتوصل الى حل النزاع دون اللجوء الى التحكيم.

#### خامسا: الفرق بين التحكيم والوكالة.

عرف المشرع الجزائري الوكالة في القانون المدني كالتالي: " الوكالة أو الإنابة، هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب المركز وباسمه"<sup>(3)</sup>.

إذا يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل القانوني، والوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة له من الأعمال القانونية. كما أنه في الوكالة يستمد الوكيل سلطاته من الموكّل، ويملك التتصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، كما أن الوكيل لا يقوم إلا بما يمكن ان يقوم به الموكل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مولاي عبد المومن ولد محمد مولانا، مرجع سابق، ص 46.

<sup>2</sup> أحمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، طبعة 5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص30.

<sup>3</sup> المادة 571 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>4</sup> محمودي مسعود، مرجع سابق، ص236.

أما هيئة التحكيم وبعد اختيارها من قبل الأطراف المحتكمين، تكون مستقلة في أداء عملها تماما عنهم، فهم لا يملكون حق التدخل في عملها بأن يصدروا إليها معلومات تتقيد بها، ويكون الحكم الصادر عن هذه الأخيرة ملزم لهم.

و وفقا للقواعد العامة يجوز للموكل عزل وكيله في أي وقت دون إبداء التبريرات، أما في التحكيم هناك نظام لرد المحكم ويجب اتباع الإجراءات المحددة قانونا.



## المبحث الثاني: شروط صفة المحكم و طرق اختياره.

يجب إن يخضع المحكم أثناء قيامه بمهمته لمجموعة من القيود و الضوابط التي تضمن جريان إجراءات المنازعة التحكيمية بطريقة صحيحة، لذلك فقد حرص المشرع الجزائري وضع بعض الشروط التي يجب توافرها فيمن يتولى مهمة التحكيم، كذلك من الدوافع الرئيسية التي ترغب الأطراف في سلوك طريق التحكيم وهو أن نظام التحكيم يطلق إرادتهم في اختيار محكميهم ، ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتناول فيه الشروط الواجب توافرها في المحكم، والمطلب الثاني فنتطرق فيه إلى تشكيل هيئة التحكيم .

## المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم.

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم الذين أولوه عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم، إذ يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط حتى يكون مؤهلا لا دارة هذه العملية التحكيمية إذ هناك شروط انفق الفقه، وكذلك مراكز التحكيم على وجوب توافرها في المحكم لا تكاد تخلو من سردها كافة كتب التحكيم، كما أن هناك شروط مختلف فيها متروكة لتقدير الطرفين. <sup>1</sup>

## الفرع الأول: الشروط القانونية (الوجوبية).

اشتراط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائه منصة التحكيم، وذلك بغرض ضمان حياده واستقلاله، كي يمكن الاطمئنان إلى قراره في حسم النزاع وأساس هذه الشروط أن المحكم يقوم بالقضاء بين الخصوم حتى وان كان قضاء خاصا، إلا انه يرتب على حكمه ذات الآثار المترتبة على الحكم القضائي من حيث الاستنفاد ولايته، وحيازته للحجية ومدى قابليته للطعن والدعوى بالبطلان. <sup>2</sup>

لذلك ينبغي أن يكون هذا المحكم مؤهلا قانونا لتولي منصة التحكيم إضافة إلى وجوب توفر الأهلية المدنية والقانونية.

<sup>1</sup> حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، ط 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 127

<sup>2</sup> محمود السيد عمر التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم. ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 152

فقد تطلب المشرع الجزائري تمتع المحكم بالأهلية المدنية، وكذلك اشترط في المحكم مبدأ الاستقلال والحياد، وتعد هذه الشروط من النظام العام نظرا لان المشرع لم يترك أمر تقديرها لأطراف التحكيم، وإنما اوجب توافرها فيمن يتولى هذا العمل بصرف النظر عن نوع، أو ملابسات خصومة التحكيم. **1**

**أولا: ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية.**

لما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا، تتجه إرادة أطرافه إلى إحداث اثر قانوني معين، هو حجب اختصاص الدولة بتسوية النزاع عن قضاء الدولة لصالح التحكيم، وكان من الواجب أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لقصة إبرام الاتفاق، فانه إذا انعدمت الأهلية، أو كانت ناقصة لدى المحكم، أو المحكمين الذين اختارهم الأطراف، كان حكم التحكيم باطلا، أو قابل للإبطال. **2**

ومن الطبيعي انه يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة، فلا يعثره عيب عقلي، أو نفسي أو جسدي، يؤثر في إمكانية تفكيره تفكيرا سويا ، إذ لا يعقل أن يسند أطراف عقلاء حريصون على أموالهم منازعا لم للفصل فيها إلى شخص مجنون، أو سفيه، أو مصاب بعاهة عقلية، أو جسدية تؤثر في بلوغ تفكيره للمستوى المنتظر صدوره من إنسان عاقل. **3**

ويقدر سن الرشد في القانون الجزائري تسعة عشر سنة كاملة وهذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون

**4. المدني**

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه : "لا تسند

مهمة

التحكيم لشخص طبيعي، إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية". **5.**

<sup>1</sup>لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة. ط1، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، ص 68.

<sup>2</sup>أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء القانون المصري. ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 16.

<sup>3</sup>محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 84.

<sup>4</sup>المادة 40 من قانون رقم 50-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ، جريدة الرسمية رقم 31.

<sup>5</sup>المادة 1014 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 ، جريدة رسمية رقم 21.

وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري 1/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الأهلية الكاملة في المحكم، وذلك لخطورة مهمته، والثقة المفروضة في حكمه، و ألا يكون به عارض من عوارض الأهلية كالحجر عليه، أو الحرمان من الحقوق المدنية نتيجة للحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف، أو نتيجة لشهر إفلاسه طالما لم يرد إليه اعتباره.<sup>1</sup>

ولم يشترط المشرع الجزائري ولا المصري ضرورة تطبيق القانون الوطني على أهلية المحكم، وفي ذلك يري بعض الفقه أن المشرع المصري قد أحسن صنعا بذلك، بمراعاة ظروف الحال، و احتمال أن التحكيم الذي يجري في مصر يكون

بين أجنب ومن ثم فلا داعي لفرض قيود صارمة تتعارض مع المبادئ المعروفة في نظرية تنازع القوانين.<sup>2</sup> ويعد توفر شرط الأهلية المدنية الكاملة لدي المحكم أو المحكمين المختارين للفصل في المنازعة، أو المنازعات المراد عرضها على التحكيم بدلا من القضاء العام في الدولة هو الشرط الوحيد الذي أجمعت عليه الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها و اتجاهاتها.

### ثانيا: الحياد و الاستقلال.

إن أساس التحكيم هو قيامه على الثقة المتبادلة بين أطرافه في محكميهم، لذلك يجب أن يتوفر في المحكم الحياد

والاستقلالية عن الخصوم، وهذا ما يتوافق مع طبيعة مهمته التي يؤديها، و هذه الخصائص يجب أن تكون لصيقة بأعضاء هيئة التحكيم و لا يمكن تجاوزها كما هو الحال بالنسبة للقضاة.

وتعد حيده المحكم و استقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي و ذلك حتى يطمئن الأطراف إلى قاضيهم، وإلى أن قضائه لا يصدر إلا عن الحق والحيده دون تحيز، فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أيا كان القائم بها قاضيا أو محكما، كما يعتبران ركيزتان أساسيتان لنجاح المحكم في مهمته.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 95.

<sup>2</sup>زهر بن السعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 130.

وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزام مهم ألا و هو إخطار الأطراف على كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده و استقلاله من تلقاء نفسه، و حيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف، وقبل الأطراف صراحة قيامه بالمهمة، و هذا ما نصت عليه المادة 1015/2 من ق ا م ا<sup>1</sup> إذا علم المحكم بأنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم<sup>2</sup>.

وبذلك جعل المشرع الجزائري من الاستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال حيث نص في الفقرة 3 من المادة 1016 من ق ا م ا على أنه "عندما تتبين من الظروف الشبه المشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط<sup>3</sup>".

كما اشترطت أحكام قانون التحكيم المصري استقلال المحكم، و حياده، و جعلت إخلال المحكم بهذا الشرط أو الالتزام سببا لرده، و سببا لتعريض حكمه للإبطال و ذلك في موضعين الأول : عندما ألزمت المادة 3/16 المحكم بالإفصاح عن أي ظروف قد تثير شكوك حول استقلاله أو حياده، حيث نصت على أن " يكون قبول المحكم بمهمته كتابة و يجب عليه أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده"، و الثاني: في المادة 18/1 عندما قرر أن فقدان المحكم للحيدة و الاستقلال يجيز رده عند نظر الدعوة<sup>4</sup>.

فيقتضي حياد المحكم التزامه بالامتناع عن الاتصال بأحد طرفي التحكيم بعد بدء في الإجراءات لمناقشته في النزاع محل التحكيم، و لو كان هذا الطرف هو الذي قام باختياره محكما على أن تلاقي المحكم مع احد طرفي التحكيم بطريق الصدفة دون مناقشة النزاع محل التحكيم يثير الشك في حيدة المحكم.

نشير هنا إلى المادة 04 من القسم الخامس من القواعد المركز القاهرة الإقليمي لتحكيم و التي جاء فيها أن "على المحكم أن يوفر للأطراف، و لباقي المشتركين في التحكيم الظروف الملائمة للفصل في التحكيم بعدل و دون

<sup>1</sup> نفس المرجع ، ص 133.

<sup>2</sup> المادة 1015/2 من ق ا م ا

<sup>3</sup> المادة 3/1016 منق ا م

<sup>4</sup> نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 95

تحيز أو التأثير بضغوط خارجية، أو خشية الانتقاد أو تأثير أي مصلحة شخصية، مع الأخذ في الاعتبار مختلف الظروف المحيطة بالموضوع".<sup>1</sup>

فمن المقرر أن حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلي و الدولي، على حد سواء و هو التزام على عاتق المحكم، فعليه أن يظهر عدم تحيزه لطرف ما، و أن يفصح عن أي علاقة مع أي طرف من أطراف الخصومة، و التي قد تكون ذريعة للطرف الآخر لطلب رده.

#### الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية.

إذا كانت أغلبية النظم قد نصت على ضرورة توفر بعض الشروط في المحكم على سبيل الوجوب عند اعتلاءه منصة التحكيم، فإن هذه النظم والتشريعات قد أعطت للأطراف المحتكمن الحرية الكاملة في تحديد صفات، وشروط مختلفة في من يختارونه محكما، وذلك بالنظر إلى أهمية السلطات التي يتمتع بها المحكم والمركز القانوني الذي يشغله في الخصومة وقد حرص المشرع المصري على ذلك حيث جاءت المادة 3/17 من قانون التحكيم لتؤكد حق الأطراف في وضع الشروط التي يرونها في المحكم حيث نصت على " و تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون، و تلك التي اتفق عليها الطرفان".<sup>2</sup>

هذه الشروط الاتفاقية حتى و إن نص عليها القانون إلا أنها تأتي بصيغة جوازيه و إعمالها مقيد بعدم اتفاق الأطراف على ما يخالفها، كونها غير متعلقة بالنظام العام، وتبقي في مجملها مرهونة بإرادة الأطراف، حيث يشير جانب من الفقه أنه لو تم النص على هذه الشروط الاتفاقية بطبيعتها لتكون ملزمة، و مقيدة بنصوص قانونية لأصبحت مهمة المحكم مستحيلة.

ومن هذه الشروط أن يكون المحكم من جنسية معينة ومن جنس محدد رجل، أو امرأة أو من ديانة معينة أو أن يكون المحكم ذا خبرة وكفاءة، أو أن يكون صاحب مهنة أو وظيفة ما و على ذلك سنتطرق لهذه الشروط الاتفاقية

<sup>1</sup> سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة و مدي خضوعه للقانون المصري. ط 1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1976 ، ص 93.

<sup>2</sup> محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي. ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009 ، ص 251.

المختلف فيها و التي يدور الجدل الفقهي حول تصنيفها أو تعلقها بالنظام العام و المتروكة كذلك لتقدير الطرفين  
وستتناولها كما يأتي: 1

أولاً: جنس المحكم و جنسيته.

لم تشترط أغلب التشريعات أن يكون المحكم من جنس أو جنسية محددة، فيم أن لأطراف الخصومة الاتفاق  
على أن يكون المحكم ذكراً أو أنثى أو أن يكون من جنسية المحكمين أو أجنبياً حيث أكدت ذلك نص المادة 2/16  
التحكيم المصري التي نصت على أنه " لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرفا التحكيم  
أو نص القانون على غير ذلك".

يتضح من صدر النص أن المشرع المصري ابتداء لم يشترط لممارسة المحكم مهمته أن يكون من جنس  
معين فيجوز للأطراف اختيار رجل أو تعيين امرأة كمحكم متى توفرت في أي منهما الشروط الواجب توفرها، أي أن  
النص قد أجاز تحكيم المرأة كما أجاز تحكيم الرجل، إلا إذا اتفق الأطراف المحكمين على عدم اختيار المرأة محكماً،  
فعندئذ لا مناص من احترام النص القانوني الذي يمنع صراحة تحكيم المرأة. 2

أما بخصوص جنسية المحكم لم تتناول اغلب قوانين التحكيم المختلفة مسألة جنسية المحكم، وتركت ذلك  
لاتفاق الأطراف فقد يكون المحكم عربياً، ا وصاحب جنسية أجنبية ما وذلك وفق إرادة واختيار الأطراف، فالمشرع  
اشتراط الأهلية المدنية ، ونظراً للطبيعة القضائية حسب بعض الفقه لمهمة المحكم اشترطت بعض الأنظمة في المحكم  
أن يكون وطنياً اعتباراً بان التحكيم نوع من القضاء ينبغي ألا يتولاه أجنبياً، ولذلك تقتضي بعض التشريعات بضرورة  
أن يكون المحكم من بين مواطنيها كتشريعات أمريكا اللاتينية مثل شيلي وكولومبيا. 3

وكون أن التحكيم عبارة عن قضاء خاص، فان اختيار المحكم يعتمد على اعتبارات شخصية متروك أمر  
تقديرها للخصوم، ونظراً لان الترويج بين محكم وطني، أو أجنبي يقوم على أسس موضوعية يأتي في مقدمتها نزاهة  
المحكم وحياده، بالإضافة إلى إمامه بالنظام القانوني الذي يحكم النزاع فضلاً عن توافر الثقافة القانونية العامة، فان

<sup>1</sup>لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص ص، 84، 85.

<sup>2</sup>نفس المرجع، ص 145.

<sup>3</sup>نفس المرجع، ص 148.

البعض يرى أن لجنسية المحكم تأثيرا كبيرا على استقلاله وعلى مواقفه، مما ينعكس بدوره على قراره بشأن النزاع وذلك بالنظر لما تعبر عنه جنسية المحكم من الانتماء لنظام قانوني وسياسي واقتصادي قد يختلف كلية عن الخصوم، فاختلاف جنسية المحكم يكون مؤثرا بقدر اختلاف النظام القانوني. <sup>1</sup>

وعلى خلاف أحكام قوانين التحكيم التشريعات مختلفة التي لم تشترط جنسية معينة في المحكم، فقد فرقت بعض الأنظمة ومراكز التحكيم بين جنسية المحكمين المعينين من قبل الأطراف، وبين جنسية المحكم الوحيد أو رئيس هيئة التحكيم، واشترطت أن يكون المحكم الرئيس ينتمي لجنسية مغايرة لجنسية الخصوم ضمانا لحياده، حيث يخشى من تحيزه للطرف الذي يشاركه ذات القومية والنظام القانوني، ومثال مراكز التحكيم التي تأخذ بعين الاعتبار ضرورة أن لا يكون رئيس هيئة التحكيم المحكم المرجح من جنسية احد أطراف النزاع، مركز القاهرة الإقليمي في مادته 6 الفقرة الثالثة و المادة 7 الفقرة الثالثة، وهو ما تنص عليه أيضا المادتان 6 و 7 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة (اليونسيترال) والمادة 18 الفقرة الرابعة من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 ، ومع ذلك يفضل أن يكون المحكم وطنيا يتمتع بنفس ثقافة ولغة الخصوم، ذلك لان التحكيم أضحي موازيا للقضاء يسلكه الخصوم تحللا من القضاء وإجراءاته. <sup>2</sup>

وأيا كان فالجنسية ليست معيارا حاسما في اختيار المحكم، إلا أنها تعبر للعديد من أطراف التحكيم عن مدى حياد المحكم، ويرى جانب من الفقه انه يفضل تعيين المحكم من جنسية غير جنسية الأطراف المحتكمين، لكن التجارب العملية لقضايا التحكيم المشهورة في بعض الدول البترولية تسجل حقيقة مفادها انه من الصعب حسم مسألة أن يعمل المحكم لصالح دولته، على انه وفي جنسيات معينة قد يكون من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية الأطراف نفسها إذا اتحدا فيها، لأنه في هذه الحالة سيكون اعلم بلغتهم من غيره، وبأحكام القانون المختار، أو الواجب التطبيق على الإجراءات، أو موضوع النزاع، وسيوفر عليهم في النفقات، والمدة المحددة للفصل في النزاع .

والخلاصة أن التشريعات تركت لأطراف الحرية الكاملة في تحديد جنس، أو جنسية المحكم، وذلك تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة التي يتميز بها نظام التحكيم عن القضاء، ومنها المشرع الأردني ترك الحرية للأفراد في اختيار

<sup>1</sup> احمد خليل، قواعد التحكيم، دراسة مقارنة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في التحكيم الداخلي. ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 ، ص 50.

<sup>2</sup> سامية راشد، مرجع سابق، ص 110

مكان التحكيم لأنظمة مركز تحكيم خارجي وبإمكان الأطراف اختيار المحكم من أي جنسية كانت، وبناء على ذلك فإذا كان المشرع الوضعي مؤيدا برأي أغلبية فقه القانون الوضعي المقارن لم يجعل من الجنسية الوطنية قيودا على حرية الأطراف المحكمين في اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في مجال العلاقات الداخلية، فان هذه الحرية تتأكد ومن باب أولى في مجال العلاقات الدولية الخاصة، الذي تختلف فيه جنسيات الأطراف وهو أمر يمليه المنطق ويؤيده الواقع العملي.<sup>1</sup>

ثانيا: خبرة وكفاءة المحكم.

من الخيارات المتروكة للأطراف إمكانية اتفاهم على اشتراط الخبرة و الكفاءة في المحكم الذي سوف يختارونه للقيام بإدارة العملية التحكيمية، ولم تشترط اغلب التشريعات خبرة معينة في المحكم، أو تمتعه بدرجة معينة من الثقافة لكن البعض منها اشترط أن يكون من ذوي الخبرة، وحسن السيرة و السلوك.

رغم أهمية عنصر الخبرة في الشخص القائم بالعملية التحكيمية إلا أنها لا تعد شرطا لاختياره، إلا في الحدود التي يقرها الخصوم، وخبرة المحكم هي مبعث الثقة في نفسه أولا، وفي التحكيم ثانيا، ولذلك فقد اشترطت بعض الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم أن يكون المحكم من ذوي خبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، مثل نظام التحكيم السعودي التي تنص مادته الرابعة على انه " يشترط في المحكم إن يكون من ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك " إلا أن اغلب الأنظمة و التشريعات قد سكتت عن هذا الشرط، وتركت الأمر لتقدير طرفي التحكيم ومنها التشريع الجزائري

والمصري اللذين لم يشترطا في المحكم خبرة معينة، رغم أهمية هذا الشرط في مجال التحكيم لأنه يغني عن الاستعانة بالخبراء كإجراء قد يؤخر الفصل في الدعوى، ولا يحقق بالتالي الهدف المبتغى من التحكيم، وهو سرعة الفصل في المنازعات.<sup>2</sup>

وفي هذا الاتجاه يرى الأستاذ الدكتور وجدي راغب انه " يجب أن تتوافر في شخص القاضي الكفاءة الذهنية والخلقية التي تتيح له القدرة على تكوين رأي عن مراكز الخصوم القانونية، ويتطلب هذا أن يكون على علم بالقانون

<sup>1</sup> عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الثقافة لنشر و التوزيع، 2008 ، ص94-95.

<sup>2</sup> زهر بن السعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 148-149



الذي يتطلب نسا و روحا، وعلى دراية بالحقائق الاجتماعية التي ينطبق عليها، مما يقتضي قدرا من الذكاء والثقافة، كما ينبغي كذلك أن يتحلى القاضي بنزاهة الخلق وموضوعية التفكير، واستقلال الشخصية، وهي صفات ضرورية لضمان إخلاصه للحقيقة القانونية، والواقع أن شغل القاضي لوظيفة القضاء فترة من الزمن كفيل بان ينمي فيه هذه

### 1. الإمكانيات والصفات "

ونحسب أن اشتراط خبرة وكفاءة المحكم القانونية هي الأهم عند اختياره، مقارنة بغيرها من الشروط الاتفاقية الأخرى ليخرج الأطراف من العملية التحكيمية بحكم صحيح ينفذ بسرعة كما ارادو دون أن يتعرض للبطان، كذلك إلى أن طبيعة النزاع هو الذي يوجه الأطراف نحو اختيار محكم كفاء قادر على إدارة العملية التحكيمية بمهارة خاصة عندما يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص، وبالتالي يختار الأطراف المحكم المناسب والذي غالبا ما يكون محامي إذا ما كان النزاع يثير مسائل قانونية، أو شخص غير قانوني إذا كان موضوع النزاع يثير مسائل تتطلب كفاءة فنية أو مهنية مختلفة.

و.يمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، فالمحكم يحقق مدى صحة الادعاءات المتبادلة من خلال التعرف على وقائع النزاع، وإنزال حكم القانون عليها، فالمحكم في ذلك مثل القاضي، ينزل حكم القانون على النزاع محققا العدالة، ويسمى التحكيم في هذه الحالة التحكيم بالقانون، والتحكيم بالقانون يستلزم أن يكون المحكم عالما بأحكام القانون، لاسيما الموضوعية منها، ولا يكفي علمه بإجراءات التحكيم فقط، لذلك يطالب جانب من الفقه أن يكون احد المحكمين على الأقل من رجال القانون، فتطبيق أحكام القانون، وصياغة حكم التحكيم تعد من المسائل المتخصصة التي لا يشق طريقه فيها إلا رجل القانون، ويفضل أن يكون المحكم المرجح من رجال القانون فلم يعد اختيار المحكم يعتمد على محض ثقة الخصوم في شخص المحكم بل أصبح يقتضي توافر كفاءة موضوعية، وتخصصا وعلما بقواعد وأصول ممارسة المهنة. 2

ونخلص إلى انه يجب توفر صفات وشروط في المحكم، بعضها تطالبها القانون مثل الأهلية المدنية الكاملة واستقلال المحكم وحياده ويترتب على تخلف احدها بطلان تعيين المحكم، وبعضها يضعها الأطراف عند اتفاهم على

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 151.

<sup>2</sup> كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 94-95

التحكيم، وذلك لأنها شروط اتفاقية أساسا لم تتناولها قوانين التحكيم لعدم تعلقها بالنظام العام، فتخضع في مجملها لإرادة الأطراف.

فقد يتفق أطراف منازعة معينة على اختيار محكم وطني مثلا أو أجنبي لنظر النزاع، أو قد يتفقوا على تعيين خبير مختص في المسائل التي يثيرها النزاع المطروح، كذلك للأطراف الاتفاق على ضوابط وشروط مختلفة تتوفر في محكمهم كالتخصص والكفاءة الفنية، وإن يكون من جنس يحدده وغيرها من الشروط الاتفاقية التي تركها المشرع للأطراف، وذلك استنادا للطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم، ودعا لرغبة المحكمتين الذين عندما يلجئون لاختيار محكمهم أو هيئة التحكيم بإرادتهم، إنما يبتغون تحقيق مصالح وغايات معينة، فيمكن لهم الاتفاق على أية شروط تتوافق ومصالحهم.

#### المطلب الثاني: طرق تشكيل هيئة التحكيم.

الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين المحكمتين و هذا تجسيدا للطابع الإتفاقي للتحكيم خصوصا في التحكيم الحر كما يمكن لهم اللجوء إلى أحد مراكز إلى مؤسسات التحكيم الدائمة مما يستوجب في هذه الحالة احترام لوائح هذه المراكز في موضوع تشكيل هيئة التحكيم، كما يمكن للقضاء التدخل لمساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم عند تقاعس أحدهما عن تعيين محكمه أو اختلافهما حول تعيين المحكم المرجح، و عليه فسوف نتعرض لمختلف طرق تشكيل هيئة التحكيم كما يلي:

#### الفرع الأول : التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم.

إن حرية الطرفين في اختيار هيئة التحكيم من الحقوق الأساسية لهما، و هي مكفولة لهما قانونا سواء قبل بداية خصومة التحكيم أي عند اختيار هيئة التحكيم ابتداء أو بعد بداية خصومة التحكيم إذا ما حدث ما يستوجب انتهاء مهمة المحكم برده أو عزله و تنحيه أو بأي سبب آخر كذلك من الدوافع الرئيسية التي ترغب الأطراف في سلوك طريق التحكيم لفض ما يثور من نزاع فيما بينهم.

ولاشك في أن الثقة في حسن تقدير المحكم وفي حسن عدالته هي في الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم، ولذلك فإن المنطق يفرض على المشرع أن يجعل الأصل في تعيين المحكم للإرادة المشتركة للخصوم هذا التعيين

بمشاركة الطرفين يقتضي قيام كل منهما بدور متساوي في هذا التعيين،<sup>1</sup> ويحكم تعيين المحكم وتشكيل هيئة التحكيم مبدأين أساسيين:

**المبدأ الأول:** أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة

اختيار

المحكمين، فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه.

**المبدأ الثاني:** مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين، فلا يكون لأحدهما أفضلية عن

الآخر، بمعنى أنه لا يجوز أن يسند لأحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر.

والتشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم يكون إما عن طريق التحكيم الحر، و بطريق التحكيم المؤسسي و أساس

التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته فحيث يشير الاتفاق إلى تسوية النزاع عن طريق تحكيم مؤسسة تحكيمية ما، نكون أمام

تحكيم

مؤسسي، وإلا كان التحكيم حرا، فمعيار التفرقة إذا شكلي من حيث وجود مثل تلك الإشارة، أو عدم وجودها في اتفاق

التحكيم.

**أولا: اختيار المحكم في التحكيم الحر.**

يعتبر التحكيم نظام قضائي خاص، يختار فيه المحتكمون قضائهم، بمقتضى اتفاق خاص مكتوب، يتعهدون

به لتسوية منازعاتهم بحكم ملزم فاختيار الأطراف لهيئة التحكيم بإرادتهم يشكل الطريقة الأساسية في هذا الاختيار، غير

أنه قد يتعذر عليهم تعيين محكمهم أو عندما يصعب عليهم تحديد المؤهلات التي ينبغي توافرها في المحكم إذا ما ثار

نزاع وهذا في الأغلب يكون الاتفاق سابقا لحدوث النزاع كما هو الحال في شرط التحكيم، فانه يتعين الاكتفاء بذكر

الطريقة التي يتم بموجبها تعيين المحكمين في ذلك الاتفاق التحكيمي و هذا ما نص عليه القانون الجزائري.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> احمد خليل، مرجع سابق، ص 53

<sup>2</sup> لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 82-83

فلأطراف في التحكيم الحر تعين محكم واحد أو أكثر و ذلك لأن كافة قواعد التحكيم لم تقيد الأطراف بل أطلقت لهم مجالا واسع للحرية في الاتفاق على تحديد كيفية تشكيل هيئة التحكيم و لم تضع عليهم قيودا، بل وضعت بعض الإرشادات التي تسهل اتفاقهم، وحسن اختيارهم.

ولتوضيح كيفية و ضوابط اختيار المحكم في التحكيم الحر نتناول كيفية التعيين الاتفاقي للمحكم وفقا لتنظيم المشرع الجزائري، ثم نتطرق لموقف المشرع المصري، و ذلك كما يلي:

#### (1) اختيار المحكم وفقا للتشريع الجزائري:

نصت أغلب التشريعات على أن يكون عدد المحكمين وترا، فتتكون الهيئة من محكم واحد، أو ثلاثة أو خمسة، فاختيار المحكم و كيفية و وقت تعيينه مسألة تخضع لإرادة الأطراف.

إذ نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من ق . ا . ا. على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم...."<sup>1</sup>

وبهذا يكون المشرع قد أعطى الأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين توكل إليهم مهمة الفصل في النزاع، و يعد هذا تجسيدا للطابع الإتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم، حيث جعل إرادة الأطراف في مركز ريادي في ما يتعلق بتنظيم العملية التحكيمية، كما أعطاهم الحق في اللجوء إلى احد الهيئات ومراكز التحكيم الدائمة لتشكيل محكمة التحكيم، ولم يكتفي المشرع الجزائري بذلك، وإنما أعطى الأطراف لاتفاق التحكيم الحرية الكاملة في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم حتى توكل إليه مهمة الفصل في النزاع.

أ - قاعدة العدد الوتري للمحكمين:

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1017 من ق، ا، م، ا، على انه " تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي "<sup>2</sup>

إذا كان للأطراف حق تنظيم إجراءات التحكيم بأنفسهم بان يبتدعوا القواعد التي تحكم سير إجراءات عملية التحكيم، وذلك بالنص عليها في اتفاق التحكيم ذاته، فمن باب أولى يكون لهم تنظيم مراحلها، وهي تشكيل هيئة التحكيم، واختيار وتعيين المحكم في التحكيم الحر يعني الاختيار الشخصي المباشر.

<sup>1</sup>المادة 1041 منقانون ا م ا.

<sup>2</sup>المادة 1017 ، من قانون ا م ا.

وقد تطلب المشرع الجزائري كأغلب التشريعات التحكيم المختلفة أن تشكل محكمة التحكيم من عدد فردي، فأعطى للأطراف المتخاصمة مكنة الاتفاق على اختيار محكم واحد، أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترا، إذا فوترية عدد أعضاء هيئة التحكيم أمر ثابت في التشريع الجزائري و اغلب تشريعات التحكيم، واتفاقيات التحكيم النافذة، باستثناء بعض القوانين التي تعطي الحرية لأطراف الخصومة في الاتفاق حول أعضاء هيئة التحكيم.

لذلك فإعمال مبدأ الوترية عند تشكيل الهيئة يعتبر أساسا لتفعيل ميزة التحكيم، والتي من أهمها السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكيمية، حيث أن وترية العدد تسهل وتسرع الفصل في الخصومة التحكيم.

ب - اتفاق الأطراف حول كيفية اختيار المحكم:

نصت المادة 1008 الفقرة الثانية من ق ا م ا على بطلان شرط التحكيم إذا لم يعين فيه المحكم أو المحكمين أو لم ينص على طريقة تعيينهم، حرصا على تعيين المحكم بمعرفة الأشخاص أنفسهم، ورضائهم به كشرط لإعمال اتفاق التحكيم.

حيث جاء نص المادة 1008 الفقرة الثانية واضحا وغير قابل للاجتهاد مستلزما تضمين شرط التحكيم اسم المحكم إذا كان فردا، أو أسماء المحكمين إذا تعددوا، وفي حالة غياب تسمية المحكمين في شرط التحكيم وجب بيان كيفية تعيينهم، وإلا كان شرط التحكيم باطلا، إذ لم يحدد المشرع طريقا إجباريا لاختيار هيئة التحكيم بواسطة الأطراف.

كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن اتفاق التحكيم مشارطه التحكيم، أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم، حيث رتب البطلان على تخلف ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، حيث جاء نص الفقرة الثانية من المادة 2/1012 أمرا، حيث نصت على انه يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

ج - مراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف في اختيار المحكمين:

<sup>1</sup> المادة 2/1008 ق ا م ا " يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم. "

<sup>2</sup> المادة 2/1012 ق ا م ا " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم "

إن الحرية التي منحها قوانين، وتشريعات التحكيم المختلفة للأطراف في اختيار هيئة التحكيم يرد عليها قيد جوهري يتعلق بالنظام العام، وهو ضرورة مراعاة المساواة بين الطرفين في عملية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، ويترتب على ذلك بطلان كل شرط يقضي باستقلال احدهما دون الآخر بالاختيار، أو يكون لأحدهما اختيار الأغلبية، وللآخر اختيار الأقلية، أو يقضي باستقلال المحكم المختار من قبل احد الأطراف بالفصل في النزاع في حالة تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ المساواة بين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، فمرجع ذلك أن مبدأ المساواة يعد من المبادئ الأساسية في التقاضي، مما يعني انه يجب إعماله عند تشكيل محكمة التحكيم، وإلا كان حكم التحكيم عرضة للبطلان لتعلق مبدأ المساواة كباقي مبادئ التقاضي الأساسية بالنظام العام.<sup>1</sup>

ويكون اختيار الهيئة أو تشكيلها نابعا من رضا الأطراف، ما يحافظ على احترام إرادتهم، فإذا ما تشكلت هيئة التحكيم المتعدد والمنبثق عن تحكيم منضم دون رضا الأطراف، نعتقد انه سيشكل خطرا، نظرا لإهداره مبدأ المساواة بين الأطراف في الاختيار، لذلك يجب مراعاة مبدأ المساواة، واحترام مبدأ حرية المحكمتين مهما تعدوا في أن لكل منهم اختيار محكمه دون إجبار في ذلك، لتحقيق الفائدة المرجوة من اتفاق التحكيم، وصدور حكم التحكيم سليم قابل للتنفيذ.

## 2- اختيار المحكم وفقا للتشريع المصري.

لا يختلف المشرع المصري عن المشرع الجزائري في اختيار المحكمتين وقد نظم المشرع المصري في الباب الثالث من قانون التحكيم رقم 94 كيفية اختيار المحكمتين ومنح الأطراف حرية واسعة في اختيار محكمتهم اعتبارا بأن اختيار المحكم يمثل حجر الزاوية في العملية التحكيمية، وذلك بعدما عانى نظام التحكيم في مصر قبل صدور قانون التحكيم، حيث كانت المادة 3/502 الملغاة من قانون المرافعات تتطلب تعيين أشخاص المحكمتين في الإتفاق على

<sup>1</sup>لزهر بن السعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص94-95.

التحكيم أو في اتفاق مستقل مما كان مدعاة الى عرقلة التحكيم الذي اتفق عليه الأطراف كوسيلة لحل منازعاتهم بحجة عدم تسمية المحكمين في اتفاقهم.<sup>1</sup>

وهذا ما أكدته المادة 17 من قانون التحكيم المصري، التي أعطت لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، وعلى كيفية وقت اختيارهم، وعدلت المادة التي يجب على طرفي التحكيم اختيار المحكم خلالها وكذلك المدة التي يلتزم خلالها بتعيين رئيس هيئة التحكيم، وذلك لإطالتها إلى ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم الطلب بدلاً من خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم الطلب.

وقد جاءت المادة 17 واضحة الدلالة على ترك الحرية للطرفين في تحديد أعضاء هيئة التحكيم، كذلك جاءت هذه المادة استكمالاً لضوابط تشكيل هيئة التحكيم، والتينص عليها المشرع في المادة 15 من قانون التحكيم المصري حيث نصت على ان : " تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، و اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وتراً، والا كان باطلاً.<sup>2</sup>

بذلك نجد ان المشرع المصري يقنن حق الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، وحريرتهم في اختيار محكميهم مما يؤكد أن جوهر التحكيم هو الإرادة والاتفاق، فلا يتصور أن يفرض على الأطراف محكمين رغماً عنهم، والا بماذا يفترق التحكيم عن القضاء.<sup>3</sup>

كما نص المشرع المصري على مبدأ المساواة بين الخصوم في نص المادة 62 من قانون التحكيم المصري والتي تنص " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة، وكاملة لعرض دعواه".

### ثانيا : تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي:

متى اتفق الاطراف على حل منازعاتهم عن طريق اللجوء الى التحكيم، فإن نشوء نزاع بينهم يؤدي بالضرورة الى بدأ اجراءات التحكيم، والتي تنتهي بصدر حكم التحكيم، وهذه الإجراءات تتم وفقا لقواعد قانونية معينة، فقد يرغب

<sup>1</sup>لزهر بن السعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 99.

<sup>2</sup>محمد شهاب، ص 251.

<sup>3</sup>لزهر بن السعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 166.

المحتكمين عند تشكيلهم لهيئة التحكيم في الإلتجاء لأحد مراكز، ومؤسسات التحكيم الدائمة، واتباع قواعدها لتعيين محكميهم.

ولا تختلف الأنظمة ولوائح مؤسسات التحكيم عن بعضها اختلافا كبيرا في الإجراءات والضوابط التي تطبقها لتعيين المحكمين سواء من قبل الأطراف أو من قبل المراكز والهيئات ذاتها، والجدير بالذكر أنه في حالة التجاء المحتكمين الى احدى المؤسسات التحكيمية لا يكون من الضروري الاتفاق على كيفية اختيار المحكمين، ذلك أن القواعد المتبعة في المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الأمر وفقا لأهمية وطبيعة النزاع، وفي بعض الأحيان يقتصر دور المركز أو رئيسه على مهمة التشكيل فقط دون غيرها، وفي حالات أخرى قد يضمن المحتكمين اتفاقهم رغبتهم في حل ما قد يثور بينهم من خلاف أو نزاع في اطار احدى المنظمات التي تتولى تنظيم التحكيم في جميع مراحل هذه المراكز لا تقوم بنفسها بدور المحكم، وإنما يقتصر دورها على تنظيم الإجراءات الخاصة بالتحكيم، وقد تخضع له بعض مراحلها، وذلك مرتبط بإرادة الأطراف. <sup>1</sup>

ونص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1014 من ق ا م ا على انه " اذا عينت اتفاقية التحكيم

شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضوا أو اكثر من اعضائه بصفة محكم"

وتأكيدا على حرص المشرع الجزائري على تدعيم النظام المؤسسي ولصحة اللجوء اليه كنظام قانوني معترفا به لتسوية المنازعات التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم، فإن هذه الهيئات تضع عادة قوائم تضم أسماء الخبراء المسجلين لديها، ليقوم اطراف النزاع باختيار واحد منهم، وتقوم هذه الهيئات بعد تقديم الطلب للاحتكام لديها من قبل أحد الأطراف على ترشيح محكما إذا كان وحيدا.

وإذا كانت هيئة التحكيم تتكون من ثلاث محكمين واختار كل واحد منهما محكمه، ولم يتفق الطرفان أو المحكمان على الثالث، تتولى سلطة التعيين في تلك الجهة تعين من تراه يصلح لهذه المهمة وغالبا ما يكون من جنسية مختلفة عن جنسية الطرفين، و في الواقع العملي فان الدور الذي يلعبه مركز التحكيم في هذا المجال قد يتعدى مجرد المساعدة، بحيث يكون للمركز حق رفض قبول المحكم الاتفاقي، ومن ثم فان الدور الذي تقوم به مراكز التحكيم يختلف من مركز الى اخر، ولكن ما يميز به اختيار المحكم في اطار هذه المؤسسات هو سيطرة الطابع الودي على اجراءات تعيين

<sup>1</sup> معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي. طبعة 1، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 205.



المحكم، حيث تتم دعوة الخصوم ومساعدتهم في اختيار المحكم والتقريب بين وجهات النظر، وإزالة كافة العقبات لتجتمع

إرادة الخصوم حول الشخص المحكم، وعند الاستقلال بتعيينه يجب ان يكون مقبولاً لدى الأطراف.<sup>1</sup>

وهذه الطريقة تمنع تعطيل عملية التحكيم بما تلعبه من دور في تعيين المحكمين عند لجوء الأطراف لإحدى مراكز التحكيم وهيئاته.

ومثال ذلك تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث نصت المادة 05 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي على أنه " إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا مسبقاً على عدد المحكمين، ولم يتفق خلال 15 يوماً من تاريخ تسليم المدعي عليه إخطار التحكيم على أن يكون التحكيم بمحكم واحد فق، ففي هذه الحالة يجب ان تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين " .

ونصت المادة السادسة مسألة اختيار المحكم واحد حيث نصت الفقرة الأولى على أنه " عندما يتعلق الأمر بتعيين محكم واحد يجوز لكل من الطرفين أن يقترح على الآخر اسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد، أو أسماء عدة اشخاص يمكن اختيار المحكم الواحد من بينهم" 2.

#### الفرع الثاني: تعيين المحكم بواسطة القضاء.

يسهر القاضي الوطني خلال هذه المرحلة على اعطاء الاتفاقية التحكيمية فاعليتها من خلال سد النقائص التي قد تحول دون تحقيقها كامل آثارها.

الأصل ان قضاء الدولة لا يتدخل في خصومة التحكيم وهذا تطابقاً لإرادة الاطراف التي ارتضت أن تعهد الفصل في النزاع الى جهة اخرى غيرالجهة النظامية، وهذه الارادة يجب ان تحترم في الاطار الذي حددها لها القانون.

ورغم ذلك فان افتراض الإخلال بالالتزام العقدي هو امر وارد، وقياساً على ذلك في المسائل المدنية فإن تدخل القاضي لفرض احترام إرادة الأطراف يعتبر تدخل مشروع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>لزهر بن السعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص93.

<sup>2</sup>معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص207.

<sup>3</sup>تور الدين زرقون، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم ، دراسة حالة المساعد في تعيين المحكمين.مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 12، 2015، ص66.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا التدخل من خلال المادة 1041 من ق ا م ا على انه "في حالة غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي،:

\* رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

\* رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر، اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الاطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

ومن خلال هذا النص فإن المشرع سمح للطرف الذي يهمله التعجيل بأن يطلب المساعدة من القاضي الوطني، هذا الأخير لا يمكنه التدخل والتصدي الا في حالة ثبوت عدم قيام الأطراف بتعيين المحكمين بسبب عدم اتفاقهم أو بسبب عدم وجود طريقة لتعيينهم ضمن اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم، أو عدم وجود طريقة لتعيين المحكمين ضمن النظام القانوني لهيئة التحكيم التي اتفق الأطراف على اللجوء اليها.

كما ان القاضي الوطني يتدخله هذا، فهو يقوم بدور القاضي المساعد، وهذا مفهوم جديد لوظيفة القاضي الوطني إزاء خصومة التحكيم.

اي انه في مرحلة تشكيل محكمة التحكيم يتخذ هذا الشكل مظهرا مساعدا فقط أي من حيث الأصل لا يقوم القاضي باي دور رقابي، فمهمته تنحصر اساسا في هذه المرحلة في مساعدة الاطراف على تعيين المحكمين الذين يعهد اليهم مهمة الفصل في النزاع، ومثل المشرع الجزائري غالبية التشريعات المقارنة كذلك تمنح للقاضي هذا الاختصاص من اجل التدخل لتعيين المحكمين في حالة اختلاف الأطراف حول هذه المسألة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> نفس مرجع، ص 67.

## المبحث الثالث: موقف القانون و القضاء والفقهاء من اللجوء إلى التحكيم الدولي.

في هذا المبحث سنتطرق، إلى موقف القانون و القضاء والفقهاء من اللجوء إلى التحكيم الدولي خاصة في العقود الإدارية الدولية مع محاولة إسقاطها على عقد البوت وذلك في المطالب التالية، نخصص المطالب الأول لموقف القانون من اللجوء للتحكيم الدولي ثم المطالب الثاني نخصصه لموقف القضاء، والمطلب الثالث لموقف الفقهاء

## المطلب الأول: موقف القانون من اللجوء إلى التحكيم الدولي.

في هذا المطلب سنتطرق لموقف المشرع الجزائري من اللجوء إلى التحكيم الدولي، وهذا في الفرع الأول ثم نخصص الفرع الثاني لموقف القانون المقارن من اللجوء إلى التحكيم الدولي.

## الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي.

كان موقف الجزائر من التحكيم حذرا في بداية عهدها بالاستقلال والذي تطور وأصبح موقف عدائيا، بعد صدور قانون الإجراءات والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم.

وعلى الرغم من هذا الرفض القانوني للتحكيم، فإن الجزائر لجأت إليه في منازعاتها مع الشركات الأجنبية بموجب التزاماتها الناجمة عن اتفاقيات "إيفيان" EVIAN.

بالإضافة إلى الاتفاقيات الاقتصادية الأخرى منها الاتفاقية المبرمجة مع الشركة الأمريكية GETTY في أكتوبر 1968<sup>(1)</sup>.

وحقيقة الأمر أن رفض السلطات الوطنية لفكره التحكيم التجاري الدولي يرتبط بمبدأ السيادة، الذي يقتضي عدم إخضاع أي منازعة تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفا فيها لأي جهة أخرى غير قضائها الداخلي الذي يضمن لها تطبيق القانون الوطني وهو الأمر الذي لا يمكن للتحكيم أن يوفره.

قامت الدولة بعد الإصلاحات الاقتصادية والتغيرات السياسية التي عرفها نظام الحكم في الجزائر، نظرا للسياسة الهادفة إلى جلب الاستثمارات الأجنبية، بإصدار قوانين تحفيزية تمنح حماية ضمانات وامتيازات

<sup>1</sup>Ahmed Mahiou, *évolution du droit de l'arbitrage*. revue mutation, n°44, février 2003, pp; 12-16

متنوعة<sup>(1)</sup>. واستنادا للاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات و للاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي انضمت إليها، فقد أقرت بالتحكيم التجاري الدولي لأول مرة بموجب المرسوم 09-03 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الملغى بموجب الأمر رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، واتبعته بإقرار هذا المبدأ في قوانين الاستثمار<sup>(2)</sup>.

والملاحظ، أن المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، عندما اشترط أن يخص النزاع مصالح التجارة الدولية، وفي الوقت ذاته اشترط بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج للقول بقابلية خضوع النزاع للتحكيم، وهو ما جاء في نص المادة 458 مكرر، فإن ذلك قد يطرح مشاكل قانونية في مجال العقود بنظام البوت، لأن شركة المشروع يتم إنشاؤها في الدولة المضيفة وفقا لقوانينها، وهو ما يجعل القوانين التي تيرمها هذه الشركات مع المتعاملين الوطنيين لا يمكن أن تخضع للتحكيم التجاري الدولي وفقا لهذا القانون لوجود الشرط الثاني في المادة رغم أن موضوع العقد المرتبط بتمويل المشروع يخص مباشرة مصالح التجارة الدولية، وهو ما أكدته، "CCI" في قضية الشركة الألمانية Walter bau ضد مجلس الإنماء و الإعمار اللبناني<sup>(3)</sup>.

استدرك المشرع الجزائري الموقف بعد صدور قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديدة، عندما تبني معيارا جديدا لتحديد دولية التحكيم لا يعتمد على موطن أو مقر الأطراف كما كان عليه الوضع قبل صدوره، إذ يعد دوليا متى كان محله نزاعا يتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو ما جاء في نص المادة 1039 من هذا القانون.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لمسايرة متطلبات التجارة الدولية، فقد جاء في نص المادة (1040 ف 4 من ق إ م إ) أنه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"

<sup>1</sup> المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، والأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

<sup>2</sup> المادة 41 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، كذلك المادة 71 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

<sup>3</sup> محي الدين القيسي، إمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية BOT. مجلة الدراسات القانونية، عدد2، بيروت، 2003، ص 251

## الفرع الثاني: اللجوء إلى التحكيم الدولي في القانون المقارن.

إن الأصل في القانون الفرنسي هو أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية محظور. حيث يعتبر موقف القانون الفرنسي من إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية موقفاً عدائياً<sup>(1)</sup>.

إلا أن المشرع الفرنسي أدخل استثناءً على هذا الأصل حيث أصدر القانون رقم 86-972 الصادر في 19 أوت 1989 في المادة التاسعة، والتي نصت على أنه: "بالمخالفة لأحكام المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها بالاشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تفسير وتنفيذ مثل تلك العقود".

و بموجب هذه المادة أن التحكيم يعتبر جائزاً في منازعات العقود الدولية، والتي منها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

وقد اشترط القانون لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية ما يلي:

1- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية فخرج عن حكم المادة العقود المبرمة مع الشركات الفرنسية، وهذا يعني

أن الحظر في اللجوء إلى العقود الإدارية المحلية ما زال سارياً.

2- أن يكون المشروع محل العقد ذا نفع وطني عام.

3- أن يتضمن العقد نصاً يجيز التحكيم، وذلك عند إبرام العقد.

ويشترط لتطبيق هذا القانون أيضاً أن صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط

التحكيم وإن تؤخذ الموافقة على كل حالة على حده، ويرجع سبب هذا الاستثناء إلى سنة 1986 حيث تعاقدت الحكومة

الفرنسية مع شركة "الت ديزني" الأمريكية لإقامة ملاهي على نسق ملاهي والت ديزني في الولايات المتحدة الأمريكية،

<sup>1</sup> حفيفة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 18.

وقد أصرت الشركة الأمريكية على وجوب إدراج شرط التحكيم في العقد إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض ذلك فصدر هذا القانون المجيز للتحكيم<sup>(1)</sup>

أما في مصر فقد نصت المادة الأولى من الباب الأول من قانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بقانون التحكيم، علنائه: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

فهذه المادة نصت على جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية ويدخل فيها منازعات العقود الإدارية الدولية.

لأن هذه المادة تدخل في عموم تعديل الفقرة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م بالقانون رقم 9 لسنة 1997م التي نصت على أنه: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

فجاءت هذه المادة بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية، وبالتالي لا يكون معها اجتهاد، فلا اجتهاد مع النص.

وقد حدد القانون المصري معيار التحكيم في المنازعة الدولية في المادة الثالثة من قانون التحكيم السالف

ذكرة، فنص على أن التحكيم الدولي: "إذا كان موضوعه نزاع يتعلق بالتجارة، وذلك في الأحوال الآتية:

1- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز لأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لطرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

2- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم، يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

<sup>1</sup> عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي. دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص195.

4- إذا كان المركز الرئيسي لإعمال كل من طرفي التحكيم، يقع في نفس الدولة وقت إبرام الاتفاق، وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب - مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج - المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع".

ومن القوانين التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية الدولية قانون المرافعات البلجيكي بمقتضى التعديل الذي ورد عليه في سنة 1972 المادة 1676 فقرة 2 واشترط لجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية شرطين: (1)

1- وجود معاهدة تقضي بشرط التحكيم.

2- وجود قانون خاص يجيز التحكيم.

ومن الدول التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية الدولية لبنان، وليبيا، وتونس، وسوريا. على أنه وإن كانت هناك دول قليلة أجازت التحكيم في العقود الإدارية المحلية والدولية، إلا أن غالبية الدول أجازت التحكيم في العقود الإدارية الدولية فقط على سبيل الاستثناء، ويرجع ذلك إلى اعتبارات عملية باعتبارها مطلباً حيوياً من متطلبات التنمية لما يوفره من مناخ ملائم لجذب الاستثمارات الأجنبية(2)

كما أن التمسك بالتحكيم في هذا النوع من العقود وخاصة عقود البوت يرجع إلى الأسباب التالية:

- سرعة التحكيم وبساطة إجراءاته بعكس القضاء الذي يمتاز بالبطء والتعقيد.
  - ميزة التخصص التي تتوفر لدى المحكم باعتباره صاحب اختصاص في محل النزاع.
  - الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل التحكيم مثل اختيار نوع التحكيم والمحكم والقانون الواجب التطبيق
- ومكان الانعقاد والزمان.

<sup>1</sup>سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998م، ص 314، 313.

<sup>2</sup>عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 205

- استقلال اتفاق التحكيم حيث أن صحة اتفاق التحكيم أو نفاذ لا يتوقف على مصير العقد الأصلي وتبعاً لذلك يضل الاختصاص معقود لهيئة التحكيم للفصل في حقوق والتزامات الأطراف النزاع، والحكم في الطلبات و الدفع حتى إن كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلاً ولا أثر له<sup>(1)</sup>.
- كما اللجوء إلى التحكيم يقلل من مخاوف المستثمرين الأجانب في حالة اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار واستعمالها سيادتها بتطبيق قوانينها الوطنية عند النظر في المنازعات أمام محاكمها.
- ويحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في العقد لعدم ثقته في عدالة محاكم الدولة المضيفة وشكته الدائم في حيادها بشأن النزاع.
- فضلاً عن ذلك يعد التحكيم ضماناً إجرائية كونه إحدى وسائل جذب الاستثمار الأجنبي.

كما أصبح لبعض الدول شرط أساسي لإتمام إبرام العقد، مثال ذلك رفض الولايات المتحدة الأمريكية إتمام إبرام عقد EURO DISING LAND مع فرنسا إلا بعد قبولها بشرط التحكيم في العقد وبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي يقر بعدم صحة التحكيم في العقود الإدارية، فإذ أصدرت فرنسا قانون EURO DISING LAND، والذي أصبح بموجبه يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل بشرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية بعد موافقة مجلس الوزراء.<sup>(2)</sup>

#### المطلب الثاني: موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ذهب القضاء العادي في فرنسا، إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية حتى مع انعدام النص القانوني الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم، فقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية بجواز التحكيم في العقود الدولية وتتخلص وقائع الدعوى أنه سبق أن أُبرِمَ عقد بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك سفينة يونانية وقد نص العقد المبرم بينهما في المادة السابعة عشرة أن أي نزاع ينشأ عن هذا العقد يحال إلى محكمة التحكيم في لندن.

<sup>1</sup>Mehdi Haroun, **Arbitrage et financement de project**. BOT, op, cit, p 30

<sup>2</sup>Mehdi Haroun, op, cit, p 28



وعندما نشأ نزاع بين الطرفين لجأ صاحب السفينة اليوناني إلى محكمة التحكيم في لندن والتي حكمت لصالحه، إلا أنه عند طلبه تنفيذ الحكم رفضت وزارة النقل البحري الفرنسية تنفيذه، وتمسكت ببطلان شرط التحكيم لعدم أهليتها في الالتجاء إلى التحكيم وفقاً لنصوص القانون الفرنسي، عرض النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية التي رفضت الاعتراض المرفوع أمامها على أساس أن محكمة الاستئناف (السين) إذا تبين لها أن القانون الواجب التطبيق يسمح بالتحكيم، كان عليها أن تقضي فيما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها بالنسبة للعقود الداخلية من الواجب تطبيقها على عقد دولي أُبرِمَ لحاجات التجارة الدولية، وفي ظروف تتوافق مع أعرافها أم لا. وانتهت إلى أن هذا الحظر المنصوص عليه في القانون الداخلي لا يطبق على العقد ذي الطبيعة الدولية<sup>(1)</sup>.

كما حكمت محكمة استئناف باريس حكماً صادراً في 24 فيفري لسنة 1994 في القضية التي كانت بين وزارة المرافق التونسية وشركة إخوان بيك بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية فنصت المحكمة على: "أن الحظر بالنسبة لدولة ما بعدم جواز الاتفاق على التحكيم، مقصور على العقود المتعلقة بالنظام الداخلي أو المحلي، وهذا الحظر ليس له أي نتيجة أو أثر على النظام الدولي العام، ويكفي - لصحة شرط التحكيم - إثبات وجود عقد دولي مبرم للوفاء باحتياجات وبالشروط التي تتفق مع أطراف التجارة الدولية"<sup>(2)</sup>.

وما ذهب إليه القضاء العادي الفرنسي من تقرير مبدأ جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية لحاجات وضرورات التجارة الدولية وفي ظروف تتوافق مع أعرافها، فإنه جاء متوافقاً مع أحكام محاكم التحكيم الدولية، كالحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس التي قررت إن عدم تنفيذ الدول لشرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية تهرب من التزاماتها الدولية ومخالفة للنظام العام الدولي<sup>(3)</sup>.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد أصدر بتاريخ 6 مارس لسنة 1986 رأيه في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

<sup>1</sup>أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص 118.

<sup>2</sup>جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. دار النهضة، ص 173.

<sup>3</sup>أحمد حسان مطاوع - التحكيم في عقود الإنشاءات - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1998، ص 305

وذلك بخصوص تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لأند العالمية بالولايات المتحدة الأمريكية لإنشاء مدينة ديزني لاند بفرنسا على غرار المدينة الموجودة بالولايات المتحدة الأمريكية، ونص العقد على أن التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بين أطرافه وعند حدوث النزاع يعرض على هيئة التحكيم.

طلب وزير التخطيط الفرنسي رأي مجلس الدولة في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم فصدر مجلس الدولة الفرنسي رأيه بخصوص التحكيم الدولي بأنه لا يجوز للأشخاص الاعتبارية الفرنسية العامة أن تلجأ إلى التحكيم الدولي وأن شرط التحكيم الوارد في العقد يعتبر باطلاً وأنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في التجارة الدولية إلا بشرط إن يخصص لها بذلك اتفاق دولي أو قانون تشريعي.

وأهم ما أسس عليه المجلس رأيه أنه ليس للجهات العامة التابعة للقانون العام أن يفلتوا من القواعد التي تحدد صلاحية القضاء الوطني ما لم يوجد نص قانوني أو نص معاهدة مندمجة في النظام الداخلي يسمح بذلك للجوء<sup>(1)</sup>

هذا الحكم يوضح وجهة نظر مجلس الدولة قبل صدور القانون رقم 86-972 الصادر في 19 أوت 1989 الذي أجاز في مادته التاسعة للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي يبرمونها مع شركات أجنبية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات إذا كانت هذه المشروعات تهدف للنفع العام.

ويعتبر القضاء العادي الفرنسي متحرراً بشأن إقرار التحكيم في العقود الإدارية الدولية مقابل قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي ظل رافضاً للتحكيم في العقود الإدارية<sup>(2)</sup>

أما القضاء المصري فقد ذهب إلى صحة شرط التحكيم في العقود التي طرفها أجنبي.

فقد أصدرت محكمة الاستئناف القاهرة - بعد صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م - بتاريخ 19 مارس 1997م في القضية رقم 64 لسنة 113 قضائية، والتي تدور وقائعها حول عقد مبرم بين المجلس الأعلى للاتار مع إحدى شركات المقاولات شركة سيلجيستر نايت الإنجليزية للقيام ببعض الأعمال والإنشاءات واتفق الطرفان في حالة

<sup>1</sup> محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 391

<sup>2</sup> حفيفة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 33.

نشوء أي نزاع بينهما اللجوء إلى التحكيم. صار نزاع بين الطرفين فلجأ إلى التحكيم الذي اصدر حكمه لصالح الشركة الإنجليزية بإلزام المجلس الأعلى للآثار بدفع مبالغ متنوعة للشركة الإنجليزية.

اعترض المجلس الأعلى للآثار على الحكم أمام محكمة الاستئناف القاهرة، وتمسك ببطان شرط التحكيم، لأن العقد محل النزاع عقد إداري لا يجوز التحكيم فيه.

فأصدرت المحكمة حكمها الذي جاء فيه أن: "عدم جواز شرط التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يهز المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها ويرتب أبلغ الأضرار بفرص الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية"<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ذهب الفقهاء في فرنسا إلى أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية جائز ولا يتعارض مع النظام العام الدولي، الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية، كما أن التحكيم يشكل الوسيلة الوحيدة المقبولة لفض المنازعات، والدول غالباً ما تكون مجبرة على قبوله<sup>(2)</sup>

إلا أن الاجتهاد في الحقل الإداري قد بقي على وضعه العدائي اتجاه أهلية لجوء الدولة إلى التحكيم.

في هذا الفصل تطرقنا لتعريف التحكيم وانواعه وطبيعته القانونية التي رجحنا ان نظرية استقلال التحكيم هي النسب في اضاء الطبيعة القانونية عليه ، كما تطرقنا الى المحكم وكيفية تشكيل لجنة التحكيم والشروط الواجب توفرها في المحكم، بالإضافة الى تطرقنا لموقف كل من القانون والقضاء والفقه للتحكيم الدولي في هذا النوع من العقود، ووجدنا ان الجزائر مرت بالعديد من المراحل حتى تقرر اخيرا حق اللجوء الى التحكيم الدولي في هذا النوع من العقود وذلك من خلال التشريعات سواء المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية، او قانون الصفقات العمومية، مع بقاء جانب من الفقه دائماً يعارض اللجوء الى التحكيم الدولي لما يرى فيه من انتهاك للسيادة الوطنية للدولة باتباع هذا الحق،

<sup>1</sup> حفيفة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق. نفس المرجع، ص 39

<sup>2</sup> عيد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية. دار المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 156.

## الخاتمة

إن دخول الدولة في مجال المعاملات الدولية الخاصة و تخليها عن دور الدولة الحارسة بالإضافة إلى رغبتها في جذب رؤوس أموال أجنبية وإيجاد فرص استثمارية على أرضها خاصة الدول النامية منها للنهوض بإقتصادياتها وتخفيف العبء عن ميزانيتها، وذلك بجعلها في الكثير من الأحيان تتعاقد مع أطراف أجنبية تهدف من ورائهم إلى استغلال الثروات الطبيعية أو إقامة مشاريع ضخمة لا تستطيع بمفردها القيام بها، كبناء الجسور والمطارات وما يتعلق بها من مشاريع صناعية وكهربائية.

كما أن هذه المشاريع أصبحت تشكل عاملا اقتصاديا للنهوض بالبنية التحتية لهذه الدول، ونجد ان التعاقد من خلال نموذج الفيديك والبوت كأحد أهم الأنظمة المتبعة في عقود الإنشاءات الدولية تعتبر من أهم نقاط الجاذبية التي تمتاز بها الدولة لجلب المستثمر وذلك لما تمتاز به من ايجابيات وضمانات للمستثمر خاصة فيما يتعلق بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للمستثمر .

ونظرا لأهمية هذا النوع من العقود الإنشائية فقد ركزنا على أهم جانب من جوانبها في نظرنا وهي فض منازعاتها حيث إرتأينا أن يكون " الإطار القانوني لفض منازعات عقود الإنشاءات الدولية" عنوان هذا البحث.

حيث أن صياغة العنوان اعطانا مجال أوسع للتطرق للعديد من الجوانب قبل الوصول إلى المنازعة في حد ذاتها وكيفية تسويتها.

حيث تطرقنا من خلال الفصل التمهيدي إلى تحديد ما هية عقود الإنشاءات الدولية، من خلال توضيح مفهومها وتعريفها، حيث استنتجنا من تعريفها أن عقود الإنشاءات الدولية لها خصائص تميزها عن باقي العقود الإدارية الشبيه لها خاصة إذا كانت متعلقة بالإنشاءات الداخلية. كما أنه بدراستنا للطبيعية القانونية لهذه العقود من خلال هذا لفصل اهدتينا لرأي مفاده أن عقود الإنشاءات الدولية هي عقود ذات طبيعة خاصة لاحتوائها على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية ولا نستطيع تصنيفها بأنها من العقود المتضمنة في القانون الخاص.

وقد أعطينا تعريف خاص لعقود الإنشاءات الدولية، وهو أن عقد الإنشاء الدولي من عقود الأشغال العامة الذي ينصب على الإنشاءات العقارية والبنى التحتية، والذي يعتمد على عقود المقاوله، والتي يقوم فيها المهندس الاستشاري بدور جد مهم.

ثم في الباب الأول تطرقنا لحل المنازعات المتعلقة بعقد الفيديك، فخصصنا الفصل الأول لدراسة عقد الفيديك حيث يعتبر عقد الفيديك من اهم النماذج المتطورة في مجال مشروعات التشييد ، وقد اخترنا دراسة هذا النوع من العقود بشيء من التفصيل، محاولين معرفة متى يتم التعاقد من خلالها وما هي الإيجابيات التي تعطيها سواء بالنسبة للدولة أو للمستثمر في حالة التعاقد عن طريقها، و وجدنا أنها مفيدة للدولة من حيث أنها تساعد في تخفيف العبء على ميزانيتها، كما انها مفيدة للمستثمر حيث تعتبر بنودها التي تنص على اتباع إجراءات خاصة في فض النزاع من أهم الضمانات التي يحتاجها المستثمر .

وفي كل مرة كنا نحاول اسقاط بعض المعاملات او الأوضاع على الجزائر باعتبارها دولة تحاول في كل مرة الوصول لأفضل سواء على مستوى منظومتها التشريعية أو القضائية، ولكن لاحظنا في هذه النقطة أنه بينما العديد من الدول العربية تطبق عقود الفيديك إلا أن الجزائر لم تنص على عقود الفيديك . بل وليس لديها نقابة للمهندسين الاستشاريين التي من خلالها تستطيع ان تكون عضو في الفيدرالية الدولية للمهندسين الاستشاريين، والتي من خلالها تستطيع ان تتعاقد بعقد الفيديك وتستفاد من المزايا التي قررنا هذا النموذج.

وفي الفصل الثاني تحدثنا عن مجلس فض الخلافات، تعريفه ونشأته وكذا طبيعته القانونية التي تختلف الفقهاء فيها ورجحنا ان النظرية التي تقول بخصوصية هذا المجلس هي الاقرب للصواب وانه ذو طبيعة مهنية استشارية اكثر منها تحكيمية.

بالاضافة الى تطرقنا لدور المهندس الاستشاري ومدى اهميته في هذا المجلس حيث يقوم بدور جوهري فعال، والذي كان حوله العديد من الخلافات كذلك حول طبيعة عمله وهل هو محكم ام استشاري وهذا يتبع بطبيعة الحال الى الطبيعة القانونية للمجلس هندس ليسمحكم لان دوره الفني يغلب على دور المحكم، كما تطرقنا الى مسؤوليته في عالم هذا النوع من العقود

وإذا قرر المهندس عدم وجود علاقة سببية بين النتيجة والضرر الذي ادى للمنازعة كوجود قوة قاهرة فهو يلغي اساس اللجوء الى مجلس فض الخلافات، وهنا تبدأ محاولة توازن المالي للعقد، وهذا ما سنتطرق له في الفصل الثالث ارجاع ال

كما تطرقنا ايضا الى كيفية احالة المنازعة الى مجلس فض الخلافات وما مدى  
حجية قرار المجلي في اخر هذه المنازعة وراينا انه بعد مرور المدد القانونية  
لزم وفي حالة عدم المنصوص عليها في عقد الفيديك يصبح قرار مجلس فض الخلافات م  
تطبيقه يتم اللجوء مباشرة الى التحكيم دون اللجوء الى الوسائل الودية الاخرى وهذا  
ما جعلنا نقف على ما اهمية النص على باقي الوسائل الودية كالوساطة في عقد الفيديك

أما الفصل الثالث فتناولنا فيه التوازن المالي لعقود الإنشاءات الدولية التي من خلاله تعرضنا للحالات الأربعة التي  
تستوجب معها إعادة تحقيق التوازن للعقد وذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات  
المادية غير المتوقعة وأخيرا القوة القاهرة.

و قمنا بتسليط الضوء على المواد التي تنص على إعادة التوازن للعقد في التشريع الجزائري لأن اختلال التوازن المالي للعقد  
من أهم المشاكل التي يمكن أن تعترض العقود الإنشائية خاصة لما تمتاز به من طول مدة، وهذا يعد سبب رئيسي في  
اختلال التزامات وحقوق الأطراف يترتب عليها نشوء منازعات بين الدول والطرف الأجنبي المتعاقد، وهذا هو الأساس في  
موضوع البحث حيث إذا تم بالفعل الوقوع في منازعة فما هي أنسب طريقة لحلها والتي يرتضيها الطرفان.

اما الباب الثاني تطرقنا فيه لحل المنازعات المتعلقة بعقود البوت، حيث خصصنا الفصل الأول للتطرق لماهية  
عقود البوت ، والذي اعتمدت الجزائر في بعض مشاريعها بنظام شبيه بالبوت غير أنه يختلف عنه خاصة فيما يخص  
نقطة التملك

اما الفصل الثاني فتطرقنا فيه للوسيلة الثانية المتبعة في فض النزاع القائم بين الدولة صاحبة المشروع وبين  
صاحب الامتياز الطرف الأجنبي المتعاقد معها في هذا النوع من العقود والمنصوص عليها في عقد الفيديك باعتباره  
الاساس لمشاريع عقود البوت، ألا و هو التحكيم والذي حاولنا من خلال دراسته أن نبين أنه يعتبر وسيلة ناجحة لحل  
النزاع خاصة عندما يكون العقد الاساسي مرتبط بعقود اخرى كعقود نقل التكنولوجيا.

أما الفصل الثالث خصصناه الى موقف العديد من المعاهدات والاتفاقيات سواء الدولية او الاقليمية من اللجوء  
الى التحكيم الدولي، و التي تجبر في محتواها اعضاء الاتفاقية الى التزام بنودها خاصة منها المتعلقة بحق اللجوء الى  
التحكيم الدولي خاصة في حالة وجود استثمارات ثنائية.

ومما سبق نستخلص بعض النتائج كالتالي:

- ان الاختلاف الفقهي الكبير في إعطاء تعريف مانع جامع لعقود الإنشاءات الدولية في أغلب الأوقات يعود لعدم تطبيق هذه العقود بشكل واسع خاصة في البلدان النامية والعربية خاصة بتطبيق النماذج الجديدة كالفيديك والبوت.
- أما بالنسبة للطبيعة القانونية لهذه العقود فرغم اختلاف الفقهاء في تحديدها إلا أنه من خلال هذه الدراسة ارتأينا أن هذه العقود هي ذات طبيعة خاصة تتوسط العقود الإدارية من جهة و مرتبطة بالقانون الخاص من جهة ثانية، وذلك لما تمتاز به من حرية في اعمال سلطان الإرادة خاصة من جهة المستثمر في إقرار بعض الشروط خاصة منها اللجوء الى الوسائل الودية لفض التنازعة بدلا من اللجوء الى القضاء الوطني، وتبقى محتفظة بطابعها الإداري لما تتمتع به الإدارة من سلطة في تعديل بعض شروط العقد بصورة منفردة دون اللجوء الى رأي الطرف الثاني.
- أما بالنسبة لعقود الفيديك فهي من العقود الواسعة الانتشار مؤخرا والمعتمد عليها في معظم الدول سواء المتقدم منها أو السائرة في طريق النمو. ويمتثل أنواعها الأحمر، الفضي، الأصفر، والأخضر، ويتعبر الكتاب الأحمر أهمها على الإطلاق.
- بينما عقد البوت فإن التعامل به يعتمد على الكتاب الفضي الصادر عن نماذج عقود الفيديك.
- وأهم ما يميزه عن عقد الفيديك هو ان عقد البوت مخصص أصلا للتعامل بين الدولة والطرف الخاص سواء كان داخلي أو أجنبي، او هيئات الدولة فيما بينها.
- بينما الفيديك يمكن ان يكون بين الخواص، أي ان طرفاه من القانون الخاص كما يمكن ان تكون الدولة طرفا في العقد.
- كما أن الجزائر لم تنص في تشريعاتها على التعامل لا بعقود البوت ولا الفيديك. رغم انها اعتمدت في بعض مشاريعها على نظام الامتياز الشبيه بنظام البوت مع انه يختلف عنه خاصة في نقطة التمليك وارجاع الملكية.
- كما لاحظنا أن الجزائر ليست عضو في الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين رغم أن العديد من الدول العربية الشقيقة هي جزء من هذا الاتحاد كالأردن، مصر، تونس، المغرب، السودان.

- أما بالنسبة لما يتعلق بالتحكيم فإن الجزائر مثلا من الدول التي نصت على إمكانية اللجوء للتحكيم في حل منازعاتها المتعلقة بالمعاملات الاقتصادية الدولية وهذا مؤشر جيد على انفتاح السوق الجزائرية على الاستثمارات الأجنبية. خاصة في المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

#### التوصيات:

- بما أن عقود البوت تمنح للمتعاقد من خلال امتيازات فإننا نقترح على المشرع الجزائري أن ينص على هذه العقود في التعامل بها خاصة في المشاريع الكبرى حيث لهما جانبين إيجابيين أولها أن الحكومة لا تتكبد العبء المالي الذي سترهق به ميزانيتها كما ستفقد شروط البنوك التمويلية في حالة الاقتراض منها لأن المستثمر أو صاحب الإمتياز هو من يتكفل بكل ما يلزم من مصاريف.
- فقط يحتاج في المقابل إلى تسهيلات وضمانات وقد أتاحت الجزائر في قانون الاستثمار العديد من الضمانات والتسهيلات التي تستقطب بها المستثمرين، كما نصت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اعتبار التحكيم وسيلة لفض المنازعات ولكن بالمقابل يلزمها فقط النص على عقود البوت والأخذ بشروطها.
- كما نقترح على المشرع كذلك إدخال عقود الفيديو النموذجية إلى حيز التعامل والنص عليها وذلك من خلال الأخذ بالقواعد والشروط العامة لعقود الفيديو التي أصدرها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.
- كما نقترح عليه تسهيل إنشاء نقابة المهندسين المدنيين وذلك للتسهيل على المهندس المدني الذي يعتبر عنصر فعال في عقود الفيديو كما رأينا وبمجرد إنشاء هذه النقابة ربما يكون هناك أمل في إنضمامها للإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.
- وبما أن قانون الصفقات العمومية رغم دعمه لاسلوب التحكيم كوسيلة لفض النزاعات خاصة الدولية الا انه مازال يستند في انشاء مشاريعه على استراتيجية تعاقدية تقليدية تمنعها من تحقيق قيمة مضافة من حيث الأرباح أو العديد من الامتيازات لذلك نقترح على المشرع أن يدخل عليها تعديلات يمكن معها تضمينها لبعض شروط عقود الفيديو أو البوت.
- بعد سؤالنا للعديد من أصحاب الإختصاص في الهندسة المدنية والمعمارية وزيارتنا للعديد من مكاتب الدراسات الهندسية وجدنا بان التعامل بعقود الفيديو و البوت غير معمول به هذا وتفاجأنا بعدم علمهم بوجود هذه العقود



أصلاً، رغم انه في دول عربية شقيقة أصحاب تخصص الهندسة المدنية في الجامعات يدرسون مقياس يتضمن العقود النموذجية للفيديك كالأردن ومصر .

ولذلك نقترح على المشرع وذوي الإختصاص المطالبة بإدخال عقود الفيديك في البرامج التعليمية لطلبة الجامعة خاصة تخصص الهندسة المدنية على غرار الجامعات العربية كمصر والأردن.

- كما نوصي بتفعيل دورات تدريبية على مستوى الجامعات عن عقود الفيديك وعقود البوت واشترك كل من المهندسين والمقاولين والقانونيين فيها . وذلك حتى يتوسع الإلمام بها والتعرف عليها .

- كما نوصي بإعداد عقود مقاولة موحد للمشاريع الإنشائية في الجزائر على غرار الكثير من الدول العربية التي اتبعت في إنشاء مشاريعها على كل من نظام الفيديك والبوت كالأردن مثلاً .

- وبما أن الجزائر لا تعتمد على عقود الفيديك النموذجية في الوقت الراهن، فإننا نقترح تعديل فيما يخص عقد المقاوله في القانون المدني الجزائري، وذلك بإضافة مواد خاصة بأوامر التغيير لما لها من أهمية، حيث أنه عدم النص عليها يتركنا نواجه فراغا تشريعيا .

- كما ندعو الجزائر لتقديم طلب عضوية في الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين .

- دعوة الجزائر للإنضمام إلى FIDIC في هذه الحالة مراعاة استبعاد بعض القواعد التي لا تتناسب مع التشريع الداخلي، أو العكس تغيير قواعد داخلية تتناسب مع عقود الفيديك. لان ذلك سيسهل عليها كثيرا في جلب الاستثمار من ناحية ومن ناحية اخرى ارضاء الجانب السيادي للدولة حيث لا تضطر للجوء الى التحكيم الدولي في حالة ما اذا حلت المنازعة عن طريق مجلس فض الخلافات .

- وضع تنظيم تشريعي موحد في الدول العربية لعقود الفيديك، واعتباره كاتفاقية يتم التعامل بها خاصة في مجال حل النزاعات .

- انضمام الجزائر الى منظمة التجارة العالمية في اقرب فرصة، يجعلها تستفيد من جميع الاتفاقية التي تتم تحت رعاية منظمة التجارة العالمية كاتفاقية تريبس، والتي من خلالها يتم التحكيم في العقود المرتبطة بالعقود الأصلية للانشاءات، ومن بينها عقود نقل التكنولوجيا وعقود منح التراخيص .

## قائمة المراجع

### القرآن الكريم

#### المصادر:

- 1- أبي الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب. دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة. 1993.
- 2- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، دار الخانجي القاهرة، الطبعة الثالثة، 1981.
- 3- جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين ط7، لبنان، 1992.

#### الإتفاقيات الدولية و النصوص القانونية:

- 1- الإتفاقية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية، العدد 66، الصادرة في 05 نوفمبر 1995.
- 2- الإتفاقية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، المتضمن الانضمام لاتفاقية نيويورك 1958، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 48.
- 3- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في جانفي 1995، الجريدة الرسمية عدد 07، المتضمن الموافقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965
- 4- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007
- 5- قانون رقم 02-01 مؤرخ في 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ج.ج، عدد 08 الصادرة في 06 فبراير 2002، على الموقع: [www.en.wikipedia.org/wiki/SNC-Lavalin](http://www.en.wikipedia.org/wiki/SNC-Lavalin).
- 6- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 60، الصادرة في 2005/10/04
- 7- الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.
- 8- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار.

9-المرسوم التنفيذي رقم 289/05 الذي يحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التخصص، الصادر في

2005/04/07

10- المرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل

والمتمم، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 58.

11- المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات

العمومية وتوقيضات المرفق العام.

12-القانون المدني الأردني رقم 43-1976، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية رقم 2645 الصادرة بتاريخ:

1976/08/01

13-عقد المقاول، الموحد للمشاريع الإنشائية، موقع وزارة الأشغال العامة والإسكان، دائرة العطاءات الحكومية،

[www.gtd.gov.jo](http://www.gtd.gov.jo)

14-اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية، على الموقع:

[www.lasportal.org/wps/wcm/7c1cf48049c3a8b9dc9d526698d42c/legal](http://www.lasportal.org/wps/wcm/7c1cf48049c3a8b9dc9d526698d42c/legal)

net-5-2.pdf=?MOD=AjPERES

15-أحكام الأونسترال التشريعية النموذجية، بشأن البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة

لقانون التجارة الدولي، نيويورك، 2004.

16-تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان " الأعمال المقبلة الممكنة" مشاريع البناء والتشغيل ونقل

الملكية، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك، 28 ماي/14 جوان

<http://daccess-dds-hy.un.org/doc/undoc/GEN/v96/822/IMG/v9682296.pdf>. 1996

17-دليل الاونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص الاونسترال، منشورات الأمم

المتحدة، نيويورك، 2001.

18-الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية،

الأونسترال، نيويورك، 1988.

19-قواعد الأونسترال للتكريم، الأمم المتحدة، نيويورك، 1981.

## المراجع باللغة العربية:

### أولا- الكتب

- 1- السرخسي أبو بكر محمد بن أحمد، المبسوط. ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- 2- السيد عبد الفتاح القصيبي، عقود ومواصفات الأعمال الإنشائية. طبعة 2، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.
- 3- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح مصطلحات البخاري، مؤسسة مناهل العرقان، بيروت، بدون سنة.
- 4- إبراهيم العناني، المنظمات الدولية والإقليمية والمتخصصة. المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، 2001.
- 5- إبراهيم محمد علي، أثر العقود الإدارية وفق القانون رقم 89/1998. الطبعة الثانية، النهضة العربية، 2003.
- 6- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 7- أمال أحمد الفزائيري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم. الإسكندرية، منشأة المعارف، دون تاريخ نشر.
- 8- احمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 9- ابراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية دراسة مقارنة. طبعة 1 ، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
- 10- أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاءات وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة. دار الكتب المصرية، مصر، 2003.
- 11- احمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء القانون المصري. ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

- 12- أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية. بدون دار نشر، مصر، 1992.
- 13- أحمد شرف الدين ، تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية ( نماذج عقود الفيديك)، ط1، مصر ، 2003.
- 14- أحمد لهبيبات، سعد طبري، الإقتصاد والمانجمنت والقانون، الديوان الوطني للمطبوعات، الجزائر ، 2010.
- 15- أحمد أنعم بن ناجي الصالحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة. طبعة 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994.
- 16- احمد خليل، قواعد التحكيم، دراسة مقارنة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في التحكيم الداخلي. ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 17- أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به. دار النهضة، القاهرة، 2004.
- 18- أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2008 .
- 19- إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام -دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، 2004.
- 20- بشار الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية. منشورات الحلبي، 2009.
- 21- بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. منشورات الحلبي، 2006.
- 22- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، ط 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 .
- 23- حسام الدين ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية. دار النهضة العربية، 1999.
- 24- حفيفة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم. الاسكندرية، دارالفكر الجامعي، 2001.
- 25- خليل عمر غصن، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي. ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- 26- جابر جاد نصار، عقود الـ BOT والتصور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام. دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
- 27- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. دارالنهضة

- العربية، القاهرة، 1999 .
- 28-حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاءات والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 29-حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية. الجزء الثاني، ط1، القاهرة، 1983.
- 30- حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 31- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب. دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- حسام الدين الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية تريبس، دار النهضة العربية، 1999.
- 32-خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ط1، 2008.
- 33-داوود خلف، الشروط العامة لعقود فيديك النموذجية، جمعية عمال المطابع التعاونية، ط1، 2008.
- 34-داوود خلف، دليل استخدام عقد الانشاءات (فيديك 1999) مدارك وتطبيقات، ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 2002.
- 35- داوود خلف، مجلس فض الخلافات وأساليب التسويات الودية. ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 2005.
- 36-رجب محمد طاجن، عقود الشراكة PPP- دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي-. دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 37-سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة و مدي خضوعه للقانون المصري. ط 1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1976 .
- 38-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة. دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- 39-شمس الدين قاسم الخزاعلة، نطاق سلطان الارادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. دار الكتاب

الثقافي، اريد، 2005.

- 40-صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا. ط1، بيروت، 1992.
- 41-صالح بكر الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت BOT البناء والتشغيل و نقل الملكية. ط1، دار بلال للطباعة، بيروت، 2000.
- 42-صلاح الدين عامر، المشروع الدولي العام- دراسة تحليلية تأصيلية. دار الفكر العربي، مصر، 1978.
- 43-عادل عزت السنجقلي، عقود الاستشارة الهندسية. منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1983.
- عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الثقافة لنشر و التوزيع، 2008 .
- 44-عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية. دار المعارف، الإسكندرية، 1998 .
- 45-عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الإقتصادية في القانون الدولي الخاص. مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991.
- 46-عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية- دراسة مقارنة. دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997.
- 47-عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء. ط1، مصر، 1987
- 48-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل والمقاول، والوديعة والحراسة. الجزء 7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 49-عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الإنشائية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 50-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة. ط1 منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
- 51-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية. دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
- 52-عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي. دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 53-عطية عبد القادر محمد عبد القادر، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات Bot. الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005.

- 54-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية. دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- 55-علي عباس، إدارة الأعمال الدولية- " الإطار العام". الطبعة الأولى، الجامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
- 56-عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر. الطبعة 2، مطبعة جسور للنشر، 2000.
- 57-عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة.
- 58-عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة 3، مطبعة جامعة الكويت، 1402 هـ .
- 59-عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي. ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990.
- 60-فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ( دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي). ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 61-فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام- دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
- 62-لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة. ط1، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر.
- 63-مالك بن أنس- المدونة الكبرى- رواية سحنون عن ابن القاسم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1991.
- 64-محمد عبد المجيد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها . بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- 65-محمد شتا أبو سعد، المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي. دار الجامعة الجديدة ، 2000.
- 66-مصطفى محمد الجمال، و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 67-محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006.



- 68-مجمدي المتولي، التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديد، 1989-1998، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة.
- 69-محمد سعيد أمين، العقود الإدارية وأحكام إبرامها. دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992.
- 70-محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1990.
- 71-محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 72-محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 73-محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 74-محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 75-محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي. ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 76-محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية). دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
- 77-محمد ماجد خلوصي وأحمد جمال الدين نصار، قانون التشريعات وعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين. دار قابس، بيروت، 2005.
- 78-محمد ماجد عباس خلوصي، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية والمسابقات المعمارية. ط 3، دار الكتب، مصر، 1996.
- 79-محمد ماجد خلوصي، شموع في طريق حل مشكلة الإسكان، ط1، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 80-محمد ماجد خلوصي، نبيل محمد عباس، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية. دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 81-محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري. ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 82-محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية. دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة-الجزائر، 2005.
- 83-محمد الصغير بعلي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة- دراسة مقارنة في القوانين العربية. دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012.

- 84-محمود السيد عمرالتحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم. ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 .
- 85-مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي- دراسة مقارنة. ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 86-معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي. طبعة 1، دار الفكر الجامعي، 1997.
- 87-موسى شحاته، القانون الإداري، ط1، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، 1996.
- 88-مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية- دراسة لكيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود- دراسة مقارنة. دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 89-ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري. 2004.
- 90-ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 91-نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الادارية. الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 92-نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية. المكتب الجامعي الحديث، دون مكان، 2006.
- 93-هشام خالد، ماهية العقد الدولي. منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007.
- 94-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 95-ولاء رفعت، التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية. إصدارات الغرفة التجارية والصناعية بمحافظة جدة، 1998.
- 96-الكتاب الفضي، الشروط العامة لعقود المشاريع "تسليم مفتاح" هندسة واشتراء وإنشاء، فيديك 1999.
- 97-الشروط العامة لعقود الإنشاءات، فيديك 1999، الكتاب الأحمر.
- 98-الشروط العامة لعقد تجهيزات آلية وتصميم وتنفيذ عقد الفيديك، فيديك 1999، الكتاب الأصفر.

99- مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحامات، ترجمة عربية للطبعة الرابعة لعقد الفيديك، ط 2 ، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1993.

#### ثانيا- الرسائل الجامعية:

- 1- أحمد حسان مطاوع، **التحكيم في عقود الإنشاءات**. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998 .
- 2- إلياس بن منصور الراجحي، **مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي**. بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية. تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008.
- 3- عبد القادر زهرة، **نطاق الضمان العشري للمشيدين**. دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011.
- 4- بن شعبان علي، **آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه**. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012.
- 5- حسن طالبي، **تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات**. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005، على الموقع [www.startimes.com](http://www.startimes.com) ؟ t= 15280981
- 6- سراج حسين أبوزيد، **التحكيم في عقود البترول**. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.
- 7- علي محمد فرحان العزايزة، **التزامات المقاول وفق التشريع المغربي والتشريع الأردني**. أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1999.
- 8- عيسى عبد القادر الحسن، **التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة**. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997.
- 9- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، **دور القضاء في التحكيم السعودي**. بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008.

10-وفاء فحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية .رسالة دكتوراه منشورة، منشورات الحلبي الحقوقية، . 2008

### ثالثا-المقالات و البحوث:

- 1-أسامة مصطفى عطوط، النظام القانوني لعقود الفيديو.تاريخ نشر المقالة07:نوفمبر 2010 ، Aleyarbitration.blogspot.com/2010/11/fidic.html. تاريخ دخول الموقع سبتمبر 2013
- أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم. بحث منشور على الموقع الإلكتروني : // http: www mohamoon
- 2-جورج حزبون، رضوان عبيدات، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي الدولي. مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد السادس والعشرون، أبريل 2006.
- 3-حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة- دراسة مقارنة. مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة الزقازيق، مصر، 1996.
- 4-محي الدين القيسي، إمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية BOT. مجلة الدراسات القانونية، عدد2، بيروت، 2003.
- 5-سامي عبد الباقي أبو صالح، آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية. المؤتمر الثامن عشر، عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، من 19-21 أبريل، 2010.
- 6-فيحاء الخالدي، شبكة المحامي الكويتي، [www.lawyer.kuwait.com](http://www.lawyer.kuwait.com)
- 7-عماد الدين كيلاني، لمحة عن عقود الفيديو. مقالة نشرت في 24 أبريل 2013، الموقع الإلكتروني: [www.facebook.com/ALKILANILAWFIRM/posts/617929138236035](http://www.facebook.com/ALKILANILAWFIRM/posts/617929138236035)
- 8-محمد الجلاي، استراتيجيات التعاقد لمشروعات التشييد في سورية. مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الثاني، 2009.
- 9-محمد الجلاي، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين. مقالة منشورة بتاريخ 10-05-2010 على الموقع

[www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=13767](http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=13767) تاريخ دخول الموقع سبتمبر 2013

10-مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهيني، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني. مجلة

الشرعية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد38، أبريل، 2009.

11-مصطفى تراري ثاني، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر. مجلة

دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي- الجزائر،

عدد 9، أبريل، 2003.

12-مشاعل عبد العزيز الهاجري، أثر ظهور مجالس فض المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي

للمهندس الاستشاري في عقد الفيدك لمقاولة أعمال الهندسة المدنية. ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر كلية الحقوق

حول القطاع الخاص في التنمية، الكويت، 2005.

13-نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقود المقاولة- دراسة في عقد الفيدك

النموذجي، الكتاب الأحمر. المؤتمر الثامن عشر حول عقود التشييد والبناء بين القواعد القانونية التقليدية، والنظم

القانونية المستحدثة، كلية القانون، جامعة الإمارات، 19-21 أبريل، 2010.

14-نور الدين زرقون، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم ، دراسة حالة المساعد في تعيين

المحكمين. مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 12، 2015.

15-وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.مجلة

الحقوق، العدد الأول و الثاني، مارس، جوان..1993

16-أحكام رخصة البناء والمنازعات المتعلقة بها. مقال منشور بتاريخ 2008/03/23 على الموقع

الإلكتروني: [www.ingdz.com/vb/SHOWTHREAD.php?t=3882](http://www.ingdz.com/vb/SHOWTHREAD.php?t=3882)

المراجع باللغة الأجنبية

أولا -باللغة الفرنسية:

### **Texte Juridique:**

-Décret N° 2006-975. De 1 Aout 2006, Portant code des marchés publics, Jo.RF. N° 179 de 4 Aout. 2006.

### **OUVRAGES**

- 1-André Brabant, **Le contrat international de construction**. Bruylant, Bruxelles, 1981.
- 2-De-Laubadere, Grandement, **traité de droit administratif**. Tome 1, 16<sup>ème</sup> édition, Delta, 2002.
- 3-Glavinis Panayotis, **le contrat international de construction**. GLN, Joly édition, paris, 1993,
- 4-Jaqueline Morand- Deviller, **Droit de L'urbanisme**. 2<sup>é</sup> édition, Dalloz,1994, p128  
Philip Fouchard,l'arbitrage judiciaire;Etudes offertes au pierre ballet ; litec. PARIS 1991.
- 5- Philip Fouchard, Emanuel Gallard, Berthold Goldman, **traite de l'arbitrage commercial international**. édition litec,Paris, 1996.
- 6-PLuchart (jean-jacquet), **L'ingénierie Financière de projet**. édition d'organisation, Paris, 2000.

### **Articles:**

- 1-Abdullah.M.Aldmour, **la venir de l'arbitrage de protection des investissements dans les contentieux des contrats internationaux de construction**. conférence, building and construction contracts between traditional legal rules and developed legal systems, Dubai, 19-21 april, 2010.
- 2-Communiqué de presse de SNC Lavalin, **SNC-Lavalin obtient un contrat pour une nouvelle usine de désalement d'eau de mer pour L'algérie**. Montréal, 16 Juin,2008,

sur

le

site : [www.snclavalin.com/news.php?lang=fr&id=383&action=press\\_releas-details&page=1&current\\_year=2008&start=11](http://www.snclavalin.com/news.php?lang=fr&id=383&action=press_releas-details&page=1&current_year=2008&start=11)

3-Lyonnet Du Moutier, **Financement sur projet et Partenariat Public- Privé : La Relation entre Concédant et concessionnaire dans les Bot d'infrastructure**. Revue trimestrielle, politique et management public, volume 21, Mars,2003.

4-Mahmoud Mamart, **Gestion de L'eau en Algérie : Du monopole étatique à la concession** . Quotidien EL Watan, du 27 Juin 2005, Sur le site : [www.djazairess.com/fr/elwatan/22029](http://www.djazairess.com/fr/elwatan/22029)

5-Mohamed Mahiou, **evolution du droit de l'arbitrage**, revue mutation, n°44, février 2003. 6-Philippe Bolmine, **Pour un nouveau Partenariat Public/ Privé dans la Réalisation des grand projets d'infrastructure. la nation de CO-développement** . RDAI ,N° 02, 1999.

ثانيا - باللغة الانجليزية:

#### **Ouvrages:**

1-Julia Hornle, gross-border, **internet dispute resolution**. combridg university press, newyork, first edition, 2009.

2- Peter Nevit. Et Frank Fabozzi, **Project Financing**. Géd, Euromoney publication, london, 1995.

3- Peter Boswell, **change to the Fidic, Construction Contract General Condition, 1st edition 1999, Fidic**. World Trade Centre, Geneva, March 2006.

4-Salah eldin Gamal Eldin, **international contracts and arbitration**. Dar Elfikr El Gamie, Alex,2007.

**Articles:**

1-Christopher Seppala, **Fidics'Four Standard Forms Of Contract**, London, Friday 3 December, 1999.

2-Fidic.org/about-fidic/fidic-history

3-Fidic.org/members

4-geremy Glover, **Managing Disputes is Adjudication the best or only way ?** . 13th Adjudication update seminar, 23April 2007 .

5- john Bowcock, **The Forms Of Contract, The Enginner Claims and the Dispute adjudication Board, presented at the fidic New contracts**. Launch Seminar (Sept-Dec 1998).

6-Michel Nardin, **A Pratical approach To The Fidic Principles**. PMG Ingenieurs-Economistes - Conseils, Lausanne, Switzerland, August 2008

7- Nicholas Gould, **Establishing Boards, selecting, and Appointing, Dispute Board, Members**. DRBF 6 Annual International Conference, 2006.

8-Owen Gwyn, **The Working Of Dispute Adjudication Board (DAB) Under New**

9- Peter Champan , **Disputes Boards**, 2002 ([www.oxfordinform.com](http://www.oxfordinform.com))

10-Sebastian hoek gotz, **Fidic dispute adjudication**.[www.dr-hoek.de/en/beitrag?t=dispute-adjudication-Fidic](http://www.dr-hoek.de/en/beitrag?t=dispute-adjudication-Fidic).



## ملخص

أدت التغييرات الاقتصادية التي تمثلت بصورة خاصة في زيادة مساهمة القطاع الخاص في مشروعات التشييد وفي زيادة الاستثمار الأجنبي المباشر، وعدم ملائمة الاستراتيجية التقليدية للدولة في ابرام العقود الإنشائية للمشروعات التي نجمت عن هذه التغييرات إلى ظهور أساليب تعاقدية جديدة.

من بين هذه العقود نذكر عقود الفيديك وعقود البوت، التي تعتبر الأكثر شيوعا في مجال تنظيم مقاولات البناء لأنها تضع إطارا تعاقديا لتخطي مشكلات الإنشاءات الدولية والمحلية، وتنظم حقوق والتزامات الأطراف وتضمن التوزيع العادل للمخاطر.

و التي تضمنت عوامل جالبة للإستثمار، تمثلت في وسائل حل النزاعات الناشئة بين طرفي العقد بعيدا عن طريق القضاء، وهذه الوسائل هي كل من مجلس فض الخلافات (DAB)، الذي يعتبر من الأساليب الحديثة على الساحة الدولية في عقود الإنشاءات، وهو منصوص عليه في عقد الفيديك كأهم و أول وسيلة يتم اللجوء اليها من قبل أطراف العقد في حالة وقوع نزاع، مع ما يحمله من دور رئيسي للمهندس الإستشاري.

اما الوسيلة الثانية فهو التحكيم، حيث يتم اللجوء اليه، لأنه يعتبر وسيلة هامة جدا وخاصة مميزة في حالة ابرام عقد البوت، بالإضافة الى سلاسة تطبيقه على العقود المرتبطة بعد البوت ، عقود نقل التكنولوجيا.

## RESUME

Les changements économiques intervenus au début du XXIème siècle, comme notamment la participation croissante du secteur privé dans les grands projets de construction, et l'augmentation des investissements étrangers directs dans la construction des infrastructures, ont montré l'incapacité des moyens traditionnels de l'Etat dans la conclusion des contrats de construction et ont donc ouvert la voie à l'émergence de nouveaux types de contrats.

Parmi cette nouvelle génération de contrats, les contrats FIDIC et BOT sont les formes les plus répandues dans le domaine de la construction car ils établissent un cadre légal contractuel précis en cas de conflit entre les parties contractuelles dans la construction au niveau local et international. Ils organisent également les droits et devoirs des parties contractuelles et évaluent les risques éventuels qui peuvent survenir dans l'exécution des contrats.

Ces nouveaux types de contrats incluent également un élément incitatif pour les investisseurs du secteur privé dans les travaux publics; dans le cadre de la DAB, il s'agit de régler les éventuels conflits sans avoir recours aux tribunaux. Ils se caractérisent par la possibilité de résoudre un conflit dans le cas de contrat FEDEC par la convocation d'un Conseil qui va chercher un terrain d'entente entre les parties concernées.

La deuxième procédure est la médiation qui est le moyen le plus efficace dans les contrats de type BOT de par sa facilité à y avoir recours pour les contrats liés aux contrats BOT comme par exemple les contrats de transfert de technologies.