دور جهة الإدارة في تحقيق الأمن التعاقدي في عقود الإنشاءات الدولية

د/ياسر محمد عبد السلام رجب
مدرس القانون العام
كلية الحقوق-جامعة القاهرة

مقدمة

إن الاستعداد للقادم أمر تفرضه الطبيعة البشرية لما يعتريها من نقص فى التخطيط وعجز فى التدبير ،وخوف من المجهول فما بالنا بقطاع العقود الادارية الدولية وخاصة عقود الإنشاءات التى تتشعب علاقاتها وأطرافها، وبالتالى فإن المخاطر تمثل الحاضر الغائب فى عقود الإنشاءات إذ يتمثل حضورها فى إشكالياتها التى يغفل عنها أطراف العقد من الادارة والمتعاقدين معها ، ويتمثل غيابها فى إغفال أبعادها القانونية والمحاسبية التى تقود – فى الغالب – إلى الخلاف «Conflict» ثم المنازعة «Dispute» واللجوء من ثم إلى التقاضى أو التحكيم.

لذلك يعتبر العقد عامة وعقود الأشغال الدولية خاصة وسيلة لموازنة المخاطر بالحوافز، وعلى كل طرف فى المشروع أن يتحمل جزءا من المخاطر، فإذا نص العقد على تحميل كافة المخاطر على المقاول -كما هو الحال فى عقود تسليم المفتاح-فسوف يؤدى ذلك إلى قيام المقاول بزيادة قيمة العقد حتى يستطيع مواجهة تلك المخاطر إن تحققت، مع العلم بأنها قد لا تتحقق أو يتحقق البعض منها فقط أو يتحقق أخفها، وقد تكون الادارة قد تحملت زيادة لا مبرر لها فى تكلفة مشروعة وكان من الممكن تلافيها باقتسام المخاطر مع المقاول الذى يصبح فى هذه الحالة هو الطرف الوحيد الذى سيعتمد عليه نجاح تنفيذ المشروع ، والعكس إذا ما تم تحميل كافة المخاطر على الادارة، فإن ذلك سوف يدفع المقاول إلى ألّا يفترض أية زيادات فى أسعاره، وبذلك تحصل الإدارةعلى أنسب الأسعار.

مؤدى ذلك يرتبط توزيع المخاطر في تلك النوعية من العقود بمسألة الأمن التعاقدي الذي يعد أحد المتطلبات الجوهرية التي يبتغيها المتعاقد مع جهة الادارة خاصة على إثر قيام شركات المقاولات بالتعاقد على مشروعات خارج الحدود ومن هنا تنشأ العقبات والمنازعات لذا لا بد من مراعاة عدة أمور تراعى قبل وأثناء عملية التنفيذ مثل البيئة السياسية واختلاف الثقافة والنظم القانونية والتوافق التكنولوجى، ويتوافق ما سبق مع تحول جهة الإدارة – فى العصر الحديث – من أسلوب القهر إلى أسلوب التعاقد والمشاركة لذا فقد حقق قانون العقد قفزات واسعة منذ الثورة الصناعية من خلال التعاقد النموذجى المتمثل في عقود الإنشاءات النموذجية.

قد يبدو للوهلة الأولى تعارض فقرات تقاسم أو توزيع المخاطر – فى ظاهرها – مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد أو تخالف ما تقرر فى الآية الكريمة من القرآن الكريم «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ، غير أن تلك المخالفة الظاهرية تنفيها أو تخفف من غلوائها من ناحية أولى (قاعدة تحمل أخف الضررين، والضرورات تبيح المحظورات، أو لا ضرر ولا ضرار).

لذا فالقول بأن العقد و فقرات تقاسم أو توزيع المخاطر متضادان – لأن الهدف الرئيسى للعقد هو

ضبط الوقائع المستقبلية – قول لا ينبغى قبوله على إطلاقه لأن التمسك بعقد جامد النصوص غير موائم للواقع لا يجدى ولا يلبى المصلحة العامة التى تبتغيها جهة الإدارة

وتعد فقرات تقاسم أو توزيع المخاطر وبما ترمي اليه من أمن تعاقدي أحد أهم أهداف العقود النموذجية ومن أشهر تلك العقود عقد الفيديك «FIDIC» وهى صيغة دولية صادرة عن الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين ويعد العقد الإنجليزى المحلى ICE مصدراً تاريخياً لها، وإلى جانب الفيديك توجد صيغ أخرى كالعقد اليابانى «ENAA» وصيغة هونج كونج «HKSAR»

لذلك تعد عقود الإنشاءات الدولية من أكثر العقود عوزاً لإدراج فقرات فقرات تقاسم أو توزيع المخاطر لامتدادها ردحاً من الزمن من ناحية ولتشابك وتعقد علاقات أطرافها من ناحية ثانية إلى جانب اختلاف ظروف مواقع تنفيذ العقد واختلاف النظم القانونية، بين دولة موقع التنفيذ ودولة المقاول المنفذ للمشروع، ولكى يكون لعقود الإنشاءات الدولية دورها المأمول فى تلبية احتياجات الصالح العام بالمعنى الواسع وتلبية إحتياجات جهة الإدارة بالمعنى الضيق لا بد أن يكون هناك ديناميكية وحركية وتتأتى تلك الديناميكية أو الحركية عن طريق فقرات تقاسم أو توزيع المخاطر.

أهمية البحث:

[١] على الصعيد العلمى

أولاً: القصور التشريعى والقضائي حول معالجة المخاطر فى القانون المصرى -خاصة بمعناها المعروف في العقود النموذجية- فيما يتعلق بتقييم الآثار المباشرة وغير المباشرة الناتجة عنها ومنح المقاول المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا، وتزيد أهمية ذلك البند فى مصر بسبب عدم وجود قانون إنشاءات Construction Law بالمعنى المفهوم .

ثانياً: وجود شبه قصور فقهى عربى حول تناول الصيغ الأخرى لعقود الإنشاءات الدولية خلاف عقد الفيديك، إذ يحوي البحث تناولاً للعديد من صيغ عقود الإنشاءات الدولية على رأسها العقد الإنجليزى (Jct) والعقد الإنجليزى «NEC» والصيغة اليابانية «ENAA».

ثالثاً: وجود قصور فنى وقانونى في الكتابة عن الأمن التعاقدي وتحقيقه من خلال فقرات توزيع المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية ،وتجدر الاشارة إلى أن البحث تناول النسخ الحديثة في عقود الفيديك FIDIC والصادرة حديثا-والتي لم يتم تداولها بعد في الأبحاث القانونية في ذلك المجال كمثال،الكتاب الفضي،والكتاب الأحمر ،والكتاب الأصفر ٢٠١٧ وذلك لحداثة صدورها وهي كالتالي:

- Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects second Edition

٢٠١٧

- Conditions of Contract for Construction- second Edition ٢٠١٧

- Conditions of Contract for Plant&design Build- second Edition ٢٠١٧

[٢] على الصعيد العملى:

أولاً: أهمية فقرات توزيع المخاطر فى عقود الإنشاءات النموذجية الدولية فى إحداث الديناميكية والمرونة المتطلبة وإحداث التوازن المالى للعقد الإدارى ،ودورها في الحد من مسئولية الإدارة ومسئولية المقاول المتعاقد معها عن المخاطر

ثانياً: عدم المعالجة الكاملة الشاملة للمخاطر والحوادث الاستثنائية قد تكلف الإدارة طرح العطاءات من جديدة مع تكاليف إبرام العقد وتأخير أداء الخدمة المرجوة من المشروع الإنشائى.

إشكاليات البحث:

١- هل تعد فقرات توزيع المخاطر فى عقود الإنشاءات الدولية فقرات حتمية (جزء مكمل لتلك العقود) وهل يمكن التخلى عنها بدرء أسبابها؟

٢- هل تواكب نظريات التوازن المالى فى العقد الإدارى فى مصر التطور الحالى فى عقود الإنشاءات الدولية؟ أم لا بد من التخلى عن مسلماتها وابتداع نظريات أكثر حداثة لتواءم الواقع العملى؟ بمعنى هل يتطرق التشريع والقضاء المصريين لفكرة توزيع المخاطر.

٣- ما المانع من وجود تدابير احترازية وإجراءات استباقية قبل حدوث المخاطر ونشأتها من خلال وسائل تخفيف مسئولية الإدارة عن تقاسم المخاطر.

صعوبات البحث:

١- ندرة المؤلفات الفقهية التى تناولت المخاطر فى عقود الإنشاءات الدولية بمعناها الفني الضيق ،ووقوع عقود الإنشاءات الدولية عامة وفقرات توزيع المخاطر خاصة على تخوم العديد من القوانين كالقانون العام والقانون الخاص، فضلاً عن قانون التجارة الدولية، بل وقوعها بين فرعين من العلوم وهما القانون والهندسة.

٤- غموض بعض المصطلحات لاتصال عقود الإنشاءات الدولية – كما سلف الذكر – بالعلم القانونى والعلم الهندسى، وتقارب نصوص المواد والفقرات فى عقود الإنشاءات الدولية والصيغ النموذجية تقارباً

كبيراً مما كان يتطلب معه إبراز أهم الفروق الجوهرية بينها مع استخلاص قاعدة موحدة ملاءمة.

منهج البحث:

يقوم على منهجين أحدهما استقرائي عن طريق رد الفروع إلى أصولها، والآخر استباطي بتحليل نصوص القوانين بالإضافة لتحليل بعض فقرات المخاطر فى العقود الدولية للإنشاءات بالإضافة إلى عرض الآراء الفقهية المقارنة والمصرية مدعما ذلك بأحكام القضاء المصرى وأحكام التحكيم فى داخل مصر وخارجها.

بالإضافة إلى المنهج المقارن بتناول العديد من القوانين كالقانون الإنجليزى والأمريكى وعقود الإنشاءات فى اليابان، والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية.. إلخ وعلى الصعيد الدولى كعقد الفيديك.

خطة البحث:

لذا ستكون المعالجة البحثية على النحو التالى:

الفصل الأول: الإطار العام لتقاسم المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية.

المبحث الأول: ماهية وأهمية تقاسم المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية وأنواعها

المبحث الثاني: تنظيم تقاسم المخاطر في التشريعات والعقود النموذجية والأحكام القضائية

الفصل الثاني: وسائل تخفيف مسئولية الإدارة عن تقاسم المخاطر.

المبحث الأول: عقود إدارة الإنشاءات والتكلفة التعويضية

المبحث الثاني: التأمين والضمان

المبحث الثالث: إشراف الإدارة على العلاقات العمالية.

المبحث الرابع: مسئولية الإدارة عن توفير المعلومات.

المبحث الخامس: دور الصياغة في تقليص المخاطر.

المبحث السادس :اتفاقات تحديد المسئولية.

المبحث السابع : تسجيلات المخاطر

المبحث الثامن: التحفظات السعرية

على أن يستبق ذلك معالجة في المبحث التمهيدي عن علاقة تقييم المخاطرب الأمن التعاقدى »

وذك كالتالي:

المبحث التمهيدى

« علاقة تقسيم المخاطر بالأمن التعاقدى »

يعد العقد – عامة – آلية قانونية لترتيب الحقوق والالتزامات وتعد عقود الإنشاءات الدولية أدوات عملية متحركة تستخدمها جهة الإدارة على المستوى الاقتصادى، ومن هنا تتأتي أهمية قانون العقود Droit des contractأو القانون التعاقدى Droit contractualويعد الأمن التعاقدى من أهم المبادئ الموجهة لقانون التعاقد إلى جانب الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية، والنزاهة التعاقدية (٣٢٢٠).

ويرى البعض أن الأمن التعاقدي هو توقع المخاطر التعاقدية وتلافيها، عن طريق اتباع اجراءات محددة عند التعاقد، لاسيما بشأن ما يتعلق بالتنفيذ والمسؤولية العقدية ،ويرى أصحاب ذلك الرأى أن مرتكزات الأمن التعاقدى كمبدأ تتأتى على عدة مستويات كالتالي:

- مبدأ القوة الملزمة للعقد.

- الحق في تنفيذ الالتزام.

- تنفيذ العقد بحسن نية.

- امكانية تأثر القوة الملزمة للعقدسواء عن طريق وحدة تفسيره وتأويله أو عن طريق عدم اللجوء للفسخ الانفرادى.

مؤدى ما سبق أن هاجس توفير الأمن التعاقدى، ينطلق من مرحلة تكوين العقد وحتى مرحلة تنفيذه.

إذن تحتوي العقود الإدارية عامة وعقود الإنشاءات التي تكون الإدارة طرفا فيها خاصة على عدة مخاطر تؤثر على الأمن التعاقدى ولا يجب النظر دوماً لتلك المخاطركأمر غير ممكن التحكم به أو تجنبه، وتكمن علة تقاسم المخاطر في تمديد العلاقات التجارية بين الإدارة المتعاقد معها" lif time of the project" واستطراداً لما سبق يشكل الأمن التعاقدى أثناء تنفيذ العقد أمراً ملحاً بالاعتماد على الضمير

(٣٢٢٠) عبد المجيد قميجة: أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولى حول الأمن التعاقدى وتحديات التنمية، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين الصخيرات ١٨، ١٩ أبريل ٢٠١٤ ص ٢،٣ ، وينصرف مفهوم الأمن لغوياً إلى الحالة التي يكون فيها الفرد في مأمن من المخاطر بمعنى أن الأمن هو حالة الفرد الواثق الهادئ .

الخلقي وحسن النية لتحقيق التوزان المالي والتعاقدى وهذا ما أكدته أحكام التحكيم[٣٢٢١].

ويرى الفقه أن فكرة الأمن التعاقدى من خلال نظرية التوازن المالي للعقد الإداري لا تجد سندها في التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد الإدارى إعمالاً لقواعد العدالة فقط كما هو الحال في القانون المدنى، وما يتبعها من فكرة الإثراء بلا سبب، ولكن تجد سندها أيضاً في الخصائص الذاتية للعقود الإدارية؛ إذ يتحتم على الإدارة المعاونة الدائمة المتعاقد معها من تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار، والقول بخلاف ذلك سيؤدي لنتيجتين غير مقبولتين أولهما إحجام الأفراد عن التعاقد مع الإدارة، وثانيهما تهديد خدمات المرفق العام بالتوقف [٣٢٢٢].

ماسبق مؤداه أن الأمن التعاقدى يعد أهم مرتكزات الأمن القانوني، فالعقد له حجية تجاه المتعاقدين، وتجاه القاضى إذ يقال بأنه خادم العقد، وتجاه المشرع ذاته بحيث لا تؤثر التعديلات التشريعية على العقود النافذة والجارية.

ويرى البعض أنه يمكن اعتبار أطراف العقد بمثابة مشرعين، نوعا ما لقانون خاص بهم، وأنهم مقابل القانون الأكبر macro droitالذى تنتجه السلطة التشريعية في مواجهة العموم ، فهناك قانون أصغر micro droitناجم عن العقد وأثره بين أطرافه[٣٢٢٣].

علاوة على ماسبق نجد أن الأمن التعاقدى يتعلق بضمان تحقيق القوة الملزمة للعقد لكن من ناحية أخرى لا يجب إغفال أهمية التوازن التعاقدى في عقود الإنشاءات الدولية خاصة لاعتمادها على العلاقات

([٣٢٢١])انظر قضية رقم ٧٧ لسنة ١٩٩٦ حكم نهائى بتاريخ ١٩٩٦/٧/١٤ مشار إليها في كتاب « أحكام التحكيم » « الجزء الثالث » الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى إعداد د.يحيي الدين علم الدين ص ٢٩١
« الضمير الخلقى كان أسبق من القانون في استثماره ضرورة الاعتراف بوجود صلة بين تغيير الحالة الواقعية الموجودة وقت انعقاد العقد وبقاء العلاقات الرضائية فإن استمرار العقد منوط باستمرار الحالة الواقعية كما كانت عليه وقت نشوء العقد، فإن تغيرت الحالة لا يكون ثمة ما يوجب استمرار بقاء العقد».

([٣٢٢٢])د.محمد سعيد حسين أمين ، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية – بدون دار نشر ٢٠٠٤ ص ٤٨

([٣٢٢٣]) يرى البعض أن قاعدة الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها لا تعترف لها بذلك،أنظر غميجة، المرجع السابق ص ٣

التجارية طويلة الأمد[٣٢٢٤].

فى اعتقادنا أن التوازن التعاقدى في العقود الإدارية طويلة الأجل عامة، وعقود الإنشاءات الدولية خاصة يهدف إلى حماية مبدأ القوة الملزمة للعقد، فالتوازن التقاعدى هنا ليس مضاداً لمبدأ الأمن التعاقدى بل واجهة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ولذا نرى أن مرتكزات الأمن التعاقدى تجد لها مصدراً في مفاهيم الأمن القانوني وخاصة فيما يتعلق بعناصر حماية مبدأ الثقة المشروعة، أو ما يطلق عليه التوقعات المشروعة، علاوة على أمن المراكز القانونية، واستقرر المعاملات.

ويرى الفقه أن تحقيق الأمن التعاقدى من خلال نظريات كنظريات التوازن المالي لا يتأتى الا من من خلال نصوص تشريعية واضحة وبكثير من الانضباط ، ففى نظرية عمل الأمير يفترض أن تكون السلطة العامة بكافة أشكالها وصورها هي مصدر مخاطر الإخلال التعاقدى غير أن القضاء حصرها في عمل السلطة المتعاقدة فقط مما أثرعلى مضمون النظرية وقدرتها على تعويض المتعاقد مع الإدارة وسبّب تضارباً في الأحكام حول ضوابط عمل النظرية[٣٢٢٥].

وقد أخذت أحكام التحكيم بإعمال الأمن التعاقدى للمتعاقد مع الإدارة حتى وإن نص العقد على إمكانية تعديل أسعار التعاقد باعتبار التوازن المالي للعقد نظرية مسلم بها في مجال العقود الادارية [٣٢٢٦].

([٣٢٢٤]) يتعلق ذلك المفهوم بمفهوم العدالة التعاقدية Justic contractuelleأو الإنصاف التعاقدى Equite contractuell.

وعلى ذلك يبدو أن إعمال قواعد الإنصاف التعاقدى، والعدالة التعاقدية، أصبح في تماس واضح مع مرتكزات الأمن التعاقدى، وأصبح مطلوباً حتى يكون حكم القاضى منصفاً،وأن يكون حكماً يقيم بدقة العلاقات التعاقدية في الوسط بكل اعتدال، بما يمكن الأطراف من ممارسة حقوقهم المشروعة، حتى لا يكون تمييزاً باسم الإنصاف »

([٣٢٢٥]) م.د. محمد ماهر أبو العينين: تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (حقوق والتزامات الطرفين في العقد الإدارى) الكتاب الثالث وحقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية طبعة ٢٠١١ ص ٢٢٢

برر الفقه ذلك لعدم نقل النظريات على نطاق التشريع المنظم للمناقصات والمزايدات على نحو منضبط ورغم وجود حلول جزئية تتمثل في نصوص وقوانين المزايدات والمناقصات – كأحقية المتعاقد في التعويض عند اختلاف أسعار الضرائب مثلاً – إلا أن تلك النصوص ليست كافية.

فقد قال رسول الله صلي الله عليه وسلم فيما ثبت عنه:(لا ضرر ولا ضرار)

([٣٢٢٦]) قضية رقم ٥١ / ٩٤ حكم نهائي في ٢٥/ ٣ / ١٩٢٦ م مشار إليه "أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٤ – ٢٠٠٠) الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ص ٤٨ حيث قد نص العقد في

من ناحية أخرى يرتبط الأمن التعاقدى بالأمن القانوني

حيث يعد الأمن القانوني متطلباً أساسياً لدولة القانون، وشرطا أساسيا لخلق مناخ استثمارى يمكن أن يؤدى للتطور الاقتصادى، غير أن هذه الميزات يجب ألّا تحجب مسألة استعمال مبرر الأمن القانوني لتبرير أمراً وعكسه، مثال ذلك حماية العقد باسم الأمن القانوني، لكن كذلك وباسم الأمن القانوني يمكن تعديل عقد الإنشاءات الدولية لضرورات النظام العام الاقتصادى، لذا فإن علاقة الأمن القانوني بالأمن التعاقدى تستوجب قيامها على ضمان استقرار العلاقات التعاقدية، وعدم رجعية القانون تلافياً لإلحاق الضرر بمراكز تعاقدية سابقة، وبهذا يتحقق للقاعدة القانونية طابعها الأمني بمعنى تحقيق الأمن في العلاقات والتصرفات التعاقدية [٣٢٢٧].

ويرى الفقه ـ منذ زمن – أن الأمن القانوني يرتبط بالأمن التعاقدى « فلا معنى لسيادة القانون ما لم يتحقق الشعور بهذا الاستقرار لدى المخاطبين بالقانون باعتبار أن تنظيم العلاقات القانونية من وظائف القانون، فاهتزاز الاستقرار في العلاقات القانونية يؤدى بالتبعية إلى اهتزاز صورة القانون في أعين المخاطبين به » [٣٢٢٨]

تعرضنا في المبحث التمهيدى إلى ماهية الأمن التعاقدى وأهميته إلا أن ارتباط الأمن التعاقدى بتقاسم المخاطر يعد ارتباط الكل بالجزء إذ يعد تقاسم المخاطر التعاقدية جوهر ذلك الأمن التعاقدى وما نتج عن ذلك التقاسم في توزيع مسئوليات الجهة الادارية والمتعاقد معها.

المادة ٧٠ منه على "أن أسعار التعاقد يتم تعديلها في حالة صدور قرارات سيادية تعدل من الأجور وأسعار المواد والكهرباء والجمارك والتأمينات وذلك عند صدورها اعتباراً من شهر من تاريخ فتح المظاريف »

حيث ذهب الحكم إلى أن النص في العقد على امكانية تعديل الأسعار لا يعدو إلا أن يكون تطبيقاً مباشراً لنظرية التوازن المالي.

([٣٢٢٧]) غمجية، المرجع السابق ص ٨

([٣٢٢٨])د.أحمد فتحى سرور: القانون الجنائي الدستورى،الطبعة الثانية ٢٠٠٢ دار الشروق ص ٨٣ في إشارة إلى أعمال الدائرة المستديرة الدولية الخامسة عشر التي عقدت في إكس أن بروفانس، في ١٠ و ١١ سبتمبر ١٩٩٩ في موضوع الدستور والأمن القانوني.

الفصل الاول

الإطار العام لتقاسم المخاطر

بداية نتعرض في الفصل الأول من هذا البحث الى الاطار العام لتقاسم المخاطر وذلك ببيانها كآلية سابقة على حدوث المخاطر أو لاحقة عليها يتم بموجبها تحمل أحد الطرفين مسئولية المخاطر أو كأحداث أثناء تنفيذ عقد الإنشاءات الدولية تكون غير متوقعة الحدوث أو المدى أو متوقعة الحدوث لكنها غير متوقعة المدى يترتب عليها عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو تنفيذها بشكل مرهق على أحد طرفي العقد ،ونتعرض كذلك لأهمية تقاسم المخاطر لكون عقود الإنشاءات الدولية تقوم على عنصري الزمن والثقة، ولكون التوازن التعاقدى لا يعد توازناً حسابياً بل نسبياً يتوقف نجاح تلك العقود

لذلك سوف تكون معالجة الفصل الأول كالتالي:

المبحث الأول: ماهية وأهمية تقاسم المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية وأنواعها

المبحث الثاني: تنظيم تقاسم المخاطر في التشريعات والعقود النموذجية

المبحث الأول

ماهية وأهمية تقاسم المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية وأنواعها

تعد فقرات توزيع المخاطر من أهم الفقرات التي تناولتها عقود الانشاءات الدولية لذا لا بد أن نلقي الضوء على فقرات توزيع المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية خاصة النسخ الحديثة في عقود الفيديك FIDIC والصادرة حديثا-والتي لم يتم تداولها في الأبحاث القانونية في ذلك المجال كمثال،الكتاب الفضي،والكتاب الأحمر ،والكتاب الأصفر

- Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects second Edition ٢٠١٧

- Conditions of Contract for Construction- second Edition ٢٠١٧

- Conditions of Contract for Plant&design Build- second Edition ٢٠١٧

،ويكون ذلك من خلال بيان ماهية تقاسم المخاطر ،ومدى أهمية فكرة تقاسم المخاطر وفقراتها في إحداث التوازن التعاقدي المرجو،ثم التطرق إلى أنواع المخاطر وتقديرهاRisk assessment ،وبيان مبادئ توزيعها لذلك ستكون معالجة ذلك المبحث كالتالي:

المطلب الأول :ماهية تقاسم المخاطر

المطلب الثاني :مدى أهمية فكرة تقاسم المخاطر وفقراتها

المطلب الثالث: نظرة على أنواع المخاطر وتقدير المخاطرRisk assessment

وستكون معالجة مبادئ توزيع المخاطر من خلال المطلب الثالث

المطلب الاول

« ماهية تقاسم المخاطر »

تتعدد المصطلحات المتعلقة بالمخاطر ما بين مخاطر المشروع project risksوتوزيع المخاطر risk allocationوتخفيض أو تقليل المخاطر risk mitigationوذلك في عقود الامتياز [٣٢٢٩].

([٣٢٢٩])د/ حسن محمود محمد الهنداوى – النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص – دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٦ ص ٧٨

وما يهمنا هنا هو التفرقة بين المصطلحين الثاني والثالث حيث إن مصطلح توزيع المخاطر يعني تحديد الطرف الذى سيتحمل عبء المخاطر ذاتها،، بخلاف المصطلح الثالث الذى يشير إلى التدابير التي يتم اتخاذها من الإدارة والمتعاقد معها لتقليل مقدار أو نوع نتائج تلك المخاطر[٣٢٣٠].

من ناحية أخرى يعرف الفقه المقارن مصطلح " تقاسم المخاطر Risk Sharing " بأنه طريقة لتقاسم المخاطر العاجلة في مجال عقود الإنشاءات فيما بين الجهات الإدارية والمهندسين والمقاولين [٣٢٣١]

وفي تعريف آخر قام الفقه المقارن بتعريف المخاطر على أنها إمكانية وقوع حدث أوعدم وقوعه خلال فترة زمنية معينة مع عدم توقع نتائجه بدقة من أطراف العقد [٣٢٣٢]

وفي اعتقادنا أنه يمكن تعريف المخاطر بأنها حوادث أثناء تنفيذ عقد الإنشاءات الدولية تكون غير متوقعة الحدوث أو المدى أو متوقعة الحدوث لكنها غير متوقعة المدى يترتب عليها عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو تنفيذها بشكل مرهق على أحد طرفي العقد.

أما فيما يتعلق بتعريف تقاسم المخاطر يمكن في اعتقادنا تعريفه بأنه آلية سابقة على حدوث

وتعني مخاطر المشروع الظروف التي تؤثر على تنفيذ المشروع وعلى الأرباح والفوائد المرتقبة منه من وجهة نظر رعاة المشروع أو المساهمين في تنفيذه.

(٣٢٣٠) انظر في هذا المعنى المرجع السابق ص ٧٨ ، ومثال توزيع المخاطر عند اتفاق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على تسليم المرفق في نهاية مدة الامتياز وهو في حالة تشغيلية جيدة ، وبالتالى بعد المتعاقد متحملاً لخطر عدم تحقق سلامة المعدات بما يتيح المستويات التشغيلية المطلوبة، وبالتالى إن لم يتحقق ذلك الالتزام يقع على ذلك المتعاقد عبء تعويض جهة الإدارة بل قد يتكلف عبءإصلاح المعدات المعيبة أو استبدالها بالإضافة إلى احتمالية وجود خسارة في العائد الناتج عن المشروع في فترة الإصلاح، أما تخفيف المخاطر فعلى المتعاقد أن يتأكد مع الإدارة من كفاءة موردي المعدات والتكنولوجيا المقترحة، لذا عليه أن يطلب من الموردين ضمانات مستقلة لتأمين أو ضمان أداء تلك المعدات التي يتم توريدها، أو حتى أداء تعويضات مقطوعة أو قد تقع عليه جزاءات مالية.

(٣٢٣١)Richard A Eastman: Allocation of Risk in construction contracts – International Business lawyer- July / August ١٩٨٤ p. ٢٩٣

(٣٢٣٢)John k. sykes , construction claims ,sweet and Maxwell ١٩٩٩ , p. ٣٣

مشار إليه لدى د.مصطفي عبد المحسن الحبشى:التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية " دراسة مقارنة " رسالة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٢ ص ٦٩٩ تتكون أي مخاطرة من عنصرين:الأول احتمال حدوثها سواء كانت عالية أم منخفضة. والثانى أهمية نتائجها التى قد تكون كبيرة أو بسيطة ايجابية أو سلبية.

المخاطر أو لاحقة عليها يتم بموجبها تحمل أحد الطرفين مسئولية المخاطر.

أضف إلى ماسبق تكون فقرات تقسيم المخاطر فعالة عند مواجهة صعوبة في حدث غير متوقع في التنفيذ إلا أن المشكلة الأكبر تكون في مخاطر السمعة Reputation، ومخاطر فقد الفرص التجارية، وغالباً ما يحدد توزيع المخاطر العقد الإجمالي الذي يحكم نصوص دفع التكلفة، والفقرات التعاقدية التي تحكم الأحداث محل التنفيذ [٣٢٣٣].

تقوم فلسفة تقاسم المخاطر في عقود الفيديك FIDIC على التقاسم المتوازن من خلال نقل المخاطر على الطرف الأقدر على التحكم فيها control the risk والسيطرة عليها manage the risk وتحمل نتائجها وبموجب الكتاب الفضي للفيديك الصادر عام ١٩٩٩ يمكن أن تقوم جهة الإدارة برفع السعر مقابل نقل مزيد من المخاطر، ويقوم ذلك على الممارسة التجارية، وبوجود آلية تعاقدية تقوم بموجبها الإدارة بدفع المخاطر التي تحدث بوقف معاصر فقط [٣٢٣٤]

([٣٢٣٣])Ralph c. Nash , JR :Risk. allocation in Government contracts: George Wash. law Review ١٩٦٥-١٩٦٦ , p ٦٩٣

([٣٢٣٤]) ورشة عمل عن الممارسات العملية في الفيديك على هامش مؤتمر تحديات صناعة الإنشاءات المصرية ودور الفيديك فيها - مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجاري الدولى: القاهرة ١٦ إبريل ٢٠١٦ م

أساليب التعامل مع مخاطر عقود الإنشاءات تتمثل فيما يلى:-

١- تجنب المخاطر عبر اختيار البدائل.

٢- تخفيض المخاطر حتى تصل إلى الحدود المقبولة.

٣- نقل المخاطر إلى أطراف أخرى (غير طرفى التعاقد) مثل شركات التأمين.

ويعدد الفقه المقارن خطوات تقسيم المخاطر كالتالي:

Defining a risk allocation strategy is a sequential decision making process regarding the handling of risk:

- Identification
- Assessment
- Analysis of potential impact , and
- Risk allocation strategy

For more: John d wright , underwriting the design and build risk construction law Journal ٢٠١٠

وفي اعتقادنا أن يجب التفرقة بين نظامين هامين في مشدسالة تقاسم المخاطر وذلك كالتالي:

أولاً: نظام قبول الخطر acceptance of Risk

لا يعد فى مصلحة العقد ومن ثم مصلحة الإدارة أن تنقل المخاطر للمتعاقد معها لميزة على المدى القصير – مع عدم وجود تعويض مالى وامتداد وقتى – فلا بد أن يوجد على المدى الطويل من يقبل ذلك الخطر ويدفع له، فهناك العديد من المخاطر يفضل أو يجب أن يتحملها العميل إذا لم يكن هناك من أطراف المشروع من يستطيع التحكم بها Control أو تخفيفها Mitigate، لذا فأى تحويل صريح للخطر من العميل إلى المقاول يحمل فى طياته التزام العميل بدفع مبلغ إضافى باهظ لذا فإن ذلك يدفع العميل لتبديد النفقات خاصة إذا ارتبط بعقود تمويل([٣٢٣٥])

ويطلق على نظام قبول الخطر أيضا مصطلح الطرف الأقدر على تحمل الخطر (Superior Risk Bearer

ثانياً: نظام تحويل الخطر Transfer of Risk أو تقسيمه Allocation of risk

إذا كان من غير الممكن تجنب المخاطر إلا أنه يمكن تحويلها أو نقلها وطبقا لذلك فإن مفهوم ذلك النظام يتلخص فى تقاسم الخطر بين المقاول ورب العمل([٣٢٣٦]).

أو ما يطلق عليه نظام تقسيم الخطر Allocation of risk لذا تقوم المؤسسات

Mcholos Gould: Challenges of the Egyptian construction industry and the Role of FIDIC , ١٦ April ٢٠١٦ – Egypt conference in cairo Regional centre for international commercial arbitration

([٣٢٣٥])John Murdoch & Will Hughes:
- construction contract law and management (third Edition ٢٠٠٠).
- Construction contracts. [Law and Management] ٤th Edition the Cromwell press ٢٠٠٨.

p. ٨٤.

([٣٢٣٦]) Murdoch & Hughes, op. cit., p. ٨٤.

تتضمن الفقرة ٢.٣.١ من Jct أن نقل الخطر إلى المقاول لا بد أن يضاف إليها علاوة (a premium) لذا من غير الحكمة تحميل أطراف أخرى بالمخاطر يكون من الصعب التحكم فيها.

ومن أمثلة نقل الخطر الفقرة الفرعية (e) (٢) ٣٦ من صيغة GC/works/١ حيث تستبعد منح المقاول امتداداً وقتياً للطقس السيء، لذا فإن تبعات الطقس السيء بالكامل تعد من المخاطر التى يتحملها المقاول على الرغم من أن الملاحظات الإسترشادية فى ذلك العقد تشير إلى أن المدة الأساسية للعقد من المفترض أن تحسب بالإضافة إلى الظروف الجوية.

الإنشائية الكبرى بتجهيز المطالبات بسرعة حتى فى حالة عدم تأكد الأسس التعاقدية التى تقوم عليها، فإبرام التوازن العقدى يستوجب إيجاد النظام تقسيم مخاطر يكون مقبولاً من كل أطراف العقد بما فيهم ممولى العقد .

ويذهب البعض إلى أن أطراف عقود التمويل الخاص عليهم دراسة ظروف ما قبل التعاقد للتمكن من توزيع وتقليل المخاطر لذا على الحكومة المضيفة عدم تقييد حرية الأطراف تشريعياً عند وضعهم ترتيبات تعاقدية قد يراها الأطراف مثل توزيع وتقليل مخاطر تنفيذ المشروع وإن كان لتلك الحكومة وضع قواعد استرشادية لأطراف التعاقد بهدف توزيع أو تقليل مخاطر المشروع الإنشائى مثلا([٣٢٣٧]).

وبالنسبة لمخاطر التشييد والتشغيل Construction and operation risks فإن منها ما يتعلق بمرحلة التشييد كخطر عدم إتمام التشييد بحسب البرنامج الزمنى المتعاقد عليه ويسمى ذلك خطر الإتمام Completion risk، وخطر تجاوز التكاليف المقدرة للتشييد Construction Cost overrun risk، وخطر الأداء Performance risk الذى يتمثل فى عدم أداء المرفق المشيد للمهام المقصودة([٣٢٣٨]).

المطلب الثاني

مدى أهمية فكرة تقاسم المخاطر وفقراتها

لا تكمن إشكالية فكرة تقاسم المخاطر في مجرد قيام طرفي عقد الإنشاءات الدولى بتجنب المخاطر ولكن في كيفية تقاسم أو نقل تلك المخاطر[٣٢٣٩]بما يعود على طرفي العقد على المدى الطويل

([٣٢٣٧]) فى ذلك المعنى : د/ حسن الهنداوى، المرجع السابق، ص٨٨.
ويطلق على تلك الترتيبات التعاقدية «Contractual arrangements for risk allocation and Mitigation» ويرى أن مثل القواعد الاسترشادية تساعد أطراف المشروع على صياغة بنود العقد التى تنظم توزيع المخاطر صياغة محكمة متوازنة كإسناد المخاطر إلى الطرف الأقدر على التقييم والسيطرة عليها وإدارتها أو إسنادها إلى الطرف الذى يمكن تحملها بأقل تكلفة.

([٣٢٣٨]) فى ذلك المعنى :- المرجع السابق ص٨٢ وأمثلة ذلك حسب هذا الرأى ما يتحمله المقاول فى عقود تسليم المفتاح من مخاطر عدم الإكمال فى الوقت المتفق عليه أو مخاطر تجاوز التكاليف بالإضافة إلى مسئولية كاملة عن التصميم والتشييد مقابل ثمن محدد a Fixed Price خلال زمن محدد وبحسب مواصفات أداء خاصة متفق عليها وإلا عليه دفع تعويضات متفق عليها liquidated damages أو غرامات Penalties.

([٣٢٣٩])Murdoch and hughes , op. cit , p ٩٠

There is a common misconception that everyone wishes to a void risk uncertainty is indeed a problem but it must be remembered that the aim engaging in construction it to take calculated risks "

بالفائدة [٣٢٤٠].

في ذلك يرى الفقه المقارن أن تقاسم المخاطر يعتمد على مبدأ حسن النية بمعنى ألا تكون هناك استفادة مالية من الطرف الناقل للخطر[٣٢٤١] .

لذلك يرى البعض أن العلاقات المتوازنة تعد مظهراً من مظاهر العقود النموذجية حيث تقوم تلك العلاقات على تطوير العلاقة بين أطراف تلك العقود من علاقة الندية إلى علاقة التكامل ؛ حيث كانت الصيغ التقليدية لعقود الإنشاءات تحاسب رب العمل أو جهة الإدارة وتلقى بكامل المخاطر على عاتق المقاول، وكان من عوامل نجاح رب العمل في ذلك هو وجود نصوص تعاقدية غامضة إلى جانب غياب طرف مهنى محايد يدير العقد بين طرفيه [٣٢٤٢].

علاوة على ماسبق أسس البعض أهمية تقاسم المخاطر على كون عقود الإنشاءات الدولية تقوم على عنصري الزمن والثقة، ولكون التوازن التعاقدى لا يعد توازناً حسابياً بل نسبياً يتوقف نجاح تلك

([٣٢٤٠])Eastman,op. cit , p ٢٩٣

([٣٢٤١])Triantis George " contractual allocation of unknown risks: a critique of the doctrine of commercial impracticability - university of Toronto law Journal p. ٥٠.

وذلك في اعتقادنا كي لايكون أحد الأطراف المتعاقدة في مركز أفض ل من غيره في تحمل المخاطر

For more:

Burno De Cazalet:

- The model turnkey contract published by the international chamber

of commerce and their positioning compared to FIDIC contracts: contract for the turnkey supply of an plant (٢٠٠٣) and turnkey contracts for major projects (٢٠٠٨) – (international Business law journal) ٢٠١١,

([٣٢٤٢]) مهندس / محمد ماجد خلوصى: لماذا الحاجة إلى عقد هندسى متوازن: المؤتمر العربي للتحكيم الهندسى (التحكيم والهندسة القيمية والاتجاهات الحديثة في عقود الفيديك) خلال الفترة من ٤ إلى ٥ مارس ٢٠٠٩ ص ٣٠ وما بعدها.

إلى جانب ما سبق كانت الصيغ التقليدية لا تعرف دور المهندس الاستشارى بدوره الحالى بل كان المالك سواء أكان فرداً أو جمعية هو صاحب العمل وهو المهندس (خصم وحكم) أخل بالتوازن التعاقدى لعقود الإنشاءات وبالتالي كان على المقاول المتمرس دفع تلك المخاطر برفعه تكلفة المشروع بما يُعد في النهاية إهدارا المال العام إذا كان المالك هو جهة الإدارة.

العقود على تحقق أمرين:

أولهما: قدرة المتعاقدين على توّقع ومواجهة الأزمات واعتمادهم على شروط الضمان.

ثانيهما: تولد نظرية للمخاطر تنشأ من خلال الممارسة الدولية لتحافظ على التوازن المالي في عقد الإنشاءات [٣٢٤٣].

لذا لم يعد مقبولاً إلزام جهات الإدارة المتعاقدين معها بمخاطر غير قانونية أو غير متوازنة لتعارض ذلك مع الثقة المفترضة في العقود طويلة الأجل [٣٢٤٤].

مؤدى ما سبق تُعد عقود الإنشاءات الدولية عقود محفوفة بالمخاطر، ويمكن تلافي تلك المخاطر بالتخطيط الجيد لها وإدارتها ، وقد تؤدى الظروف التي تخرج عن سيطرة الإدارة والتعاقد معها إلى العديد من المخاطر، ومن أمثلة ذلك الأحوال الجوية، والتخريب، والاضطرابات السياسية، وآثار الارهاب [٣٢٤٥].

([٣٢٤٣])د. مصطفي رشدى شيحة – تحديد الثمن وتغيره في عقد المقاولة الدولى " نظرة في القانون الاقتصادى الدولى للأعمال " بحث منشور في مقالات الأعمال المدنية، دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية والقانونية، طبعة مكتب الشلقانى للمحاماة، القاهرة سنة ١٩٩٥ م ص ١٠٦: ١٠٩

([٣٢٤٤])د. مصطفي الحبشى المرجع السابق ص ٧٢

تنقسم المخاطر لعدة أنواع أهمها المخاطر الناشئة عن تغييرات في المواصفات في الشروط الفنية (شروط التعديل الفنى) " مخاطر التصميم "

For more: Philip Bruner, allocation of risk in international construction contracts –International construction law Review volume ٣, April ١٩٨٦, p, ٢٦١

إلى جانب المخاطر القانونية التي تنشأ من عدم دقة صياغة العقود وعدم الاتفاق على قاسم المخاطر بدقة.

For more:

O'eilly , Michael " Risk in construction contracts and construction Disputes (١٩٩١) ٦ consl. (٥٦) p. ٥٠٥.

ومثال المخاطر القانونية ما نص عليه عقد الفيديك في البند النوعى ٢/٥

أما المخاطر الاقتصادية فتتمثل في تقليل مخاطر عدم الوفاء بواسطة – العمل وأهم تلك المخاطر تدهور أسعار العملة – والتضخم (تغير أسعار الصرف)

أما المخاطر السياسية بأمثلتها الحروب والثورة والشغب فقد تعرض لها الفيديك في البند ٤/٢ والبند الفرعى ٦٥ / ٢

([٣٢٤٥]) John salway , Georgia smith: Insuring against risks in construction- construction law Journal ٢٠٠٨ , p , ٣

وفي اعتقادنا أن تقاسم المخاطر أفضل الحلول في تلك النوعية من العقود طويلة الأجل ولذلك يرى الفقه المقارن أن تحويل المخاطر Transfer of Risk يُعد مسالة تجارية أكثر منها تعاقدية، وتثور المنازعات دوماً بشأن المخاطر لعدم التحديد الكامل لفقرة الظروف المتغيرة changed conditionوبذلك تؤدى لعدم التوقعية، ومن ثم تثور المنازعات [٣٢٤٦].

إلى جانب ما سبق تشكل فقرة الظروف المتغيرة في العقود النموذجية للإنشاءات إطاراً تعاقدياً لمفهوم التوقعية .Foreseeability ومن الأخطاء الادارية الشائعة تحميل المزايدين الكثير من المخاطر التي لا يمكن توزيعها على أي طرف حيث إن المزايدين لا يقبلون المخاطر الا إذا كانت في حدود وكانت من الوضوح بمكان [٣٢٤٧]،ويطلق على تلك الفقرات في الولايات المتحدة الأمريكية " فقرة الظروف المتغيرة " وفي المملكة الممتحدة " فقرة الظروف غير المفضلة" [٣٢٤٨].

مبادئ توزيع المخاطر

هناك العديد من مبادىء توزيع المخاطر في عقود الانشاءات الدولية والتي حددها الفقه المقارن [٣٢٤٩]في التالي:

([٣٢٤٦]) Ducan Wallace , construction contracts: principles and policies in tort and contract , London. sweet Maxwell ١٩٨٦ , p. ٣٨٢

([٣٢٤٧]) تعنى التوقعية أن يكون مقدمو العطاءات في منافسة تعاقدية قوية، بحيث يكون المقاول الأكثر خبرة والأكثر توقعاً للمخاطر في مركز أفضل تعاقدياً من نظيره غير الخبير.

للمزيد انظر هاني عرفات صبحي حمدان:النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص " pppدراسة مقارنة"ـرسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق ــجامعة القاهرة ٢٠١٦ـ ص ٢٣٠

([٣٢٤٨]) Ibid , p. ٤٧٥

في الولايات المتحدة الأمريكية يمكن للمحاكم بسهولة تقدير (التغير في الظروف) في التوقعية في العقد، ففى العقد الأمريكى AIA لابد أن يكون هناك تغير في الصيغة المادية للظروف المتعاقد عليها والمنصوص عليها بالعقد عن الظروف المتغيرة ويمكن الاصطلاح على ذلك بـ : – changed concealed – unusual unforeseeable

([٣٢٤٩]) Ibid , p. ١٨

وقد أسس عقد الفيديك – الكتاب الأحمر سنة ١٩٨٧ عدة اعتبارات عند توزيع المخاطر وهي كالتالي:

١- معنى وأهمية المخاطرة.

٢- ليس كل الحوادث يمكن توقعها وتحديدها.

١ – نقل المخاطر للطرف الأكثر قدرة على السيطرة عليها.

٢- عدم نقل المخاطر لمن لا يقدر على تحمل نتائجها .

٣- يجب أن يشجع توزيع المخاطر على إدراتها على نحو أفضل بواسطة الطرف القادر على ذلك.

٤ – الطرف الذى لا يتحمل المسئولية الأولى عن المخاطر يجب عليه مع ذلك أن يُدير نتائجها إذا ما تحققت.

ولكن يثور تساؤل: هل يؤثر اختيار نوع العقد الذى تختاره جهة الإدارة على تقاسم المخاطر ؟ غالباً يميل القطاع العام إلى تفضيل نوع العقد مؤكد الثمن، ونقل المخاطر إلى الغير، ومن ناحية أخرى فإن القطاع الخاص يتحمل الكثير من المخاطر لملاءمة الحصول على الأقل من سعر العطاءات وفرصة الربح إذا كان تحملهم الكبير للمخاطر لا يتحقق [٣٢٥٠].

لكن الاشكالية الأساسية في توزيع المخاطر هي تعدد أطراف عقود الانشاءات الدولية كمثال مراقب الكميات، ومهندس التركيب، ومدير المشروع، والمقاولين الأصلين والفرعين والموردين بمالهم من مصالح متعارضة [٣٢٥١].

ويرى الفقه المقارن أن نجاح تقاسم المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية يعتمد على مدى التدخل الحكومى في المشروع، علاوة على الأخذ في الاعتبار المخاطر المالية والسياسية التي قد لا تكون قابلة

٣- إذا كانت تلك المخاطر تتضمن نتائج غير مرغوب فيها في بعض الظروف بالنسبة لطرف ما ، فإن بعض هذه النتائج يمكن أن يكون مرغوباً فيه بالنسبة للطرف الأخر.

([٣٢٥٠])د. مصطفى الحبشى المرجع السابق ص ١٣٠ وما بعدها ويرى ذلك الرأى أن اتجاه المخاطر في عقود الإنشاءات ذو شجون فمثلاً عقد JCTالإنجليزى للإنشاء يغلب عليه جانب الإنشاء بالمقابلة لعقد الهندسة المدنية، وقد تم التفاوض عليه بين العناصر المختلفة وصناعة البناء بقصد خلق توازن عادل للمخاطر، أما عقد Gc/Workيستخدم في الإنشاءات الحكومية المركزية البريطانية، أما عقد ICEللتصميم والبناء فيجوز فيه للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بمبلغ إضافى في حالة وحيدة وهى مخاطر الترسية غير المتوقعة.

([٣٢٥١])Kieth pickarance , Delay and Disruption in construction contracts – London ١٩٩٧, p.١٨ Hong مشار إليه لدى د.مصطفي الحبشى المرجع السابق ص١٢٥

للسيطرة على الإطلاق[٣٢٥٢].

من ناحية أخرى يرى البعض الأخر أن معيار نقل المخاطر هو التكلفة المالية [٣٢٥٣].

نظريا يتحمل المخاطر الطرف الأقدر على السيطرة عليها، غير أن ذلك يبدو مغايراً لما عليه الوضع في عقود النفط والغاز حيث يتم توزيع المخاطر بشكل عشوائى على من تقصده جهة الإدارة وهو المقاول غالباً.

لذا تجدر الاشارة إلى أن العقد يُعد آلية متوازنة بين ثلاثة أركان أساسية، وهم : التكلفة ، والوقت ، والجودة [٣٢٥٤].

ويرى الفقه المقارن أنه يمكن الاعتماد على مبادئ توزيع الالتزامات والمخاطر ، وهي كالتالى:

١- إن الخطر يكون تحت سيطرة تحكم طرف ما في العقد.

٢- يمكن لذلك الطرف نقل الخطر من خلال التأمين.

(٣٢٥٢) Thomas telford , practical Risk Management agreement in construction Industry , ١٩٩٥ , p. ٢٤

مشار إليه المرجع السابق ص ١٢٦

(٣٢٥٣) Triantis George G. "Contractual allocation of unknown Risks: A critique oF the doctrine of commercial Impracticability " ٤٢ university of Toronto law Journal p. ٦٠.

" the one of the concept of supenor insurer lies in the fact that risk is a cost and that insurance is an atternative method to prevention of reducing the costs associated with the risks "

(٣٢٥٤) Vincent Hooker , major oil and gas projects – the real risks to EPC contractors and owners – construction law Journal ٢٠١٠ , p. ٤

" Project management theory Indentifies that there are ٣ corner stones to a project cost , time and quality

وتنص تلك النظرية على أنه إذا حاولتَ تعديل واحدا من تلك العناصر كمثال تقليل وقت المشروع فسوف ترتفع التكلفة وتقل الجودة، وإذا تمت زيادة الجودة فسوف ترتفع التكلفة والوقت المرجح للتنفيذ .

٣- يستفيد الطرف المعنى اقتصادياً بالسيطرة على المخاطر.

ومن ناحية أخرى من المهم تهيئة العقد لقبول نقل المخاطر Transfer the risk على مستوى السيطرة على تلك المخاطر ومدى شيوع ذلك الخطر والاعتياد عليه، ومدى القدرة على تعويض المخاطر عن طريق نقلها إلى المقاولين الفرعيين أو شركات التأمين [٣٢٥٥].

والجدير بالذكر أن الجهة الإدارية قد تُلزم المتعاقد معها بتحمل المسئولية في العديد من مراحل التنفيذ بدءا من التصميم مروراً بالحسابات والمعدات وحتى تطوير التصاميم، ومن ثم يتحمل المقاول المتعاقد مسئولية التكلفة والوقت [٣٢٥٦].

ويقترب ذلك من المادة العاشرة(البند الرابع)من الكتاب الفضى الصادر عام ١٩٩٩ والذي يلقي مسئولية بيانات الموقع على عاتق المقاول أيّا كانت الظروف تحت سطح الأرض أو الظروف الهيدرولوجية[٣٢٥٧].

بالاضافة إلى ذلك نص الكتاب الفضى في المادة. ١.٥.١ على إعفاء صاحب العمل من أي خطأ أو عدم دقة أو إغفال أي من متطلبات صاحب العمل كما تم إدراجها في العقد [٣٢٥٨].

([٣٢٥٥]) Ibid , p. ٤:٦

يفسر ذلك عدم استخدام العقود النموذجية في عقود النفط والغاز، حيث أن تلك العقود غالبا ما تعمد إلى نقل المخاطر باستمرار، ومن تلك النماذج الكتاب الفضي(فيديك) ويدرك الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين (فيديك) استحالة امتثال المقاولين لتلك المخاطر حيث إنه يكون بمقدور المقاولين المتقدمين بعطاءاتهم التدقيق والتحقق من متطلبات الجهة الإدارية لعدم وجود وقت كاف للقيام بدراسات تقييم المخاطر

([٣٢٥٦]) Ibid , p. ٧

كمثال من مشروع مصفاة بترولية في الإمارات العربية المتحدة حيث اعتمد إجراء العقد على ما يلى "يقر المقاول بأنه قد تلقى وأحيط علماً بنفسه بالترخيص بشكل كامل (سواء تم تعيين ذلك أو تجديده للمقاول أم لا)، وتقع عليه بشكل كامل مسئولية ومخاطر الفحص والتحقق والموافقة على العملية وما يرتبط بها من تصاميم تفصيلية.

([٣٢٥٧])سيتم تناول ذلك بالتفصيل لاحقا وخاصة في(الكتاب الفضي) الصادر عام ٢٠١٧

-Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects second Edition ٢٠١٧

([٣٢٥٨]) Ibid , p. ٨

ضرب ذلك الفقه مثالاً لذلك بمشروع في دولة قطر حيث تطلب استبدال العزل السطحى بآخر أكثر سمكاً مئات الألاف من الدولارات ، والعديد من أسابيع التأخير بسبب أن رسومات العقد للأنابيب والكابلات

ويؤكد فريق آخر من الفقه المقارن على ذات المفهوم بقوله: أن تلك العقود بما تحويه من مخاطر تعد عملية مقامرة قانونية لما يتعرض له المقاولون والمهندسون وغيرهم من إفلاس ومخاطر عالية، وقد تشمل تلك المخاطر زيادة في تكلفة المواد، أو زيادة التكلفة عند التنفيذ، أو الحوادث غير المتوقعة، أو مخاطر الإهمال، ويرجح ذلك الاعتبار لكون اهتمامات جهة الإدارة في كل عقودها تقوم على الجودة، والعامل الزمنى، والسعر [٣٢٥٩].

وإذا كانت الجزاءات التعاقدية تسمح لجهة الإدارة بضبط التكلفة في سعر العقد إلا أن سندات الضمان the bond penalty تضمن إتمام الأعمال وفق للخطط والمواصفات لذا يجدر بالإدارة أن تقوم بعمل نظام ضمان مزدوج[٣٢٦٠].The two-bond system

---

لم تظهر ذلك، واكتفت الإدارة بالإشارة إلى الشرط التعاقدى بوجود التزام على المقاول بفحص وزيارة الموقع مسبقاً. وبمثال آخر بدولة الامارات العربية المتحدة تبين أن الجهة الإدارية (المالكة) تكتفى بدور سلبى أحياناً حيث كان المقاول قد حدد نوع رافعة ومع ذلك لم تنبه الإدارة المقاول وقت العطاء أن الطريق الموجود عليه الرافعة غير مصمم لدعم تلكالأعمال ومن ثم أعاد المقاول التصميم على نفقته.

(٣٢٥٩) Allocation of risk in the construction Industry: the non professional owner and his construction manager law and contemporary problems , vol. ٤٦. no. I winter p ١٤٥

في اعتقادنا ان الوسائل التقليدية في تحويل المخاطر risk shiftingلابد أن تكون بشكل وقتى بتطبيق قاعدة الغنم بالعزم

“premiums could be shared by all the parties as costs of doing business

(٣٢٦٠)Ibid , p. ١٦٦

المطلب الثالث

نظرة على أنواع المخاطر

وتقدير المخاطر

Risk assessment

هناك نوعان من المخاطر التي تكتنف تنفيذ عقود الأشغال الدولية: أولهما المخاطر المادية Physical hazard ، والثانية المخاطر الأخلاقية أو المعنوية moral hazrd ، والأخيرة ليس لها معنى مجرد في قطاع عقود الإنشاءات ، وعموما يبدأ الخطر الإنشائى construction في مرحلة التصميمات والاختبارات الأولية عند فحص الموقع، والأعمال الأرضية حتى المراحل اللاحقة المختلفة [٣٢٦١].

وبشأن التحديد الكلى للمخاطر يصعب تحديده كافة المخاطر وذلك مهما كانت درجة دقة دراسات الجدوى وغيرها من الدراسات الأولية غير أن البعض يقسم المخاطر التقليدية إلى الآتى :[٣٢٦٢]

١- توقف المشروع لأسباب خارج عن قدرة أطراف المشروع في السيطرة عليه حيث قد يتوقف تنفيذ مشروع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص بسبب أحداث غير متوقعة unforeseen وغير عادية extraordinary، مثل الأحداث الطبيعية كالزلازل أو أحداث بفعل الإنسان كالحروب والأعمال الإرهابية.

٢- توقف المشروع بسبب أعمال مضادة من الحكومة أو المخاطر السياسية حيث قد يتوقف تنفيذ عقد الإنشاءات الدولية بسبب تصرفات من الجهة الإدارية المتعاقدة أو غيرها من الجهات الإدارية أو السلطة التشريعية في الدولة محل تنفيذ العقد [٣٢٦٣].

([٣٢٦١])wright ,op. cit , p. ١٩١

([٣٢٦٢])د. حسن الهنداوى، المرجع السابق ص ٧٩

([٣٢٦٣]) المرجع السابق ص ٨١ ويمكن تقسيم تلك المخاطر إلى ثلاث فئات كالتالى: ١- المخاطر التقليدية وهي تصرفات حكومية ذات طابع سيادى وسياسى عام كتأميم أصول المتعاقد مع الإدارة أو فرض ضرائب جديدة تهدد أرباحه.

٢- المخاطر التنظيمية regularly riskوهي عبارة عن النتائج السلبية التي يتحملها المتعاقد لصدور قرار أو قانون ينظم النشاط الذى تعاقد عليه صاحب الامتياز.

٣-المخاطر شبه التجاريةquasi – commercial riskومثالها إخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية أو تغير أولويات وخطط عقودها.

٣- مخاطر التشييد والتشغيل. Completion risk

تتعلق تلك المخاطر بعدم إتمام التشييد وفقاً للجدول الزمنى المتفق عليه، وقد يمتد إلى خطر عدم إمكانية أداء المرفق محل العقد لأداء مهام بعد اكتماله بما يطلق عليه« خطر الأداء » " performance risk"[٣٢٦٤].

المخاطر التجارية

تتعلق تلك المخاطر باحتمال عدم تحقيق المشروع للعائد المتوقع منه بسبب تغير أسعار السوق ، أو بسبب قلة الطلب على السلع أو الخدمات التي ينتجها المشروع .

١- مخاطر سعر الصرف وغيرها من المخاطر المالية.

يتعلق ذلك النوع من المخاطر بتغير سعر صرف العملة المحلية التي يتم تحصيل مقابل الخدمة أو السلعة بها بما يؤثر في النهاية على التدفقات النقدية التي يرتبها المشروع [٣٢٦٥].

علاوة على ما سبق تتعدد تلك المخاطر إلى مخاطر طبيعية ومخاطر تتعلق بالمشروع ومخاطر تتعلق بإدارة المشروع، ومخاطر تتعلق بعمل الغير، ومخاطر تتعلق بعمل الأمير (مخاطر حكومية)، ومخاطر مالية، ومخاطر قانونية [٣٢٦٦].

وكذلك المخاطر السياسية تبقى محل تساؤل كمثال الحصارات الاقتصادية blockades أو المقاطعة التجارية boycotts.

([٣٢٦٤]) قد يكون سبب تلك المخاطر المتعاقد ذاته أو مقاولوه الفرعيون أو موردوه ، أوعدم كفاءة الممارسات الإنشائية ، أو عدم كفاية الميزانية المعتمدة للتمويل ، أو غياب التنسيق بين المقاولين ، أو عدم صلاحية المعدات والآلات ، أو عدم ملائمة التكنولوجيا، أو التصميم المعيبDefective design ""

([٣٢٦٥]) المرجع السابق ص ٨٦، وانظر كذلك د.نعيم عطية، التعاقد الدولى وتجهيز مشروعات التنمية. دار النهضة العربية بدون سنة طبع.

([٣٢٦٦])Murdoch and Hughes , op. cit , p. ٨٤

مثال المخاطر الطبيعية الظروف الأرضية والطقس وظروف الموقع ، ومثال المخاطر التي تخص المشروع المواد المعيبة والأدوات والمواد والتأخير والمنازعات وحيازة الموقع، وتأخر توريد المعلومات، والتأخير خارج سيطرة الأطراف، ومثال المخاطر التي تتعلق بإدارة المشروع أخطاء الوثائق والمستندات، وعدم الكفاءة، والتصميمات المعيبة، وعدم كفاءة المقاولين والتغير في الاحتياجات، ومثال المخاطر التي

علاوة على ما سبق هناك العديد من المخاطر لا يمكن توقعها أو توقع تكاليفها في العطاء ، ويكون من الصعوبة تحمل المقاول أو المتعاقد مع الإدارة لها ، وتشمل تلك المخاطر: تضخم السعر ،وتضخم معدل سعر الصرف ،و ظروف الموقع ،و التشريعات الحكومية ،والظروف والكوارث الطبيعية، والزلازل، والاحتجاجات السياسية والاضرابات(٣٢٦٧)

وترجع أهمية عدم تمرير المخاطر ـ مثل تلك المخاطر سالفة الذكر ـ أن المقاول الحريص ذا الخبرة سيعمد إلى زيادة الأسعار في عطائه كى يتجنبها، بخلاف المقاول غير الحريص الذى سيضطر عند مواجهة تلك المخاطر غير المتوقعة له أن يقوم بنقلها إلى جهة الإدارة كتكلفة مرتدة " cost back "

من ناحية أخرى يعد التأخير Delay والتعطل Disruption من أهم مخاطر التنفيذ التى تواجه المقاول المتعاقد مع الإدارة، وتتأتى معظم أسباب التأخير والتعطل من عدم اتباع المقاول تعليمات الإدارة حين صدورها، أو عدم التزامها بمنحه موقع التنفيذ والصعوبات غير المتوقعة وإصدار أوامر التغيير (٣٢٦٨)

يذهب الفقه إلى أن القوة القاهرة اللإدارية تختلف عن مفهوم القوة القاهرة بشكل عام إذ إن القوة القاهرة الإدارية تقع في مرحلة وسطى بين المفهوم التقليدى للقوة القاهرة وبين نظرية الظروف الطارئة، إذ إنه في نطاق القوة القاهرة بالمفهوم التقليدى يتم فسخ العقد لظروف استحالة التنفيذ، أما في حالة القوة

تتعلق بالغير الحوادث والمخاطر غير القابلة للتأمين، والحدود الزمنية في غطاء التأمين وأضرار الأشخاص والممتلكات، ومثال المخاطر التي تتعلق بعمل الأمن (المخاطر الحكومية) السياسة الحكومية بشأن الضرائب أو العمل والسلامة أو غيرها من القوانين، والعقود المالية، وجدول الموافقات،ودعم الطاقة ، ومثال المخاطر المالية التأخير مع تسوية المطالبات والتصديق، وتأخير الدفع، وقيود التمويل وأوجه القصور في عملية القياس والقيمة، وسعر الصرف، والتضخم.
ومثال المخاطر القانونية التأخير في حل المنازعات، وعدم التعيين بسبب عدم وجود سجلات أو غموض العقد، والتغييرات في القوانين، والتفسيرات الحديثة في القانون العام.

(٣٢٦٧)Eastman , op. cit , p. ٢٩٤

" the owner who Judge a tender on price and lack of exceptions to the conditions of contract may award the work to a contractor who has simply not taken seriously the onerous contractual risk a allocation imposed by the tender package.

(٣٢٦٨)Patrick mm. lane , Disruption and delay: fair entitlement and the regulation of risk , construction law Journal ٢٠٠٦ p.٣

القاهرة الادارية يحكم القاضى بفسخ العقد لمجرد اختلال التوازن المالي للعقد عما كان عليه لحظة إبرام العقد (٣٢٦٩)

ويذهب الفقه المقارن لتعريف مخاطر القوة القاهرة Force majeure بأنها ما يخرج عن إرادة الطرفين ويخرج عن السيطرة وبالتالى يعد ذلك المصطلح أوسع وأشمل من " فعل الطبيعة " (act of god) إذ لا يغطى المصطلح الأخير حالة المخاطر الكارثية التى تسبب فيها العمال والمقاول (٣٢٧٠).

علاوة على ماسلف يرى الفقه المقارن أن هناك أنواعا من المخاطر يجب أن تبقى على رب العمل (٣٢٧١)، وأخرى يجب أن تبقى على المقاول (٣٢٧٢)

(٣٢٦٩)د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق ص ٢٠٤

(٣٢٧٠)Neil f. Jones , the JCT Major project form – Black well publishing LTD ٢٠٠٤ , p ٩٧ " force majeure has been introduced into many English commercial contracts within recent years. it is employed not only with increasing frequency , but without any attempt to define its meaning or any effort to co-ordinate the phrase to other provisions documents

(٣٢٧١)Thomas telford ,op , cit , p. ٦٨

مثال تلك المخاطر المخاطر المتوقعة الواردة بالعقد، وظروف الطقس المتوقعة، والتغييرات في العقد الناشئة عن عدم الملاءمات في وثائق العقد، أو تقصير الغير، وتغير شروط رب العمل بعد العقد إلى جانب تقلبات سعر العقد، ومخالفة العقد، والتقصير، والترك من المقاول، والتقصير أو الإهمال بواسطة مستشارىرب العمل، والعيوب اللاحقة في الأعمال، والتكايف غير المغطاة للنزاع أو التحكيم.

(٣٢٧٢)Ibid , p. ٧٠

تلك المخاطر هي مخاطر العملاء Client risksومثالها إلغاء رب العمل للمشروع أو تأجيله لبداية المشروع، ووقف رب العمل الأعمال وظروف التربة غير المتوقعة، والتغييرات اللاحقة في حجم المشروع، وتأجيل رب العمل استلام الأعمال.

وأيضاً مخاطر المورد.المقاول من الباطن

Supplier / subcontractor Risks

كتأجيل بدء التوريد وتأجيل بدء المقاول من الباطن، وإفلاس المقاول من الباطن.

- مخاطر المقاول المباشر Direct contractor
- المخاطر الماليةfinancial risksكمثال التدهورفي القيمة، والتسعير غير الملائم في العطاءات.
- مخاطر الغير Third Party risksكمثال التغييرات التشريعية المؤثرة في العقد.

وتحدد بعض هذه المخاطر بصفة خاصة في شروط العقد التى تنظم التعويض النقدى، والامتداد الوقتى، مع الأخذ في الاعتبار أن يتحمل رب العمل المخاطر غير المؤمن عليها لذا يجب أن تحذر جهة الإدارة ـ بخصوص ملاءتها المالية ـ المخاطر ، ومنها:

أولا: المخاطر المستثناة " Excepted Risks "كمخاطر الحروب والغزو والإشعاع .

ثانياً : مخاطر التغيير في العقد (Risk of variations).

وثالثاً : تقلبات سعر العقد " change of contract price"

ويثور التساؤل عن نوع آخر من المسئولية وهو المسئولية عن الإنشاءات التي تسلمتها الإدارة من المتعاقد معه ، وتلك المسئولية من الأهمية بمكان وخاصة عندما تؤدى الإنشاءات المعيبة لخسائر بشرية أو مادية، وخاصة في المنشآت العسكرية كمثال وكالة ناسا للفضاء وعقود وزارة الدفاع الأمريكية ـ لذا يعمد العديد من المقاولين لإدراج تلك المخاطر في عقودهم، وخاصة في مواصفات مقاولات وزارة الدفاع [٣٢٧٣].

مخاطر التصميم Design risk

من المهم معرفة وتحديد مخاطر التصميم، ويحسن أن يكون ذلك منذ البداية أو عندما تكون مستندات المشروع معروفة وموثقة، وتكون الصعوبة في حالة إذا كان الخطأ من جهة الإدارة في التصميم وقامت بتحويل المسئولية على المقاول كمثال قضية Henry boot[٣٢٧٤].

مخاطر ما وراء البحار overseas risksكقيود رقابة الصرف، وصعوبة التصدير والاستيراد، وتغير أسعار الصرف غير المتوقع.

- مخاطر التقاضى / التحكيم" Litigation / arbitration

كالتأجيل في حل النزاع / التحكيم، وعدم الثقة في نتيجة النزاع، والتكاليف ومصاريف الاعلانات القضائية القانونية

([٣٢٧٣]) David. Polinsky: Product liability and the united states Government contractor. ١٤ Public contract law Journal ١٩٨٣-١٩٨٤, p. ٣١٣

([٣٢٧٤])co – operative insurance society v. Henry Boot Scotland LTD (٢٠٠٢). R. Peter Davison , op. cit , p ١١

في تلك القضية يتحمل المقاول مسئولية صريحة عن إكمال التصاميم بموجب عقد JCT وثارت تلك الإشكالية في عقود JCTWCTوالتى نصت صراحة على أن المقاول غير مسئول عن أى تعارض في

-المخاطر المعوض عنها reimbursable risks

ليست كل المخاطر تستحق نفقة إضافية ، فهناك أنواع من المخاطر يمكن تعويضها وأخرى لا يمكن تعويضها non – reimbusable، كمثال قضية Harbour[٣٢٧٥]حيث اعتبر المقاول مسئولاً عن الظروف المادية غير المتوقعة التي تواجهه إذ قررت المحكمة مسئولية المقاول عن تلك المخاطر كونه الطرف الذى كان عليه توقع ذلك .

لذا لابد من التفرقة بين الظروف العادية غير المتوقعة " unforeseen physical" حيث لا يستطيع المقاول التحلل من مسئوليته عن الأخطاء وعدم اكتمال المواصفات المقدمة في عطائه، لذا عليه أن يُضمّن عطائه كل الظروف الممكن التنبؤ بها والتى لا يمكن توقعها ، وبالتالى يمكنه صياغة ما توصل إليه من توقعات في صورة تحفظات تعاقدية.

-مخاطر غير ممكن التعويض عنها Non – reimbursable risks

هناك مخاطر تتضح من البداية يجب على أحد أطراف العقد تحملها كمثال ما تنص عليه أغلب عقود الإنشاءات الدولية بأن مخاطر الحصول على مصادر العمل من ناحية الجودة أو العدد تقع على عاتق المقاول، ولكن إذا فشل المقاول في ذلك سيؤدى ذلك لاحتمال التأخير، بينما لن يستطيع المقاول تغطية تكاليف الامتداد في مدة العقد Prolongation إلى جانب التكاليف الإضافية ، وبالتالى تتضرر جهة الإدارة لاحقاً من تأخير إتمام العقد [٣٢٧٦]

وفي اعتقادنا أن تلك النوعية من المخاطر يجب على أطراف العقد تحليلها وتقاسمها خلال المدة

التصاميم بسبب الإدارةإذ لا يعد مسئولاً عن معاينتها ما دامت الإدارة قد أمدته بها ما لم تنص مستندات العقد صراحة خلاف ذلك ، لذا فإن أغلب المطالبات تنشأ من مشاكل التصاميم

([٣٢٧٥])Trustees v. Harbour & General (١٩٩١) ٥٩ BLR

See: R Peter Davison , Evaluating contract claims - second Edition – wiley Blackwell First Edition ٢٠٠٩ p. ١٨

" the principle often adopted I contract drafting is that the party best able to control the risk is the party who should be responsible for that risk in the contract

([٣٢٧٦])Ibid , p. ١٩

الزمنية لتنفيذ المشروع كى لا تنشأ المنازعة التعاقدية [٣٢٧٧] .

-المخاطر المستثناة Excepted risks

يرى الفقه المقارن مسئولية الإدارة عن جودة الأعمال والمخاطر والأخطاء في التصميم ومن المخاطر المستثناة excepted risks في عقود الإنشاءات الدولية ما يصدر عن مدير المشروع أو تابعى جهة الإدارة والمخاطر التى لا يمكن توقعها أو توقع نتائجها كالحروب والاضرابات وما يماثلها من الأحداث غير المؤمن عليها، وما ينتج عن خطأ أو إهمال جهة الإدارة، أو ما يقع تحت سيطرتها، أو أية أمور تسبب فيها خطا الغير[٣٢٧٨].

وتجدر الإشارة في ذلك إلى أن اتفاقات تحديد المسئولية (limitation on liability) المبرمة بين المقاول وجهة الإدارة لا يكون مجال أعمالها فقط فيما بينهما بل تمتد إلى حماية المقاول ضد مطالبات الغير[٣٢٧٩].

لذلك يجب على جهة الإدارة الاحتياط عند إبرام عقودها بتضمين بنود مثل : التعويض عن الخسارة بعد فسخ التعاقد Loss or damage after termination إذ بمجرد ترك المقاول الموقع تتحمل الإدارة مسئولية ذلك الموقع، وتزيدتلك المسئولية لكون عقود الإنشاءات الدولية من العقود الكبيرة متعددة العلاقات مع وجود عدة مقاولين بالموقع ، بما مؤداه وجود مخاطر إضافية قد ينتج عنها مضاعفة حصص التأمين [٣٢٨٠].

ويرى البعض أنه كلما ازدادت مخاطر المشروع السياسية والاقتصادية إلى غير ذلك من

([٣٢٧٧]) لذا غالباً ما تعالج معظم العقود مثل تلك الحالات بفقرات مثل التعويضات الاتفاقية liquidated and ascertained damages

([٣٢٧٨])Brian Eggleston , the NEC ٣ Engineering and construction contract – A commentary – Blackwell publishing , ٢٠٠٦ P. ٢٨٩

([٣٢٧٩])Ibid , p. ٢٩٠

وكذلك لا تتضمن بعض العقود التأمين ضد القوة القاهرة لعدم وجود تعريف محدد لها لخروجها عن سيطرة الأطراف.

([٣٢٨٠]) Ibid , P ٢٩٥

وتجدر الاشارة إلى أن عقود الشراكة بصيغتها التمويلية الاستثمارية عن فكرة العقود الادارية بالمعنى التقليدي ففي النوع الأول يقوم القطاع الخاص فيها بتمويل إقامة مشروعات البنية الأساسية ،وعدم التحميل على موازنة الدولة.

المخاطر ازداد الدعم الحكومى أو ازدادت الحاجة إلى توفير هذا الدعم لتشجيع الاستثمار الخاص فى مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص»([٣٢٨١]) وقد أورد دليل اليونسترال فى توصيته رقم ١٢، ورقم ١٣ أنه لا يجب تقييد طرفى العقد تشريعياً بخصوص توزيع المخاطر بالشكل الذى يلبى احتياجات المشروع وكذلك أنه يجب أن يوضح القانون المحلى للدولة المضيفة السلطة العامة التى ستتولى تقديم الدعمين المالى والاقتصادى للمشروع وأنوع ذلك الدعم([٣٢٨٢]).

نخلص من ذلك أن العمل على توزيع عبء المخاطر على أطراف العقد بأسلوب ملائم سيؤدى لتقبل تلك المخاطر ودوام واستمرار العلاقات التجارية بين أطراف العقد دون منازعات أو انقطاع «أما التوزيع غير الكفء للمخاطر an inappropriate allocation Project risks يؤدى إلى زعزعة السلامة المالية للمشروع، وإلى سوء إدارته وإلى زيادة تكاليف تنفيذه بشكل عام

المبحث الثانى
تنظيم تقاسم المخاطر في التشريعات
والعقود النموذجية و الأحكام القضائية

تتناول العديد من التشريعات المقارنة والعقود النموذجية نصوصا وفقرات تعالج توزيع المخاطر التي تنشأ أثناء التنفيذ وقبله،ومن المهم أن نعرج على الأحكام القضائية لتستبين لنا اتجاهات القضاء المقارن في معالجة تلك اشكاليات المخاطر وتوزيعها.

لذا ستكون معالجة المبحث الثاني كالتالي:

المطلب الأول :تنظيم تقاسم المخاطر في التشريعات والعقود النموذجية

المطلب الثانى:التوزيع القضائى للمخاطر "Judicial risk Allocation"

المطلب الأول
تنظيم تقاسم المخاطر في التشريعات والعقود النموذجية

ظهر مبدأ توزيع المخاطر في دول القانون العام لتوزيع المخاطر عند عدم وجود آلية متكاملة للتوازن التعاقدي من ناحية ،ولحصر وتدوين المخاطر التي تحيط بعقود الشراكة من ناحية أخرى،كما إن التوجيهات العملية التى قد توفرها الحكومة أو إحدى الهيئات التابعة لها مجرد مبادئ استرشادية للأطراف المتعاقدة لتحسين عملية توزيع المخاطر، وقد تكون تلك التوجيهات ذات طابع سياسى صرف أو قانونى

([٣٢٨١]) د. حسن الهنداوى، المرجع السابق ، ص٧٣.
([٣٢٨٢]) المرجع السابق، ص٧٣.
See : UNCITRAL Legislative guid on privately financed in frastructure Projects, Recommendations ١٢ and ١٣.

وهنا يتعين اتباعها بصرامة، غير أن أصحاب ذلك الرأى يرون أن تكون التوصية المتعلقة بصياغة شروط توزيع المخاطر أو تخفيفها من خلال أداة تشريعية ، أو لائحية كى يتسنى تعديلها، أو تغييرها بمرونة تتلاءم مع كل مشروع (٣٢٨٣).

علاوة على ما سبق تعد مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص بصفة عامة وسيلة لنقل المخاطر الاستثمارية والاقتصادية لتنفيذ المشروعات إلى القطاع الخاص، والذى يقوم بدوره بدارسة سبل توقى تلك المخاطر، وبخاصة عند التوزيع غير الكفء للمخاطر في التشريعات an inappropriate allocation of project risks مع الأخذ في الاعتبار أن الملتزم هو من يتلقى المخاطر الكلية للمشروع في النهاية، ويتولى توزيعها على المشاركين له من ممولين ومقاولين وموردين وغيرهم حسب أهليتهم واستعدادهم لذلك، مع الأخذ في الاعتبار أن التوزيع غير الكفء للمخاطر يؤثر بالسلب على المشروع وإدارته وزيادة تكاليفه (٣٢٨٤).

وفي اعتقادنا يتعين الأخذ في الاعتبار عند توزيع المخاطر وضع ترتيبات تعاقدية لذلك حسب نوع المشروع وطبيعته الخاصة وظروف التنفيذ، لذا يجب على الدول وخاصة الدول النامية – ألّا تقيد من الناحية التشريعية حرية الأطراف التعاقدية في اختيار تلك الترتيبات التى تراها حيث إن المسئولية عن المخاطر تتأسس وخاصة فيما يخص التأخير على من تسبب فيه، فالعقد الإدارى الصحيح هو ما يكون متوازناً في الصياغة والعلاقات الاقتصادية مع وجود آليات مناسبة لتوزيع المخاطر وتشجيع التعاون ووجود سعر عادل.

(٣٢٨٣)أنظر في تفصيل ذلك د. هانى سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية المملولة عن طريق القطاع الخاص – دراسة تحليلية لنظام مشاركة القطاع الخاص فى تقديم خدمات البنية الأساسية – دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص٢٣٠
وكذلك انظر مصطفي الحبشى، المرجع السابق ص ٨٨ - الترتيبات التعاقدية لتوزيع المخاطر وتخفيفها
contractual arrangements for risk allocation and mitigation
ويضرب ذلك الرأى مثالاً لتلك المبادئ بأن مخاطر معينة يجب أن تسند إلى الطرف الأقدر على تقييمها بإجراء ترتيبات خاصة للحد منها من خلال رسم مخططات استثمارية.
ومن تلك المبادئ أيضاً أن يسند الخطر إلى الطرف الذى يستطيع أن يتحمله بأقل تكلفة، لذا غالبا ما يتحمل المتعاقد أو الملزم أوالمقاولون مخاطر تشييد وتشغيل المرفق، ومثال ذلك مخاطر عدم الاكمال في الوقت المتفق عليه أو مخاطر تجاوز التكاليف.
(٣٢٨٤) حسن الهنداوى ،المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها

خطورة ذلك تتمثل في أن مقدمى العطاءات ذوى السمعة الطيبة سيزيدون من سعر العطاء تحسباً للمزيد من المخاطر التعاقدية بخلاف غيرهم الذين سينقصون السعر مع أداء فاشل.

من ناحية أخرى يلقي الفقه المقارن بالمسئولية على جهة الإدارة فيما يتعلق بإقامة التوازن الاقتصادى في العقد Economic balance حيث إنه بتحقق ذلك التوازن تتحقق المصلحة العامة لكون الإدارة هي الأقدر على تحمل المسئولية المتعلقة بإدارة المخاطر على المدى الطويل في حياة مشاريع البنية الأساسية وهناك العديد من المشاكل فيما يخص ذلك (٣٢٨٥).

وقد كرّس النظام الفرنسى في العقود التداخل بين مصلحة الإدارة كصالح عام ومصلحة المتعاقد معها كصالح خاص ، وذلك في عقود الامتياز ضمانا لمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد بما يساعد في الشراكة بين القطاعين العام والخاص ويتيح توزيع أفضل المخاطر، كما أن القانون الفرنسى اعتمد في أساليبه التقليدية على تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع تزويد القطاع الخاص بأدوات لازمة للشراكة في المشاريع الرئيسية بالخارج حيث إن نظرية الظروف غير المتوقعة تمنح صاحب الامتياز حق التعويض the right circumstances of recovery عندما يتهدد تنفيذ العقد بسبب عدم توزانه (٣٢٨٦).

(٣٢٨٥)Patrick m.m lane , Disruption and delay: fair entitlement and the regulation of risk , construction law Journal ٢٠٠٦ p. ٢ .
ترفض المحاكم في بلدان القانون العام توزيع الأضرار التعاقدية دون تحديد وقد اعتمدت المحاكم الأمريكية منهج الفصل، وبموجب هذا النظام لن يستحق لأي طرف التعويض ما لم يتم فصل التأخير وتحديد من ارتبط به.

For more:

Dean lewis , managing risk in construction – who pays ? Extreme conditions (or Physical impossibility) – International construction law Review ٢٠٠١.

Philippe Bobmin , co- development: towards a new system of partnering in the public and private sectors in the execution of major infrastructure projects International. Business law journal ١٩٩٩ p.٧

" Attemps to transfer to the private sector the entire responsibility for the development of infrastructures are affected by problems which discourage private initiative ..... unfairمن المشاكل التى تثار هنا المنافسة غير العادلة"

وفي اعتقادنا تعد مشاريع الأنفاق مشاريع عالية المخاطر، وتعد إدارة تلك المخاطر شرط أساسياً لنجاحها، ويكون ذلك لكون مواقع إنشائها في مناطق ذات كثافة سكانية عالية ؛ حيث يؤدى توزيع تلك المخاطر لضمان التنفيذ المستدام والناجح لمشاريع الأنفاق، وقد ركز الفقه المقارن على أفضلية إسناد تلك المخاطر للطرف التعاقدى الأكثر قدرة على إدارتها (٣٢٨٧).

وتجدر الاشارة الى وجود العديد من الصيغ النموذجية الموحدة بشأن المخاطر في جميع مراحل المشروع وتعيين الطرف المسئول عن السيطرة على المخاطر وإدارتها، والتى تشدد على إعداد بيانات مفصلة قبل بدء الأعمال مثل آلات حفر الأنفاق (٣٢٨٨).

استقراء البنية القانونية – حرية أو freedom to set trariffsحرية تحديد التعريفات compitition
أمن تداول العملات

(٣٢٨٦) Ibid , p. ٨

Major projects , most notably in the united kingdom in relation to the united kingdom's private finance initiative

- Ibid , p. ٥

In any major procurement , early contractor involvement (or ECI) can help "
to reduce risk , particulary to time which is why two – stage tendering is
proving so popular in the current market "

(٣٢٨٧) المخاطر الرئيسية في تلك المشاريع تتمثل في الدعم، وتسرب المياه، والتلوث، والظروف الأرضية غير المتوقعة، ويعد إنهيار الطريق السريع Nicollفي لندن مثالاً على فشل الدعمsupport، وتعد الصعوبات المادية غير المتوقعة (الظروف الأرضية تحديداً) أحد أهم الأسباب الأكثر شيوعاً لتأخير وتعطيل مشروعات حفر الأنفاق.

(٣٢٨٨) Ibid , p. ٦

The Jcop focuses on the need to select an appropriate form of contract and makes specific mention of the stand and form produced by the ICE and ichem E

Also see:

(The society of Construction Law's Delay and Disruption Protocol-٢edition-٢٠١٧)
(Society of Construction Law)

وهناك ملاحظة هامة فيما يخص العقود الإدارية وهي أن تردد أطراف العقد في تبادل معلومات وتقارير الصعوبات المادية والظروف الجيولوجية يرجع للخوف من احتمالية عدم دقتها، وقد نشر تقنين الممارسات المشتركة لإدارة المخاطر في المملكة المتحدة The joint code of practice for Risk management of tunnel works in the UK (JCOP) العديد من الخطوات التي تؤخذ في الاعتبار مثال : الجيولوجيا والهيدرولوجية ، والتحركات الأرضية والزلازل، والمواد الخطرة مثل المواد الكيميائية والغازات والتكاليف المرتبطة بالصحة والسلامة ، والاعتبارات البيئية مثل الغبار والضوضاء والاهتزازات [٣٢٨٩].

إلى جانب ماسبق تمثل مبادرة التمويل الخاص (the Private finance Iniative) إحدى حلول تقسيم المخاطر في العقود الإدارية [٣٢٩٠].ويرى الفقه المقارن أن مفهوم نقل المخاطر يعد أمراً محورياً فيها حيث إن مخاطر عقود الأشغال الدولية مرتفعة جداً في القطاع العام لكون الإفراط في التشغيل مرتفع جداً وأبرز الأمثلة على ذلك " حاجز التايمز " ، " والمكتبة البريطانية " حيث كان القطاع العام يهدف في البداية دوماً إلى نقل جميع المخاطر إلى القطاع الخاص، وقد ثبت عدم قبول ذلك وعدم

بقصد النص على إدراج ملاحق للعقد المبرم بين الإدارة والمقاول المتعاقد معها للحث على سرعة حل مشاكل المطالبات ومنها المطالبات الناتجة عن التغييرات أو على الأقل أن تقدم تلك الملاحق دليلا إرشاديا لطريقة حفظ وتحضير جداول ومستندات المشروع الإنشائى.

([٣٢٨٩])Gordon Anderson , Tunnel vision " construction law Cecily davis Journal ٢٠٠٨ p. ٤

" one of the often quoted principles behind good risk management is that risk should be allocated to the party best able to manage it. this principle has since then , been repeated as a guiding principle on other

([٣٢٩٠])Geoff Haley , PFI contractors: some emerging principles

- Construction law Journal ١٩٩٩ , p. ٢

“PFI starts where the conservative Government's policy of privatization ends. it was intended in ١٩٩٢ by the then chancellor of the exchequer , norman lamont , to inject private sector innovation and business stils into a public sector thought to be administratively over – populated and locking commercial negotiation experience.

معقوليته تجارياً ومالياً في العقود طويلة الأجل التي تمتد إلى ٢٥، ٣٠ سنة على الأقل)[٣٢٩١].

ومن ناحية أكثر تركيزا تتمثل مشاكل العقود الإدارية في البلاد النامية في عناصر كالمنافسة غير العادلة ، وعدم استقرار التشريعات القانونية (الأمن القانوني) ، وحرية تبادل العملات (الأمن المالى) ، وحرية الشراء والاستيراد (الأمن التجارى)، وقد كرّس التقليد الفرنسى دوماً فيما يخص تلك العقود مبدأ التكامل بين تدخل الإدارة والدفاع عن مصالح المتعاقد معها في ذات الوقت بما يوفر نموذج شراكة يتيح أفضل تخصيص للمخاطر، وتزويد القطاع الخاص بالأدوات اللازمة لإشراكه في المجالات الرئيسية للعقود، وتمثل نظرية عمل الأمير الفكرة الأشهر في مجالات السلطة العامة في فرنسا حيث يستحق المقاول بموجبها تعويضاً بمجرد قيام الإدارة من جانب واحد بالإخلال بشروط العقد أو ظروف تنفيذه من خلال ممارسة سلطاتها بإجراءات عامة محددة وبالتالى يكون هناك تعويضاً كاملاً [٣٢٩٢].

من ناحية أخرى وادراكاً من الدول الأعضاء في اتفاقية إنشاء البنك الدولى للإنشاء والتعمير لأهمية المخاطر وتأثيرها على التدفقات الاستثمارية الدولية خاصة عبر الدول النامية، وقعت هذه الدول معاهدة لإنشاء الوكالة الدولية متعددة الأطراف لضمان الاستثمار [٣٢٩٣].

([٣٢٩١])Ibid , p. ٣

الجدير بالذكر أن هناك وثيقة موحدة لمشاريع المؤسسة المالية الدولية قد صدرت ولها ثلاثة أهداف رئيسية أولها: تحديد ماهية المخاطر التى تضمنتها المبادرة ،وثانيها تحقيق التوافق والتسعير في المشاريع المماثلة ، وثالثها الحد من الوقت وتكاليف التفاوض من خلال تمكين الإدارة والمتعاقد معها من تحديد منهج موحد دون مفاوضات موسعة فيما يخص مجالات العمل .

([٣٢٩٢]) وبموجب سياسة PFIتقوم الحكومة البريطانية من خلالها بتعهد للقطاع الخاص بتوفير المرافق العامة في المملكة المتحدة وقد بدأت في سياق ليبرالى (خصخصة) للخدمات العامة وتخفيض كبير لنفقات الدولة ، وكانت تتركز في مجالات كالصحة والتعليم والنقل (تقوية البنية التحتية التقليدية) والأمن والدفاع (بناء السجون، النظم التكنولوجية (المتقدمة للدفاع) وقد تم أخذ العديد من المثالب على تلك المبادرة كنقاط هيكلية وهى عدم وجود رؤية تأخذ بعين الاعتبار المخاطر الموجودة بالتمويل والتنفيذ واستغلال المواد المشتركة من القطاع الخاص.

See – Philippe Bolmin , co- development: towards a new system of partnering in the public and private sectors in the execution of major infrastructure projects –International Business law Journal ١٩٩٩ p ٥–

([٣٢٩٣])see , convention establishing the multilateral investment guarantee a gency (international bank for reconstruction and development , ١٩٨٥) p. ٢١٣

علاوة على ماسبق تطرق دليل اليونسترال التشريعى للمخاطر من خلال توضيح العلاقة بين المخاطر و الدعم الحكومى، إذ إنه كلما ازدادت مخاطر المشروع زاد الدعم الحكومي وازادت الحاجة إلى توفير هذا الدعم لتشجيع الاستثمار في مشروعات البينة الأساسية ذات التمويل الخاص وجاءت

التوصية الثانية عشرة من الدليل تنص على أنه : لا يجب فرض قيود تشريعية أو تنظيمية غير ضرورية على قدرة الجهة المانحة للامتياز في الاتفاق على توزيع المخاطر بالشكل الذى يتناسب مع الاحتياجات الخاصة بالمشروع، ونصت التوصية الثالثة عشرة على أنه يجب أن يوضح القانون بوضوح أى من السلطات العامةداخل الدولة المضيفة يمكنه تقديم الدعم المالى الاقتصادى لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص وأنواع الدعم التي يمكن أن تقدمها هذه الهيئات [٣٢٩٤].

من ناحية أخرى يمثل شرط الثبات التشريعى شرطاً هاماً يتطلبه المتعاقد مع جهة الإدارة لتحقيق الأمن التعاقدى ويرى الفقه أن هذا الشرط مفاده أن تعهد الدولة بعدم اصدار تشريعات جديدة تسرى على

مشار إليه: حسن الهنداوى المرجع السابق ص ٧٢
تفيد المادة الثانية من اتفاقية إنشاء الوكالة أن من بين أغراضها أو أهدافها إهدار الضمانات أو الاشتراك في التأمين، وإعادة التأمين هذا المخاطر غير التجارية التى تتعرض لها الاستثمارات التى تتدفق من دولة عضو في الاتفاقية إلى دولة أخرى عضو، وقد نصّ الفصل الثالث من تلك الاتفاقية على المخاطر القابلة للضمان أو التأمين تحت عنوان المخاطر المغطاةcoverd risks وهي مخاطر نقل العملية، ونزع الملكية وما يشبهها، والإخلال بالعقد، والحرب والعصيان المدنى، مع إمكانية مد المهلة التأمينية إلى غيرها من المخاطر الأخرى في حالة اتفاق الجهة الإدارية بالدولة المصنفة مع المستثمر بشرط موافقة مجلس إدارة الوكالة بأغلبية ، وبألا يكون الخطر المراد تأمينه هو خطر تخفيض أو هبوط سعر العملة.

For more :

Geoffrey Tricky and Mark Hacket:

- the presentation and settlement of contractor's claims – second Edition –– spon press ٢٠١١

Halsbury's Laws of England :

– Building Contracts (Volume ٦– ٥th Edition,) ٢٠١١

([٣٢٩٤])see: UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects , consolidated legislative recommendations ,

الدليل القانونى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (الجزء الثانى)، (اليونسترال) صدر فى نيويورك ١٩٨٨ (الأمم المتحدة٠)

العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبى إذا ما أدى ذلك الإصدار إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادى للعقد [٣٢٩٥]، وعادة تعمل الدولة النامية - مقارنة بالدول المتقدمة -على التاكيد على شروط الثبات التشريعى وعلة ذلك الحد من المخاطر السياسية من ناحية، أو المخاطر السيادية من ناحية أخرى والتى تؤثر على ربحية المشروع[٣٢٩٦].

ويرى الفقه أن عقود B.O.T يتحمل فيها المستثمر الجزء الأكبر من مخاطر التمويل بتحمله توفير ضمانات الاقتراض، وتشترط البنوك الدولية ومؤسسات التمويل المُقرضِة أن يتضمن العقد الإدارى الدولى شرطاً بالثبات التشريعى مؤداه أن تحد الدولة من سلطتها التنظيمية عند استخدامها لمنع التأثير على ربحية المشروع [٣٢٩٧].

ويذهب البعض إلى أن هذا الشرط يميز العقود الإدارية الدولية [٣٢٩٨].

ويمكن تعريفه أيضا بأنه « تعهد من جانب الدولة للمتعاقد الأجنبى على أن يسرى على العقد القانون السارى وقت إبرامه، ويعني وعد الدولة للمستثمر باستثناء العقد من أى تغيير قد يطرأ على القانون الواجب التطبيق[٣٢٩٩].

([٣٢٩٥])د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية: دار الفكر الجامعى الإسكندرية ٢٠٠١ ص ٣٢١

([٣٢٩٦]) هبة محمد محمد هزاع. التوازن العقدى في العقود الإدارية الدولية "تطبيق على عقود الاستثمار » أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٢ ص ١٣٠

([٣٢٩٧])د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص ٣٣٧

وانظر كذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى ١٩٨٩ ص ١١١ مشار إليه لدى د. هانى عليوة: تحديد المسئولية والاعفاء منها في نطاق العقد الادارى الدولى دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٥ ص ٣٢٧

"شرط الثبات التشريعى صوره المختلفة تعبير عن تفاوت القوى الاقتصادية بين الدولة من ناحية وبين المستثمر الأجنبى ومن ناحية أخرى فضلاً عن عدم ثقة المتعاقد الأجنبى مع الدولة حسن استخدامها لسلطاته العامة."

([٣٢٩٨])المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها.

([٣٢٩٩])د. أحمد رشاد محمود سلام : عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ص ٤٤٧ وما بعدها

علاوة على ما سبق يرى الفقه أن شرط الثبات التشريعى لا يغل يد الإدارة عن إعمال حقها في تعديل العقد متى دعت الظروف والمصلحة العامة باعتبار ذلك الحق من النظام العام [٣٣٠٠].وفى اعتقادنا أن شرط الثبات التشريعي أيا كانت صوره [٣٣٠١]قد يمثل انتقاصاً لسلطة وسيادة جهة الإدارة نحو المتعاقد معها، علاوة على إشكالية هامة وهي عدم قدرة الجهة الإدارية المبرمة للعقد أن تتدخل في عمل السلطة التشريعية تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وباعتبار ذلك من النظام العام.

أكد المشرع المصرى على فكرة تقاسم المخاطر أو توزيعها الخاص في المشروعات من خلال القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة حيث نصت المادة ٣٤ منه على أنه يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتى.

(ط) تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة أو باكتشاف الآثار والتعويضات المقررة بحسب الأحوال.[٣٣٠٢].

وأكدت اللائحة التنفيذية لذلك القانون على ذلك في المادة ٥٢ والتي منها " تتولى الوحدة بعد مراجعة القيمة التقديرية للمشروع، بالتنسيق مع مستشار الطرح المالى، وضع المقارن الحكومى المنصوص عليه في المادة (٢٥) من القانون بمراعاة عدة قواعد يتم بموجبها تحليل كافة المخاطر المتعلقة بالمشروع "[٣٣٠٣].

([٣٣٠٠])د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص ٨٣٦

([٣٣٠١])د. هبة هزاع، المرجع السابق ص ٣٥ حيث عددت صور شرط الثبات التشريعى كالتالى:

- شرط التعهد بعدم التأميم- شرط التجميد- شرط عدم المساس
- شرط التوافق- شرط استعادة التوازن الاقتصادى.

([٣٣٠٢]) قانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٠ م الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ م المنشور بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ م في الجريدة الرسمية بشأن إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

(ى) مدة العقد، وحالات الإنهاء المبكر أو الجزئى وحقوق الأطراف المرتبطة.

(ك) الحالات التى يحق للجهة الإداريةالإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق

([٣٣٠٣]) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ م الصادر بتاريخ ٢٠١١/١/٢٣ م والمنشور بتاريخ ٢٣ / ٢٠١١/١ م في الجريدة الرسمية بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون مشاركة القطاع

أما عن موقف قانون تنظيم المنقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ [٣٣٠٤]فقد اختلفت فيه فلسفة تقاسم المخاطر عن قانون تنظيم المشاركة سالف الذكر حيث نصت المادة ٨٠ من لائحته التنفيذية [٣٣٠٥] على دور المقاول في التحري بنفسه عن طبيعة الأعمال وما يتبعها أو يلزم لها من اختبارات أو غيرها [٣٣٠٦]كما أكدت المادة ٨١ من ذات اللائحة على مسئوليته عن كل ما قام باستحضاره لمنطقة العمل [٣٣٠٧]، وأكدت المادة ٧٩ من ذات اللائحة على التزامه بكل ما من شأنه منع الإصابات والحوادث أو الأضرار بالممتلكات الحكومية[٣٣٠٨].

الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٠ م.

وقد نصت تلك المادة على قواعد :

(١) أن يتم إضافة تكاليف وأعباء التمويل للمشروع طبقاً للهيكل المقترح للتمويل. وبأن يتم تحليل كافة المخاطر المتعلقة بالمشروع وعلى الأخص المخاطر الفنية والمالية والقانونية ، ووضع تقدير لكل منها وإضافتها إلى القيمة التقديرية.

(٣٣٠٤) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ٨ / ٥ / ١٩٩٨ والمنشور بالجريدة الرسمية في ٨ / ٥ / ١٩٩٨

(٣٣٠٥) قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. الوقائع المصرية العدد ٢٠١ – بتاريخ ١٩٩٨/٩/٦

(٣٣٠٦) نصت المادة ٨٠ من اللائحة على أنه يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها، ويكون مسئولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة لجميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمه منه.

(٣٣٠٧) نصت المادة ٨١ من ذات اللائحة على أن جميع المواد والمشونات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التى استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفته بقصد استعمالها في تنفيذ العمل، وكذلك جميع الأعمال والمنشأت الوقتية الأخرى تصل كما هي ، ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها إلا بإذن الجهة الإدارية الى أن يتم التسليم المؤقت على أن تبقى في عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده، ولا تتحمل الجهة الإدارية في شأنها أية مسئولية بسبب الضياع أو التلف أو السرقة أو غير ذلك.

(٣٣٠٨) نصت المادة ٧٩ من اللائحة على أن "يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد ، كما يكون مسئولاً عن حفظ

أما فيما يتعلق بتنظيم تقاسم المخاطر في العقود النموذجية فنجد أن لعقود الإنشاءات الدولية دوراً هاماً في نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية لذا يجوز أن يتحمل ناقل تلك التكنولوجيا المخاطر لوجود عنصر المعرفة لديه [٣٣٠٩].ويشار إلى تلك المعرفة في عقود الإنشاءات الدولية باسم : المعرفة الفائقة ، وهى معرفة خاصة تتعلق بالصعوبات أثناء التنفيذ ومخاطر العقد، وغرض تلك الآلية هو تحويل المخاطر على المقاول فيما يتعلق بمواصفات التصميم [٣٣١٠] ، وتستخدم أيضاً لتحليل المخاطر [٣٣١١].

لم تتغير قواعد تقسيم المخاطر بين المقاول والإدارة في الفيديك (الطبعة القديمة من الكتاب الأحمر) والكتاب البرتقالى، حيث إن تلك القواعد تتلخص في مسئولية المتعاقد مع الإدارة مسئولية كاملة عن العناية بالأعمال والمواد والأدوات من تاريخ البدء وحتى شهادة التسليم، علاوة على أنه إذا حدثت أية خسارة في الأعمال أو المواد أو الأدوات خارج مخاطر رب العمل فإن المقاول مسئول عن تعويض الأضرار على نفقته الخاصة [٣٣١٢].

النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل الجهة الإدارية وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في تنفيذها على نفقته».

(٣٣٠٩)For more: francis meuret: Analysis and management of the risks in international construction and Industrial works contracts , (International , Business law Journal) ١٩٩٨ , ٣٠ “As a rule: the exporter has to bear the risks generated by his own technical Knowledge »

(٣٣١٠)Gerald , op. cit , p. ١٩٢

(٣٣١١)Ibid , p ١٩٣

“it is a application of the superior Knowledge concept when ……. (it) is made to dependon whether

The government or a particular contractors has Knowledge , experience and expertise in the technical field to which the specifications relate "

(٣٣١٢)christopher R.seppala: FIDIC 's new standard forms of contract. risks , force majeure , and termination. International Business law Journal ٢٠٠٠ , p. ٢

أما عن نطاق تحديد المسئولية فقد تطرق إليها الكتاب الأصفر من الفيديك في ثلاثة صور:

١- عدم اشتراط نص عام بعدم مسئولية طرف عن فقد الربح أو خسارة أى طرف آخر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

٢- عن طريق تحديد مسئولية المقاول عن المبلغ المذكور في العقد في حالة عدم ذكر المبلغ

٣- باستبعاد مسئولية المقاول عن الأخطار وغيرها بعد انتهاء تاريخ فترة المسئولية عن الأخطار ماعدا في حالة الإهمال الجسيم.Gross Misconduct [٣٣١٣]

ومن الصيغ أيضا صيغة B I M (Building Information moddling) والتى تقوم بتقسيم المخاطر على أساس عادل باستخدام الرسومات والمواصفات ، ومن المخاطر التى تتم معالجتها عندما يدخل مساهم في العقد والمشروع حيث يتحمل كل طرف مسئولية مساهمته أومساهمة تابعيه في المشروع بدءاً من المقاول الفرعى إلى المقاول العام .

ويرى الفقه المقارن أن تلك الصيغة تشجع الأطراف على إدارة بعض المخاطر بمطالبة كل طرف بالحفاظ على الأوراق وتغطية التأمين للسجلات[٣٣١٤].

وتتلخص المخاطر التى يكون رب العمل مسئولاً عنها في الحوادث أو الظروف التى لا يمكن السيطرة عليها أو التحكم بها مثل الحرب والاقتتال الداخلى، أو المخاطر التى تسبب فيها رب العمل بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

وبشأن عقود الفيديك يحدد البند ٣٧ من الكتاب الأصفر مخاطر تنفيذ العقد ويقسمها إلى مخاطر يتحملها رب العمل ، ومخاطر يتحملها المقاول ، ويعدد المخاطر التى يتحملها رب العمل كالقوة القاهرة والحروب والإشعاعات الذرية ، ويتحمل المقاول المخاطر الأخرى التى لم ترد في مخاطر رب العمل

ويحدد البند ٣٨، ٣٩ مسئولية المقاول عن العناية بالأعمال حتى تسليمها لرب العمل، حيث تنتقل المخاطرة إلى رب العمل باستلام المهندس للأعمال وإصداره شهادة الاستلام [٣٣١٢].

أما الكتاب الأحمر يتناول البند (٦٥) منه المخاطر غير المتوقعة والتي يتحملها رب العمل كالحرب والتمرد والإشعاعات الذرية.

([٣٣١٣])Ibid , p. ٣

([٣٣١٤])Richard H. low and Jason m. muncey consensus kocs ٣٠١ Bim Adden dum The construction lawyer constr law.٢٢ ٢٠٠٩

حتى في الصيغ غير المعروفة دوليا مثال وثائق consensus Doc - وهي صيغة بين المقاولين والمصممين والضامنين والصادرة عن American Institute of Architects (ATA)-لا تنص على التعارض بين اتفاقات توافق الآراء واتفاقات ATA وأيهما يتم تطبيقه بقدر ما تبحث عن الطرف ذي الأفضلية في تحمل المخاطر [٣٣١٥]

وتجدر الاشارة الى النسخ الحديثة في عقود الفيديك FIDIC والتي تناولت فلسفة تقاسم المخاطر كمثال

- Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects second Edition ٢٠١٧ (الكتاب الفضي)

- Conditions of Contract for Construction- second Edition ٢٠١٧ (الكتاب الأحمر)

- Conditions of Contract for Plant&design Build- second Edition

---

An June ٣٠ , ٢٠٠٨ consensus doc issued arew document dealing with building information modeling (BIM): the consensus Doc s ٣٠١ BIM A ddendum (BIM Addendum (

هذا الملحق تم صياغته من جمعية المقاولين العامين بأمريكا Associated contractors of America ((AGC

لكن شارك بوضعه بالفعل العديد من المهندسين والمهندسين المعمارين والمالكين والموردين المصنعين والمقاولين الأصلين،والفرعيينووكلاء شركات التأمين، والمحامين

ويضع التزاماً على كل طرف في العقد أن يبذل قصارى جهده للحد من المخاطر والمسئولية الناشئة بالإبلاغ فوراً للمشاركين في المشروع عن أية أخطاء أو تناقصات أو سهو في النموذج .

١Steven G.M stein and Ronald o. wietecha A comparison of consensus Docs to the A I A form constraction contract Agreements

Hienonline – ٢٩ constra law m ٢٠٠٩ the construction lawyer winter ٢٠٠٩

The consensus Docs are endorsed by ٢١ organiations , listed on the consensus docs website

([٣٣١٥])John F. mc Guinn , no title , construction law Journal. ٣٨ (١٩٨٩) , p. ٤٠

٢٠١٧(الكتاب االأصفر)

فقد نصت المادة من الكتاب الأحمر الصادر عام ٢٠١٧ في المادة ١.١٢ منه على مسألة الثقة بين المتعاقدين Confidentiality كالتالي"

"The contractor shall disclose all such confidential and other information as the Engineer may reasonably require in order to verify the contractor's compliance with the contract.

The contractor shall treat all documents forming the contract as confidential, except to the extent necessary to carry out the contractor's obligations under the contract. The contractor shall not publish, permit to be published, or disclose any particulars of the contract in any trade or technical paper or elsewhere without the Employer's prior consent.

The Employer and the Engineer shall treat all information provided by the contractor and marked "confidential" as confidential the Employer shall not disclose or permit to be disclosed any such information to third parties, except as may be necessary when exercising the Employers rights under sub – clause ١٥.٢ (termination for contractor's default).

A party's obligation of confidentiality under this sub-clause shall not apply where the information:

(a) Was already in that parley's possession without an oblgation of confidentiality before receipt from the other party:
(b) Becomes generally available to the public through no brach of these conditions, or
(c) Is lawfully obtained by the party from a third party which is not bound by an obligation of confidentiality. "

وبذات المضمون نصت المادة١.١٢ من الكتاب البرتقالي للفيديك والصادرعام ٢٠١٧ والمادة رقم ١.١١ من الكتاب الفضي الصادرعام ٢٠١٧

من ناحية أخرى نصت المادة من الكتاب الأحمر الصادر عام ٢٠١٧ في المادة ١٨منها على الأحداث غير المتوقعةExceptional Events-
كالتالي"

Exceptional Event" means an event or circumstance which

١- Is beyond a Party's control

٢- the Party could not reasonably have provided again into the Contract

٣- having arisen, such Party could not have reasonably avoided and overcome ;and

٤- is not substantially attributable to the other Party.

An Exceptional Event may comprise but is not limited to any of the following events or circumstances provided that conditions (i) to (iv) above are satisfied:

A- war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemies.

B- rebellion, terrorism, revolution, insurrection, military or usurped power, , or civil war,

C- riot, commotion or disorder by persons other than the Contractor's personnel and other employees of the Contractor and Subcontractors,

D- strike or lockout not solely involving the Contractor's Personnel and other employees of the Contractor and Subcontractors,

E- encountering munitions of war, explosive materials, ionising radiation or contamination by radio-activity. except as may be attributable to the Contractor's use of such munitions, explosives, radiator radio-activity; or

f-natural catastrophes such as earthquake, tsunami, volcanic activity, hurricane or typhoon

وبذات المضمون نصت المادة ١٨.١ من الكتاب الأصفر للفيديك الصادرعام ٢٠١٧ والمادة رقم ١٨.١ من الكتاب الفضي الصادرعام ٢٠١٧

أما عن الإخطار عن تلك الأحداث***Notice of an Exceptional Event*** نصت المادة

الثامنة عشر من الكتاب الأحمر الصادر عام ٢٠١٧ على ذلك كالتالي

١٨.٢ Notice of an Exceptional Event

If a Party is or will be prevented from performing any obligations under the Contract due to an Exceptional Event (the "affected Party" in this Clause), then the affected Party shall give a Notice to the other Party of such an Exceptional Event, and shall specify the obligations, the performance of which is or will be prevented (the "prevented obligations in this Clause

This Notice shall be given within ١٤ days after the affected Party became aware, or should have become aware, of the Exceptional Event, and

The affected Party shall then be excused performance of the prevented obligations from the date such performance is prevented by the Exceptional Event. If this Notice is received by the other Party after this period of ١٤ days, the affected Party shall be excused performance of the prevented obligations only from the date on which this Notice is received by the other Party.

Thereafter, the affected Party shall be excused performance of the prevented obligations for so long as such Exceptional Event prevents the affected Party from performing them. Other than performance of the prevented obligations, the affected Party shall not be excused performance of all other obligations under the Contract.

However, the obligations of either Party to make payments due to the other Party under the Contract shall not be excused by an Exceptional Event

Consequences of an أمـا عـن نتـائج الحـدث غيـر المتوقـع (الاسـتثنائي)

Exceptional Event نصت المادة الثامنة عشر ١٨.٤من الكتاب الأحمر على ذلك كالتالي"

If the Contractor is the affected Party and suffers delay and/or incurs Cost by reason of the Exceptional Event of which he/she gave a Notice under Sub-Clause ١٨.٢ [Notice of an Exceptional Event], the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause ٢٠.٢ [Claims For Payment and/or EOT] to:

(a) (b)

EOT; and/or if the Exceptional Event is of the kind described in sub-paragraphs (a) to (e) of Sub-Clause ١٨.١ [Exceptional Events and, in the case of sub-paragraphs (b) to (e) of that Sub-Clause, occurs in the Country, payment of such Cost.

وبذات المضمون نصت المادة ١٨.٤ من الكتاب الأصفر للفيديك والصادرعام ٢٠١٧ والمادة رقم ١٨.٤ من الكتاب الفضي الصادرعام ٢٠١٧

وبالنظر لعقود الإنشاءات الإنجليزية ظهر فى الطبعة الحديثة لعقد NEC٣ نظام تسجيل الخطر The Risk register الذى يحتوى على المخاطر المحددة سلفاً من رب العمل وهناك ثلاثة أهداف من ذلك النظام وهى:-

١- تحديد المخاطر المرتبطة بالمشروع.

٢- وكيفية إدارتها.

٣- تحديد الوقت والتكلفة المرتبطة بإدارة تلك المخاطر.

وفى اعتقادنا أن الغرض الأساسى لذلك النظام ليس فقط التحديد المبكر للخطر بل أيضا القدرة على التقدير الحقيقى للناتج المالى الإجمالى للمشروع والقدرة الأكبر فى إدارة وقت المشروع.

ويرى الفقه المقارن أن التعاقد من خلال الكيانات المتحالفة Alliance contracting يعد نموذجًا للمشتريات ازداد شعبيته على مدار الفترة الأخيرةلا سيما في القطاع العام في أستراليا ونيوزيلندا لما

فيه من تعاون للأفراد وبث الثقة المتبادلة حيث تتضمن تلك العقود على تقاسم المخاطر[٣٣١٦].

استبدلت إصدارات فيديك ٢٠١٧ أحكام القوة القاهرة الواردة بالكتاب الأحمر والكتاب الأصفر والكتاب الفضي بعنوان جديد وهو الأحداث الاستثنائية ،ويرى الفقه المقارن أن الأمر أكبر من مجرد استبدال مصطلح بآخر، لأن تعريف إصدارات فيديك ٢٠١٧ للحدث الاستثنائي مماثلة (لكنها غير

(٣٣١٦)Stavros Brekoulakis and David Brynmor Thomas:-The Guide Construction Arbitration-Second Edition

Global Arbitration Review- Law Business Research Ltd- London ٢٠١٨

See the Article of : Ellis Baker, Luke Robottom and Anthony Lavers١-Allocation of Risk in Construction Contracts

This article was first published in October ٢٠١٨

For more:- See Julian Bailey, Construction Law, Volume ١, ٢nd ed., (٢٠١٦). p. ٤٩

-Bryan Shapiro QC, 'Transferring Risks in Construction Contracts', p. ٥ (٢٠١٠), available at: http://www.shk.

ca/wp-content/uploads/٢٠١٣/٠٢/Transferring-Risks-in-Construction-Contracts-BSS.pdf.

-Graham Vinter, Project Finance, ٤th ed. , Sweet and Maxwell, (٢٠١٣).p. ١

-Hugh Beale, Chitty on Contracts, ٣٢nd ed., Sweet & Maxwell, (٢٠١٥). p. ١٢٢٧

- Ellis Baker and Michael Turrini, 'The underlying problem: negotiating the ground conditions issue',

Society of Construction Law Paper (٢٠١٣)

- Gordon Smith 'Latent Conditions and the

-Experienced Contractor Test', International Construction Law Review, (٢٠١٦). pp. ٣٩٠–٤١٢

-Nicholas Dennys QC and Robert Clay (eds), Hudson's Building and Engineering Contracts, ١٣th ed., Sweet &

Maxwell, (٢٠١٥). , p. ٤٠٢

The replacement of Force Majeure: the ٢٠١٧.

متطابقة) لتعريف القوة القاهرة في إصدارات فيديك ١٩٩٩ بغض النظر عن وجود بعض المصطلحات "كالشغبRiot' ، والاضطراب والفوضى"commotion and disorder' ،والاضرابstrike ، وكان التغيير الأبرز هو إضافة "تسونامي" إلى "الكوارث الطبيعية'natural catastrophes' ،كما أن تأثير الحدث الاستثنائي في إطار نماذج ٢٠١٧ مماثل لتأثير القوة القاهرة في إطار نماذج ١٩٩٩، مع بعض التعديلات على الصياغة في تخصيص المخاطر والتعويض والتأمين ضد مخاطر محددة (٣٣١٧).

من ناحية أخرى إنه ولئن كانت عقود FIDIC ذات معايير دولية في توزيع المخاطر.

إلا أن نماذج الفيديك تختلف فيما بينها فعلى سبيل المثال الكتاب الأحمر والأصفر في مجموعة فيديك ١٩٩٩ يقومان على تقسيم متوازن للمخاطر بخلاف الكتاب الفضي يضع مخاطر أكبر بكثير على EPC / المقاول المستعد لتحمل المخاطر، إلا أنه يمكن تعديل تخصيص المخاطر في الشروط العامة ل FIDIC

عن طريق استخدام شروط خاصة ،ولذلك جاءت إصدارات عام ٢٠١٧ من عقود الفيديك للنص على حافز reward/risk allocationتقاسم المخاطر ولكن يجدر استخدام ذلك الحافز بحذر(٣٣١٨).

علاوة على ما سبق يتحمل المقاول في قانون الإنشاءات اليابانى مخاطر زيادة النفقات أثناء التنفيذ وفي ذلك يماثل قانون الإنشاءات اليابانى نظيره الأمريكي حيث تنص المادة ١٣ من الشروط العامة للعقد اليابانى (JIA) على أن المقاول عليه سرعة إخطار المشرف (المهندس أو المهندس المعمارى) كتابة في حالة اكتشافه أى تغيرات مادية أو جيولوجية في الموقع تكون مختلفة عن الظروف والمواصفات في العقد (٣٣١٩).

(٣٣١٧)Stavros Brekoulakis and David Brynmor Thomas:-The Guide Construction Arbitration-Second Edition

Global Arbitration Review- Law Business Research Ltd- London ٢٠١٨

See the Article of : Ellis Baker, Luke Robottom and Anthony Lavers١-Allocation of Risk in Construction Contracts

This article was first published in October ٢٠١٨, p٧١.

(٣٣١٨)Ibid, p٧٦.

(٣٣١٩)Ibid , p. ٤٤

أما فيما يتعلق بشروط المخاطر في الشروط العامة لوزارة الإنشاءات اليابانية ، وشروط السكك الحديدية القومية اليابانية فإنها تشابه عقود الإنشاءات الأمريكية غير أن فقرات المخاطر في اليابان يمكن تفسيرها على أنها تقاسم للمخاطر (share) بخلاف الولايات المتحدة الأمريكية تفسر كتحويل للمخاطر Shift)) من المقاول إلى الإدارة [٣٣٢٠].

من ناحية أخرى تلقى معظم العقود الإدارية الدولية عبئاً كبيراً على المتعاقد مع الإدارة بوضع مزيد من الشكوك حول تقدير الظروف التى تقع فيها إلتزاماته وخاصة فيما يتعلق بتلبية المتطلبات المحلية والتقنية إذ أن نوع تلك المتطلبات يعتبر من المرونة بمكان حيث يتغير مع كل حالة، ويمكن التعبير عنها في صياغة العقد بألفاظ عدة [٣٣٢١].

أما فيما يخص العقود في النظام اللاتيني civil law فغالباً ما تشير إلى طبيعة السلوك العام للمقاول من خلال زيادة كفاية الوسائل التقنية لمتطلبات الجهة الإدارية غير أنه قد تضاف عبارات مثال « أفضل الجهود» «العناية الواجبة» لتوسعة حدود مسئولية المتعاقد مع الإدارة [٣٣٢٢].

من ناحية أخرى يعد الالتزام بالمتطلبات التقنية " technical requirements وفقاً لما يحتويه العقد من وثائق عنصراً رئيسياً في تحقيق الأمن التعاقدى إذ أن ذلك يحد من السلطة التقديرية الواسعة للجهة الإدارية فيما يخص تلك المتطلبات ولكنها عملياً إحدى الطرق لزيادة مخاطر المقاول وخاصة إذا كانت تلك المتطلبات غير معقولة [٣٣٢٣].

استطردا لما سبق يثير تسليم الموقع Handing – over of site إشكاليات هامة فيما يخص الأمن التعاقدى حيث إن شرط بدء النفاذ عادة ما يتضمن تسليم الإدارة كل من الموقع والوثائق المتعلقة للمتعاقد معه بل يجب أن يكون الموقع في حالة جيدة حتى التسليم ؛ لذا يجب على الإدارة أن تضمن للعقد صياغة جيدة لشروط الوصول للموقع، ولذلك لابد من الحيطة في التفاوض بشأن شروط الوصول للموقع

تعتمد عقود الإنشاءات في اليابان على الأعراف والممارسة العملية التى تسمى nemashi)) ، وذلك في حالة زيادة التكلفة، وتقوم على نظرية تغير الظروف.

([٣٣٢٠])Ibid , p ٥٠

([٣٣٢١])Francis meuret , op. cit , p. ٦

" the limits of the contractor's responsibility are extended by using the words best efforts , best endeavours. Due care and diligence "to qualify its action .

([٣٣٢٢])Ibid , p. ٦

([٣٣٢٣])for more Ibid , p ٧ (HATTT Airport Project) p. ٨

(٣٣٢٤).

بالإضافة إلى ماسبق يمثل الأمن التعاقدى أوتقسيم المخاطر التعاقدية في عقود البناء النووية nuclear construction contract حالة خاصة حيث تختلف النظرة إليها عن النظرة في مشروعات الطاقة التقليدية التى تقوم على تعاقد الجهة الإدارية مع مقاول يقوم بالبناء والتنفيذ بموجب عقد تسليم مفتاح.

وتتمثل وجهة النظر المختلفة في عقود البناء النووية أن التنفيذ سيكون من خلال مبلغ إجمالى مقطوع وثابت مع وجوب الإنجاز في تاريخ معين، مع وجود احتمالات « محددة » لتحديد الوقت أو الزيادات السعرية بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة يتحمل المسئولية عن كلا من تصميم وتنفيذ جميع أجزاء الأعمال، وبالتالى لن يكون بمقدور المهندس المعمارى أن يدفع مسئوليته بدافع خطأ مورد المعدات ، ولن يستطيع الأخير ـ مورد المعدات ـ أن يدفع مسئوليته عن الفشل في التسليم بدافع خطأ الأول (٣٣٢٥).

وتثير المخاطر المتعلقة بعقود إنشاء المحطات النووية إشكالية فيما يتعلق بجهات الادارة " Risk relating to regulatory authorties "

(٣٣٢٤)Francis meuret , op. cit , p. ٩

انظر في ذلك د. ياسر رجب:المسئولية الإدارية العقدية – دار النهضة العربية ٢٠١٥ ص١٧٩ إلى ص ٢٠٩

(٣٣٢٥)Rupert Reece & others , nuclear projects in the ٢١ st century , International Business law Journal ٢٠٠٩ p. ٢:٥

محطة الطاقة النووية في الواقع تتكون من جزئين منفصلين أولهما هو المرجل بالطاقة النووية والذى يشمل قلب المحطة النووية ويعمل بذلك الجزء عدد قليل من الشركات حول العالم، وثانيهما التوربينات البخارية التقليدية التى تحول البخار إلى كهرباء ؛ لذا فإن الطبيعة المختلفة والمتميزة لذلك الجزئين تتجلى في أن التنفيذ سيكون من خلال شركات منفصلة ومقاولين متخصصين آخرين، وتثير الطبيعة المختلفة للجزئين في تردد كلا من المتعاقدين في تحمل المخاطر المشتركة ؛ لذا فإن مورد التوربينات البخارية مثلاً يتردد في أن يتحمل مسئولية مورد المرجل النووى .

“that there is a strong argument that this risk can only be borne by the person for whose benefit the works »

لذا ستكون جهة الإدارة في وضع أفضل لتحمل المخاطر إفضل من تحرير المخاطر إلى مقاول واحد بموجب عقد واحد، لذا سيكون على الإدارة أن تعمل كدور المنسق بين المقاولين المختلفين وأن تتعاقد بعقود منفصلة مع كل من موردى المرجل النووى،والتوربينات التجارية على التوالى، وربما أيضاً الأعمال المدنية.

حيث إن التأخير Delayوالتعطل Disruptionفي مشاريع الطاقة التقليدية تتسبب فيه الجهات الإدارية المحلية أو السلطات العامة في البلد المضيف بشكل عام بعدة صوره مثل التأخر في إصدار الأداة القانونية اللازمة للمشروع كقانون، أو لائحة، أو مرسوم بقانون، أو عرض على جهة ما، أو التأخر في تحديد السلطة المعنية بالتعاقد، أو عدم وجود خبرة حكومية سابقة (أو لم تكن حديثة) في إنشاء المحطات النووية تفيد في منح الموافقات والتصاريح اللازمة أو استيفاء الاشتراطات اللازمة للمحطات.

من ناحية أخرى تزداد المخاطر التعاقدية في عقود إنشاء المحطات النووية عن غيرها من عقود الإنشاءات؛ وذلك لأن عملية الموافقات ذات الصلة بها تتأخر زمنياً لارتفاع مستوى خطورة تنفيذها ولذلك تزيد الرقابة الإدارية بتلك المرحلة من مراحل تنفيذها لأغراض السلامة والصحة (٣٣٢٦).

لذلك أطلقت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية عدة تدابير توفر الأمن التعاقدي في عقودها وجاءت تلك التدابير مع سن قانون الطاقة الأمريكي عام ٢٠٠٥، وتمثل تلك المبادرة إحدى طرق توزيع المخاطر على الطرف الأقدر على السيطرة عليها (الدولة) وذلك سواء أكان العقد امتياز أم B.O.T أم عقد بناء فقط (٣٣٢٧).

أما بشأن عقود النفط والغاز فلا يوجد نهج معيارى موحد لتقسيم المخاطر فيها وذلك لإصرار

(٣٣٢٦) Ibid , p. ٧

" one solution would be to agree:

- A clear procedure for submission of design documentation (by whom, to whom in what time period , etc)
- A contractual reference criteria for (a) the time for obtaining approvals , and (b) the design of the plant
- That the contractor shall be entitled to an extension of time and / or increase in cost If the authority @ takes longer than the stipulated reference time , or (b) imposes requirements the stipulated design criteria.

(٣٣٢٧)Ibid , p. e

جاء ذلك تماشياً مع اللجنة التنظيمية النووية الأمريكية

the us nuclear Regulatory commission (N RC)وتمثلت تلك التدابير في إعفاءات ضريبية، والتأمين عند المخاطر الخاصة لتنفيذ المقاول أو التشغيل، وبرنامج ضمان القروض ، والجدير بالذكر أنه في إطار هذا النظام المبتكر الجديد يتم تنفيذها لا يقل عن واحدة من محطات الطاقة النووية بالولايات المتحدة الأمريكية.

الجهات الإدارية المتعاقدة على وجوب إنجاز المقاول للجدول الزمنى بشكل غير واقعى –غالباً- إذ قد يتعاقد المقاول مثلاً على جدول مدته ٤٠ شهراً ،ومن ثم يكون للمالك التفاوض حتى ٣٦ شهراً أو ٣٨ شهراً دون منح المقاول المتعاقد فرصة لإعادة السعر ليواءم المخاطر الإضافية، غير أن المحاكم في المملكة المتحدة أصبحت أكثر مهارة في فهم تحليل ذلك المسار الحرج [٣٣٢٨] Critical path analysis (CPA)

من ناحية أخرى في اعتقادنا أنه رغم أن صيغة العقد المقترحة من غرفة التجارة الدولية ICC - فيما يخص تقسيم المخاطر – تعد أكثر عدالة من صيغة عقود الفيديك إلا أنها تبقى محاولة نظرية فقط دون تطبيق واقعى.

يرى الفقه أنه يجب توخى الحذر عند قيام المقاول الرئيسى بنقل المخاطر إلى المقاولين من الباطن حيث يكون ذلك بموجب عقد رئيسى ،وإن لم يوجد ذلك العقد ، أو لم توجد طريقة ثابتة لنقل تلك المخاطر فإن صياغة العقد الفرعى تحوى كثيراً من المخاطر أهمها احتمالية وجود ثغرات وغموض العقد الفرعى علاوة على عدم ضمان تحديث العقود الفرعية مع التعديلات في القانون[٣٣٢٩].

في سياق مغاير يعد تعويض المقاول في الولايات المتحدة الامريكية عن التكاليف الزائدة والناتجة من أسباب خارج سيطرة أطراف العقد لذا يتحمل المقاول مخاطر الظروف المتغيرة والتى تنص على تسوية عادلة فيما يخص الظروف الطبيعية التى يواجهها المقاول، لذا شرعت الجهة الإدارية في تبني سياسة تحمل تلك المخاطر لعدم قيام المقاول بتضمينها ضمن أسعار عطائه[٣٣٣٠].

أما فيما يتعلق بالإجراءات الإدارية (عمل الأمير) تتحمل الإدارة بموجبها خطر الضرائب المحلية أو الاتحادية أثناء العقد، وذلك إلى جانب تكاليف الإسراع، والمخاطر الثانوية "secondary cost

---

([٣٣٢٨])Hooker, op. citp. ١٥

([٣٣٢٩])Zac spyrou , sub-contracting ; risks and opportunities construction law Journal ٢٠١٠ , p. ١

Fore more: ١ – peter hIbberd, Agreements promote risk reduction, construction law Journal ٢٠١٠.

٢- Neil Jones: Jct leaves risk allocation unchanged construction law Journal ٢٠٠١

([٣٣٣٠])Nash , op. cit , p٧٠١

" risks كالقوة القاهرة والمخاطر التى يتحملها طرف ثالث [٣٣٣١].

المطلب الثانى

التوزيع القضائى للمخاطر

"Judicial risk Allocation "

يرى الفقه المقارن وجوب إقرار آلية تمنح طرف ثالث في عقود الإنشاءات سلطة مشروطة لإعادة التوزان التعاقدى، علاوة على حق فسخ العقد في حالة عدم التوازن [٣٣٣٢].

ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية أهم من المال من خلال مبدأ " money isn't everything " فالقانون الإجرائى ليس كالنصوص عادة، حيث يبحث القاضى عادة في نية الأطراف وفي المستقبل[٣٣٣٣].

أما القاضى الأمريكى فيذهب – غالبا – لافتراض أن مخاطر معدلات الأجور تعد بعيدة عن مسئولية طرفى العقد، وتزيد تلك الإشكالية في حالة عدم تنظيم تلك النوعية من المخاطر ضمن العقد [٣٣٣٤].

---

(٢) Ibid p. ٧٠٢ .

([٣٣٣٢])Gerald s. Hartman , assumption of risk in two – steps formal Adevertising – public contract law Journal p.١٠٥

حيث يرى ذلك الفقه إن العقد عادة تتوقع نصوصه المستقبل bridge towards the future وبالتالى يجب أن يحكم العقد المخاطر ومن خلال السيطرة على الحقائق وتأمين العلاقات التعاقدية والتجارية، لذا لابد أن يكون العقد غير محصن "immutable" بحيث لا يملك طرف واحد تعديل العقد بطريقة انفرادية "unilaterally" فلا يملك القاضى نفسه ذلك سواء أكان ذلك بإضافة التزامات أو مراجعة العقد لكى يعيد التوازن الاقتصادى

For more: nili cohen & Ewan Mckendrick comparative remedies for Breach of contract – Hart publishing , oxford and Portland ٢٠٠٥ p. ٩٩

([٣٣٣٣])mitija koval , comparative contract law and economics – Elger ٢٠١١ p. ١١٩

For more ; treitel , Gunther H. frustration and force majeure , sweet , Maxwell ١٩٩٤.

([٣٣٣٤])Paromel Electronics crop , ASBCA , motion of reconsideration denied , ٦٥ – ٢ BCA – Nash, op. cit , p. ٧١٥

مؤدى ما سبق أن القاضى منوط به إعادة التوازن التعاقدى لكن أغلب المحاكم ترفض فكرة إعادة توزيع المخاطر وتترك توزيع المخاطر للقواعد العامة في تفسير العقد.

صفوة القول أن دور القاضى عند قيامه بإعمال سلطته في توزيع المخاطر يرتكز على الوقائع، ويعتمد في ذلك على عناصر مثل صياغة العقد والفقه ، بالإضافة إلى فقرات التسعير وحدها يمكن أن تكون مقبولة كعامل مساعد لتوزيع المخاطر، لذا قد تقوم المحاكم بإعادة توزيع المخاطر وهى تغض النظر عن تلك الفقرات ولكن تلك الآلية غير واسعة التطبيق [٣٣٣٥].

علاوة على ما سبق يعمل القاضى الأمريكى على فرض التوازن من خلال فقرات التسعير في العقد وغيرها من الفقرات كفقرات تقاسم المخاطر وذلك من خلال عدة عناصر كالتالى:

الواجبات المفترضة (الضمنية) Implied Duties

يقوم القاضى الأمريكى بإعمال التوازن التعاقدى من خلال البحث عن النية المفترضة والضمنية وقد يكون ذلك من خلال قيام الإدارة بفرض نفقات إضافية على المقاول المتعاقد، حتى وإن أوجد حلاً لتأخر جهة الإدارة في أداء التزاماتها التعاقدية بافتراض وجود التزام ضمنى مفاده وجوب حسن النية في أداء الالتزامات التعاقدية، وبافتراض ألا يعيق طرف في العقد الطرف الأخر، أو يمنعه من أداء التزاماته التعاقدية [٣٣٣٦].

في تلك القضية فشل المقاول توفير ما يلزم من خدمات الموظفين الضرورية، ولذلك قررت المحكمة إحلاله من مسئولياته التعاقدية، وبالتالى فسخت العقد بقوة القانون، لذا ينصح الفقه المقارن المقاول المتعاقد مع الإدارة بأن يحتاط للمخاطر المصاحبة بالعمالة بأن يظل دائماًon schedule خاصة لاتصاله بالعديد من المشروعات ومشاكل العمالة.

(٣٣٣٥) في اعتقادنا أن الأداة الأساسية في توزيع المخاطر هي التحفظات السعرية، والتى تعمل على توزيع المسئولية عن المخاطر غير المتوقعة، غير أن أغلب العقود الإدارية لا تقوم بعمل توزيع مخاطر بشكل كامل

(٣٣٣٦)nash , op. cit , p. ٧٠٥

مثال ذلك قضية parish

)parish v. united states , ٩ & f. sup p. ٣٤٧ cc.t cl. ١٩٥١)

حيث تأخرت الإدارة في اعتماد الرسومات الهندسية مما تسبب في خسارة المقاول وتكلفته بالعمل في الشتاء وقامت المحكمة بتكييف فعل الإدارة بأنه إهمال " negligence"

وقد طبقت القاعدة السابقة كذلك في حالة تسبب جهة الإدارة في إيقاف الأعمال.

غير أن المحكمة العليا الأمريكية ذهبت في اتجاه غير واضح – إلى أن الفقرات التعاقدية التى تعفى جهة الإدارة من مسئولية الخطأ أو الإهمال تتعارض مع النظام العام [٣٣٣٧].

وقد تم العدول عن ذلك الاتجاه في قضية " croft "[٣٣٣٨]حيث ذهبت المحكمة لإمكانية اتفاق أطراف العقد على تعديل الواجبات المفترضة في حالة الرغبة في ذلك بشرط وضوح التعديل بل ذهبت بعض المحاكم لأبعد من ذلك كقضية " spearin "[٣٣٣٩].

والتى قرر القاضى فيها فرض ضمان ضمنى على الإدارة بأن تكون الرسومات والمواصفات المقدمة منها كافية لقيام المقاول المتعاقد معها بالتزاماته بشكل مرضى.

فضلا على ما سبق تعتمد آلية تقاسم المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية على وجود نموذج اختيارى للتوقعية optimal risk allocation ويكون ذلك من خلال شخص ثالث – غالبا ما يكون القاضى ـ يكون له سلطة إعادة التوازن المالى للعقد، ومن أحد الاحتمالات في ذلك طلب فسخ العقد، ولكن لابد من الأخذ في الاعتبار أن طالب الفسخ قد يستفيد بسوء نية أو غش من الفسخ، لذا لابد أن يكون ذلك من خلال أمرين:

١- الأمر الأول: تقييد سلطة إنهاء العقد " termination power"

٢- الأمر الثانى: أن يكون حسن النية شرطاً فيمن يطلب الإنهاء بداعى وجود تغير في الظروف

" the armed services Board of contract Appeals has followed the same general rule in its consideration of cases under the suspension of work clause which allocates the risk to the government when it has caused the delay "

([٣٣٣٧])ozard dam constructors v – united states ١٢٧ f. supp ١٨٧ (ct.cl.١٩٥٥)

([٣٣٣٨])united states v. croft – mullins Electric co. ٣٣٣ f. ٢d ٧٧٢ (٥th cir. ١٩٦٤)

([٣٣٣٩])united ststes v. spearin ٢٤٨ u.s ١٣٢ (١٩١٨)

انتهت المحكمة لعدم إمكانية استبدال الضمانات المفترضة في الفقرات العامة فيما يتعلق بفحص الموقع أو معاينة الخطط أو حتى افتراض المسئولية على الأعمال حتى اتمام تلك الأعمال وقبولها لذا تتطلب المحاكم مستوى عال من الدقة – نسبياً – فيما يخص المعلومات التعاقدية وصياغة العقد، ولا يعد ذلك مستحيلاً إذا كان المقاول عالماً بخطأ الإدارة في المواصفات أو كان يفترض علمه بذلك.

وفي اعتقادنا أن فقرة الواجبات الضمنية تعد آلية للقاضى للنظر خلف نصوص العقد المكتوب للنظر في توزيع المخاطر.

السوقية [٣٣٤٠].

أما في عقود الإنشاءات الدولية المحددة السعر يظل الوضع مغايراً حيث يتحمل كل طرف مخاطر التزاماته التعاقدية والأحداث غير المتوقعة، لكن يمكن من خلال إعادة التفاوض عرض نقل المخاطر إلى الطرف الأكثر قدرة على تحملها [٣٣٤١].

ولكن في اعتقادنا أن المخرج الوحيد إذا ما استجدت ظروف تعاقدية غير متوقعة هو إنهاء العقد من طرف واحد.

من ناحية أخرى يرى الفقه المقارن أن القاضى يملك تحديد أنواع الفقرات التعاقدية التى يلجأ إليها لتعويض المقاول المتعاقد مع الإدارة، لكون تلك الفقرات غير ملزمة له بالتطبيق خاصة إذا ما كانت متعارضة مع النظام العام كمثال تعارضها مع ضمانات العقود، فالقاعدة العامة في دول القانون العام أن " من أتلف شيئاً فعليه إصلاحه، لكن من ناحية أخرى يمكن تقبل فكرة تحمل المخاطر والأعباء حتى بدون خطأ، فالمسئولية التعاقدية يمكن أن يتحملها المتسبب في الضرر عمداً، وأيضاً يمكن تحمل مَن تسبب في

(٣٣٤٠)Mitja kovat ,comparative contract law and Economics , Edward Elgar publishing limited ٢٠١١, p. ٣٣٠

" hence , in order to Internalize the risk of opportunism and cheating , efficiency requires that no unilateral termination should ever be granted unless contractually otherwise provided for , and parties should either perform or breach the contract and pay expectation damages.

(٣٣٤١)تجدر الإشارة إلى أن فلسفة الإنهاء من طرف واحد في القانون الفرنسى تقوم على وجوب النص على ذلك صراحة، أو عندما يكون العقد غير محدد المدة، ولم يتم النص على ذلك في فقرات تشريعية محددة بل يتأتى ذلك من خلال القانون الإجرائى إذ يعتمد القضاء الفرنسى عامة على الفاعلية.

" analysis reveals that French Judges when deciding on daily case – by – case basis are actually , regardless of whether they are aware of it or not , taking into account efficiency consideration …….. "

القضاء الإنجليزى يعتمد في الإنهاء من طرف واحد على الشروط الاتية:

- أن يكون العقد مستمراً غير محدد المدة ـ منح الأطراف حق الاختيار
- اعتبارات معقولة من حسن النية ـ الإخطار المسبق

الضرر بإهماله[٣٣٤٢].

ويمكن للقاضى إعمال سلطته في توزيع المخاطر من خلال تدخله بالتفسير واسترشاده بطرق تفسير مساعدة حتى وإن كانت في مجال القانون الخاص وفي ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية [٣٣٤٣].

وعلى صعيد القضاء الفرنسى استطاع مجلس الدولة الفرنسى الوصول لحل وسط فيما يتعلق بتحديد دور القاضى الإدارى في مواجهة مخاطر الظروف الطارئة ما بين الحفاظ على قواعد الاختصاص من ناحية، ومحاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من ناحية أخرى وذلك بدعوة الإدارة والمتعاقد معها إلى الاتفاق الودى وإلا لن يكون أمام القاضى إلا الحكم بالتعويض والذى يلجأ إليه كحل احتياطى في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين [٣٣٤٤].

ومن جانب مغاير يحذر الفقه من منح القاضى الإدارى سلطة تعديل الالتزامات التعاقدية إذ إن تلك السلطة قد تمس مصلحة عامة أوردتها جهة الإدارة في العقد، بما يؤدى للمساس بالمصلحة العامة [٣٣٤٥].

ويؤيد جانب آخر من الفقه ذلك باعتبار أن اعتبارات النفع العام تتوجب استمرارية نفاذ شروط العقد حتى تقبل جهة الإدارة تعديله طواعية باعتبارها الأقدر على تقدير المصلحة العامة [٣٣٤٦].

علاوة على ماسبق يرى الفقه المقارن أن القانون الإدارى الفرنسى قد قام بتطوير نظرية عدم التوقع Imprevision - بخلاف القانون المدنى ـ حيث تقبل المحاكم الإدارية الفرنسية تلك النظرية بدافع

([٣٣٤٢])Robert c. Meyers , Debra. a. perselman: construction Insurance: Risk allocation through Indemnity obligations in construction contracts south Carolina law Review ١٩٨٨ – ١٩٨٩ , p. ٩٩٠

([٣٣٤٣]) طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٩ ق بتاريخ ١٩٦٧/٥/٢٠ مكتب فنى ١٢ الجزء الثانى.

من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها وتكون متفقة مع مايوجبه حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، حيث لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزمات وفقاً للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام ومن المسلم به أن قواعد التفسير المقررة في القانون المدنى إنما تقوم على حسن الفهم والإدراك أو إنها إنما وضعت لتعين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإذا كان ذلك هو الشأن في مجال القانون الخاص فإن القانون الإداري ـ وهو غير مقنن – أولى بأن تسوده هذه الفكرة.

([٣٣٤٤]) المرجع السابق، ص ٤٣٢

([٣٣٤٥]) المرجع السابق، ص ٤٣٢

([٣٣٤٦])د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربى طبعة ١٩٨٤ ص٦٣١.

المصلحة العامة عن طريق تأمين استمرارية المرفق العام " public service" مع الأخذ في الاعتبار المصلحة الخاصة للمقاول المتعاقد مع الإدارة، لذا أقر مجلس الدولة الفرنسى حق المقاول في التعويض عندما تستحدث ظروف جديدة تؤثر على تنفيذ العقد، أو ترهق المتعاقد غير أن التسوية العادلة لا يتم ضمانها بكل الأحوال(٣٣٤٧).

ويؤكد الفقه العربى على ذات المفهوم بأن أساس نظرية عدم التوقع هو دوام سير المرفق العام لتتحمل الإدارة الخسارة اللاحقة للمتعاقد في حالة ارتفاع الأسعار(٣٣٤٨).

وعلى صعيد القضاء الأنجلو أمريكى قررت المحكمة أن افتراض المخاطر يقع على الطرف الذى ظهرت من تصرفاته – صراحة أو ضمناً – دليل على قبوله عمل المخاطر (٣٣٤٩).

وقد تعتمد المحكمة في استخلاص النوايا على نصوص العقد (٣٣٥٠) أو على استخلاص نوايا الإدارة والمتعاقد معها من خلال الظروف المحيطة (٣٣٥١).

(٣٣٤٧)Mitja kovat , op. cit p ١٥٩ -١٦٩

(٣٣٤٨)د. محمد الأعرج: نظرية عدم التوقع في تنفيذ العقود الإدارية – تعليق على حكم المحكمة الادارية بالرباط رقم ٣٦١٤ بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢ شركة الأشغال الكبرى للطرق ضد وزير التهجير – المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية المغرب – العدد ١٠٧ سنة ٢٠١٢.
يذهب هذا الرأى لوجوب تعويض الإدارة المتعاقد معها تعويضاً كاملاً من الحوادث الاقتصادية التى طرأت أثناء التنفيذ والتى تغلب التوازن الاقتصادى للعقد من خلال تحويل الربح المتوقع للمقاولة إلى خسارة أو تجاوز الحد الأعلى للسعر في حالة تضمين العقد هامش للارتفاع المحتمل للأسعار، أو إحداث تأثيرات عميقة وغير طبيعية من خلال النشاط العام للمقاولة.

(٣٣٤٩)Gerald , op. cit , p. ٢١٠

" Electro-nuclear laboratories ASBCA ٩٨٦٣ , ٦٥ – ١ – BCA – ٤٦٨٢ (١٩٦٥)

(٣٣٥٠)federal Electric ASBCA ١٢ ,٤٤٩ , ٦٩ – ٢ BCA -٧٧٩٦ (١٩٦٩)

" It is clear that the parties in agreeing on specific contract terms may define expressly or by implications the scope of what events they consider to render performance impossible and which of the parties should bear the consequences of such Impossibility "

(٣٣٥١)the Development Inc , ASBCA ١٢ ,١٢,٤٣٧,٦٩-I BCA (١٩٦٩)

بالإضافة إلى ماسبق يرى الفقه المقارن أن القاضى عندما يقوم بدوره في تقسيم المخاطر لا يهتم بماهية الطرف الذى تسبب في تلك المخاطر، وعادة يمكن للعقد الإدارى الدولى أن ينص على شروط صريحة للتعامل مع المخاطر [٣٣٥٢]،غير أنه يمكن للقاضى أن يقوم بتوجيه الإدارة والمتعاقد معها لمبادئ تقسيم المخاطر صراحة أو ضمنا [٣٣٥٣]، حيث إن توزيع المخاطر يمكن إرجاعه إلى نصوص القانون من جهة كون ذلك التوزيع هو نتيجة لتطبيق القانون أكثر من كونه نتيجة للواقع[٣٣٥٤].

ويذهب بعض الفقه إلى أن إدراج شرط تقسيم المخاطر قد يكون إيجابياً أو سلبياً في العقد، ومثال الحالة الأولى: عندما ينص العقد على تحمل طرف ما في العقد للمخاطر صراحة أو ضمناً، ويمكن أن يكون سلبياً كمثال: قضية sinball والتى قرر القضاء فيها مبدءا مهماً ،وهو: « عند إشارة القاضى إلي تقسيم المخاطر صراحة أو ضمناً من خلال شرط لاحق فإنه يكون بصدد تطبيق القواعد العامة التى يمكن تطبيقها على العقد، وفي حالة غياب الضمانات الصريحة سيكون القانون موشراً تحذيرياً [٣٣٥٥]

وهنا يثور التساؤل- في سياق مغاير- عن ماهية من يتحمل مخاطر الأداء بسبب التغير في تكلفة المواصفات أو استحالة الأداء Impossibility of performance؟

في اعتقادنا أنه في الغالب يكون المقاول مطالباً بالتنفيذ، ولكن عندما يكون التنفيذ أكثر صعوبة أو مستحيلا فإن تلك القاعدة لا يمكن تطبيقها لأن مطالبته بالتنفيذ تكون غير ممكنة، وغير عملية ،ومن ثم يجوز للقاضى في هذه الحالة أن يتقصى المقصود من غرض التعاقد.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قد تكون إعادة الصياغة حلاً في حالة استحالة الأداء إذا كان التنفيذ صعباً بسبب التكلفة العالية، ولكن اتجاه المحاكم الأمريكية في هذا الصدد مختلف عما قررناه، فهو

" this result is not unexpected but does illustrate the board's approach as in previous case of examining the surrounding circumstances to determind the intention of the parties in fixing their responsibilities"

([٣٣٥٢])John cortwright , misrepresentation , mistake and non – Disclosure – sweet and Maxwell ٢٠٠٧ , p. ٥٠٩

([٣٣٥٣])M c Rae v. commonwealth Disposals commission (١٩٥١) ٨٤ c.l.R ٣٧٧ , HCA

([٣٣٥٤])" the second analysis involves the allocation of risk by implication of law rather than express promise or implication of fact "

([٣٣٥٥])cortwright, op. cit , p٥١٠

مبني علي عدم افتراض المخاطر ما لم يكن تفسير العقد – في ضوء الأعراف - يؤدى الى ذلك [٣٣٥٦].

أضف إلى ما سبق أن نية المتعاقد قد تؤخذ في الاعتبار – عند تقرير القاضى الأمريكى للمخاطر كمثال قضية " Aerosonic" تعاقد المقاول على عقد محدد السعر مع معرفته باحتمالية وجود صعوبات وبتعاقده غير المحسوب افترضت المحكمة علمه بالمخاطر، وقدرت أن تعاقده كان ظناً منه بتحويل المخاطر للإدارة لاحقاً [٣٣٥٧]

وفي سياق مختلف ذهب القاضى في قضية Austin إلى افتراض علم المقاول بصعوبات التنفيذ بدليل وجود مواصفات بديلة تدفع استحالة التنفيذ بما يعنى أنه علم بوجود المخاطر لذا حكمت المحكمة بأن التأخيرات التى لا يمكن قبولها لا تعفى المقاول من مسئوليته عنها لأن التحفظ فقط يمكن قبوله بالنسبة للأحداث غير المتوقعة " extraneous contingencies" [٣٣٥٨].

ومن ناحية أخرى قد يذهب القضاء إلى أن المقاول كان لديه علم كامل بمخاطر الاستحالة [٣٣٥٩]

([٣٣٥٦])Nash , op cit , p ٧١٠

" this rule has been followed by the Armed services Board of contract appeals.

([٣٣٥٧])Instrument corp. ASBCA No. ٤١٢٠ , Austin co , ASBCA No ٤٢٥٥ Nash , op cit ٧١١

- الحل الوحيد لدفع المقاول المسئولية عنه أمام الإدارة هو أن يثبت امتلاك الإدارة للتكنولوجيا الفائقة أو المعرفة الفائقة، وهذا ما قرره القاضى في قضية " Johnson Electronics

Johnson Electronics, Inc , ASBCA no. ٩٣٦٥ ٦٥ – BCA

" the Armed services board of contract Appeals has analyzed the facts in such a way as to indicate that it will hold the contractor has assumed the risk of impossibility of performance unless the contractor can demonstrate that the government had superior Knowledge "

وفي السياق نفسه اعتبرت المحكمة في قضية Mitchell canneries , وقضية v. United States أن التنفيذ أصبح مستحيلاً بسبب الطقس Dillon v. United States في القضية الأولى، والقوة القاهرة غير المتوقعة في القضية الثانية.

([٣٣٥٨])Austin co. v united states (١٩٦٣) Ibid , p. ٧١٢

([٣٣٥٩])Ibid , p. ٢٠٠

لذا يحتاط المقاول بافتراض التغييرمقدماً (التغيير المقترح) بعد دراسة المواصفات الأصلية [٣٣٦٠] ومن الأفضل أن تتم دراسة الظروف المحيطة بالتعاقد [٣٣٦١].

ويقرر الفقه المقارن أن للاستحالة -كنوع من المخاطر التعاقدية في عقود الدولة- معيارين أولهما: موضوعي، والآخر: شخصي، وهما يكملان بعضهما بعضا[٣٣٦٢] ،وتتجه المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن المخاطرفيما يتعلق بعنصر الاستحالة يمكن تصنيفها في ثلاث مجموعات كالتالى:

١- عدم وجود التسوية العادلة للمقاول، وذلك في حالة معرفته بعيوب المواصفات أو الاستحالة ورغم ذلك أقدم على التعاقد.

٢- عدم استطاعة المقاول تغطية نفقاته عند قيام الإدارة بالتعديل في المواصفات.

٣- عدم تغطية المقاول نفقاته وذلك عند الحاجة لتنفيذ تقنى عالى الدقة [٣٣٦٣].

٤- قد تعمد المحاكم لتحميل جهة الإدارة مخاطر الاستحالة [٣٣٦٤]. وذلك لعدم جاهزية الآلات[٣٣٦٥].

([٣٣٦٠])Ibid , p. ٢٠٠ Austin co. v. united states ١٦١ ct , cl cert , den ٣٩٧ u. s ٨٣٠ (١٩٦٣)

([٣٣٦١]) Ibid , p. ١٩٩. لذا يوازن مجلس الاستئنافات التعاقدية the board of contract appeals بين الظروف المحيطة بالتعاقد من خلال فحصها للتأكد من خطر الاستحالة.

ويذهب الفقه المقارن إلي أن المقاول بقبوله تنفيذ العقد قد يلزم نفسه أحياناً بتنفيذ فيه استحالة إذا طرأت العديد من المخاطر، لذا نص قانون العقود في المواد من ٤٥٤ إلى ٤٦٩ على عدة قواعد تنص على استحالة الأداء، ولا تنص علي الحالات المستحيلة فقط بل تنص أيضاً على المجالات الصعبة الأداء أوالمكلفة.

([٣٣٦٢])Ibid , p ٢٠١

Due to the nature of the thing to be done or to the capacity of the person who has promised to do it , it is the difference between the thing cannot " Impossibility may be done and " I cannot do it " the first is objective , the second is subjective "

([٣٣٦٣])Gerald , op. cit , p. ٢٠٧

([٣٣٦٤])Ryan Aeronautical: ASBCA. ١٣٣٦٦٧٠ , I BCA (٠٧٠)

([٣٣٦٥])Conrad Inc , ASBCA ١٤٢٣٩ , ٧١ – ٢BCA (١٩٧١)

أو عدم ملاءمة التصاميم (التصاميم المعيبة)[٣٣٦٦]. أو عدم كفاية المواصفات [٣٣٦٧].

وفي السياق ذاته وضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية فكرة المخاطر في نظرية الظروف الطارئة، وذلك انطلاقا من القول بأن معيار تطبيقها يعتمد على فكرة عدم التوقع أيا كان نوع تلك المخاطر فقالت: " إن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإدارى رهن بأن تظهر خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف استثنائية عادة، طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية لم يكن في وسع المتعاقد توقعها عند إبرام العقد، ولا يملك عند التنفيذ دفعها، من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التى يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً [٣٣٦٨].

وفي اعتقادنا أن مرونة معيار الارهاق في التنفيذ المرتبط باختلال التوازن المالى والمرتبط بفكرة الخسارة الاستثنائية الجسيمة قد يؤدى إلي اختلاف في التطبيق من عقد لآخر [٣٣٦٩].

وقد خالفت المحكمة الإدارية العليا وجهة النظر السابقة باعتمادها على المعيار الموضوعى وليس الشخصى، حيث حددت الخسارة الجسيمة المرتبطة بالإرهاق في التنفيذ بالنظر إلى ظروف العقد ذاته دون

([٣٣٦٦])united states v , spearing , op. cit , p. ٢٠٧

([٣٣٦٧])Gerald , op. cit

" where the board stated " we find that government drafted and used a defective specifications. one that specified performance requirements which could not that appellant assumed the risk of that impossibility "

([٣٣٦٨]) حكم المحكمة الادارية العليا – الطعن رقم ٢٩/٢٥٤١ ق ١٩٨٥/١١/٣٠ – ٣٢ / ٤٢٩/٦١ مشار إليه لدى د. حمدى عكاشة المرجع السابق ص ٣٠٥

وعبرت المحكمة ذاتها عن عدم كفاية تفويت فرصة الربح أو انقاصه لتطبيق النظريات في حكمها الصادر بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٧ انظر حكمها ٠ الطعن رقم ٢٩/٣٥٦٢ ق – (١٩٨٧/٥/١٦) ١٢٣٥/١٨٨/٣٢ مشار إليه بلمرجع ذاته ص ٣٠٥، ومشار إليه تفصيلاً ص ٣٦٠

([٣٣٦٩]) د. عبد الرازق السهنورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء السابع – العقود الواردة على العمل – مؤسسة روز اليوسف طبعة ١٩٨٩ ص ٦٤٥ وما بعدها

حيث إن الارهاق في نطاق روابط القانون الخاص يعد معياراً مرناً يتغير بتغير الظروف، وقد أيدت محكمة القضاء الإدارى وجهة النظر ذاتها في حكمها الصادر بجلسة ١٩ يونيو سنة ١٩٦٠ م – س ١٤ ص ٢٦١ وما بعدها.

النظر إلى ظروف المتعاقد الخارجة عن نطاق العقد [٣٣٧٠].

حيث ذهبت إلى أنه في تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظروف الطارئة يتعين الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصاديات العقد، ومنها كامل قيمة العقد، ومدته ،وفحصه في مجموعة كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره، فقد تكون في العناصر الأخرى ما يجزىء المتعاقد، ويعوضه عن العنصر أو العناصر الخاسرة فيه [٣٣٧١].

وكذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا إلى أن تحمل المقاول لكافة مخاطر العقد وجميع الصعوبات المادية التى تصادفه وفقاً للشروط العامة _سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة_ لا تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار كى تشاركه في الخسائر التى تكون قد لحقته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول[٣٣٧٢].

وأما فيما يتعلق بالعقود الجزافية (عقود السعر) فقد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع إلى أن الطابع الجزافى في تحديد الثمن في تلك العقود لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[٣٣٧٣] على أن الجمعية اشترطت لتطبيق هذه النظرية أن يكون هناك اخلال باقتصاديات العقد يؤثر على تقدير الثمن المتفق عليه[٣٣٧٤].

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم مهم لعدم جواز قيام الإدارة بحرمان المتعاقد معها من التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ عن طريق تضمين العقد شروطاً بذلك[٣٣٧٥].

([٣٣٧٠]) د. عكاشة، المرجع السابق ص ٣١٠ وما بعدها.
ويراجع في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة ١٩٦٠/٧/١٤ س ١٤ ص ٩٤ وحكمها بجلسة ١٩٧٢/٦/١٧ السنة ١٧، ص ٥٧٦

([٣٣٧١]) المحكمة الادارية العليا، العقد رقم ٣٥٦٢ / ٢٩ ق – (١٩٨٧/٥/١٦) ٣٥/٨٨/٣٢

([٣٣٧٢]) حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٣١١ – ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٠٣/١٤)

([٣٣٧٣]) فتوى الجمعية العمومية (الفتوى رقم ٩٥ في ١٩٩٢/٢/٤ – جلسة ١٩٦٤/١/٢٩)-٦٨/٦٩/١٨) المرجع السابق ص ٥٢٠

([٣٣٧٤]) لا يتفق د. عكاشة مع اشتراط ذلك الشرط وتمييز العقود جزافية الثمن لكون العقد الجزافى كغيره من العقود الإدارية الأخرى عقد ارتضى المقاول تنفيذه بسعر مقطوع ولا يغير من طبيعته أن تكون مخاطر العقد الجزافى أكثر لكون المخاطر محسوبة.

([٣٣٧٥]) محكمة القضاء الإدارى – الدعوى رقم ١٠٨٢ (١٩٦٠/٤/١٤، ٢٦/٢٥/١٤) مشار إليه لدى المستشار الدكتور / عكاشة، المرجع السابق ص ٣٥٨

ومن ناحية أخرى حددت المحكمة الادارية العليا دور القاضى عند وجود المخاطر في نظرية الظروف الطارئة،فدوره يقتصر على الزام الجهة الإدارية المتعاقدة بالتعويض المناسب دون أن يكون للقاضى تعديل الالتزامات العقدية، بل وألزم الحكم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته التعاقدية وإن كان له طلب العون منها عن طريق تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به عند التنفيذ [٣٣٧٦] وذهبت المحكمة كذلك إلى أنه يجب تقدير الاختلال الناتج عن نظرية الظروف الطارئة بالنظر إلى مجموع عناصر العقد ومجموع مدته [٣٣٧٧].

وفيما يتعلق بالمخاطر في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع إلى أن المتعاقد يستحق الفرق بين تكاليف مواجهته للصعوبة غير المتوقعة وبين تكاليف مواجهته للصعوبة المتوقعة [٣٣٧٨].

ويثور تساؤل عما إذا توقعت الإدارة والمتعاقد معها تلك المخاطر والصعوبات وتم الاتفاق على تحميل المتعاقد كافة آثارها بحيث لا يحق له المطالبة بالتعويضات.

وهنا ذهب رأى – ونؤيده – بأن الاتفاق على تنظيم الحقوق والالتزامات والتعويضات المترتبة على تلك الصعوبات يصح تطبيقه، أما في حالة إشتراط الإدارة تحملها آثار تلك الصعوبات بالتعويض

«..... ومناط هذا الحكم يرد على طبيعة العقود الإدارية التي من شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بأي من هذين الحدثين، فإذا كانت جهة الإدارة قد أخذت على المدعى التعهد بعدم الاحتجاج عليها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ، فإن هذا الاشتراط غير مشروع ولا يتقيد به »

([٣٣٧٦]) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٩/٣٥٦٢ ق – (١٢٣٥/١٨٨/٣٢/١٩٨٧/٥/١٦) مشار إليه لدى د.عكاشة، المرجع السابق ص ٣٠٥، ومشار له تفصيلا ص ٣٦٦.

([٣٣٧٧]) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٤٦-١٤ (١٩٧٢/٦١١٧) ٥٧٦/٨٢/١٧) مشار إليه لدى مستشار دكتور / عكاشة المرجع السابق ص ٣٦٩

«.... ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعته لا أن ينظر إلى أحد عناصر فقط بل يكون ذلك مراعاة جميع العناصر التى يتألف منها. أو قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التى أدت إلى الخسارة، ومن ثم انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد ».

([٣٣٧٨]) فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع جلسة ٢٩ يناير سنة ١٩٦٤ رقم ٩٥ في ١٩٦٢/٢/٤ – ٨٦/٦٩/١٨ المرجع السابق ص ٨٩ حيث حددت تلك الفتوى عدة مبادئ منها أنه يجب تحديد الزيادة التيى يجرى التعويض عما ترتب على مواجهتها من نفقات.

الجزئي وليس الكامل فإن ذلك الاشتراط المسبق يصح قبوله بافتراض أن المتعاقد قد أخذ في اعتباره تلك المخاطر عند تسعير العطاء[٣٣٧٩].

أما فيما يتعلق باستبعاد تطبيق النظرية بصورة كاملة بعدم قيام الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً عن المخاطر غير المتوقعة التى قد يصادفها فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى أن ذلك الاستبعاد الذى يحمل المتعاقد كافة مخاطر التنفيذ لا يمكن تفسيره إلا على الصعوبات العادية فقط بخلاف الصعوبات الاستثنائية [٣٣٨٠].

علاوة على ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى الاعتداد بالشروط كما وردت بنصوص الشروط العامة، وأعفت الإدارة من المسئولية عن الصعوبات المادية غير المتوقعة إلا إذا بلغت حد الظرف الطارىء المؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد [٣٣٨١] وذلك بخلاف الجمعية العمومية للفتوى والتشريع فقد أيدت ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسى [٣٣٨٢] وقد ذهبت إدارة الفتوى إلى أن التأخير في تنفيذ العملية إذا كان راجعاً إلى الجهة الإدارية يجوز إضافة مدة العقد دون غرامة تأخير [٣٣٨٣].

([٣٣٧٩]) د/عكاشة، المرجع السابق ص ٤٩٢ ،حيث يذهب إلى أن القاضى يمكن التدخل إذا أثبت لديه أن الصعوبات المادية التي نشأت أثناء التنفيذ كانت من حيث المدى أكثر كلفة مما كان الطرفان التى قدرها منذ البداية وصياغة العقد بقوته الملزمة.

([٣٣٨٠]) حكم مجلس الدولة الفرنسى في قضية (_ commune du Jedumont في ١٩٠٣/٣/٢٧ ،مشار إليه د. سليمان الطماوى الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار الفكر العربى الطبعة الخامسة ١٩٩١ ص ٦٥١

([٣٣٨١]) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣١١ – ١١ ق (١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٣/١٤) المرجع السابق ص ١٢

([٣٣٨٢]) فتوى الجمعية العمومية – الفتوى رقم ٩٥ في ٩٦٤/٢/٤ (جلسة ٢٩ /١٩٦٤/١ – ١٨ /٦٩ /١٨٦) " قوام نظرية الصعوبات غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة، وهذا بذاته ما يستوجب تفسير ما قد يؤخذ على أنه اتفاق على عدم تطبيق النظرية تفسيراً مضيقاً غير موسع فيه، وذلك في الحدود التى تسمح لها قواعد التفسير إذ أن الاتفاق صحيح أصلاً في القانون، ولكن المقصود بعدم كل الأحوال التى يقع فيها التنفيذ، سواء فيها ما خطر بذهن المتعاقدين وما لم يخطر بذهنهما، بل تحمل على أن المراد بها الأحوال التى يجرى فيها التنفيذ في ظروف مما يمكن أن يرد تصورها وهذا لا يعدو أن يكون تطبيقاً لما هو مسلم به من وجوب تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة لطرفيه.

([٣٣٨٣]) ف. ل / ٢٠٠٩/٩/٢٣ مشار إليه لدى: م. د.محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق ملحق الفتاوى ص ٤١٩

وإذا كانت الظروف الجوية المعاكسة سبباً في الحصول على امتداد وقتى أو تعويض مالى إلا أنه يجب أن تحمل تلك الظروف صفة الاستمرارية والديمومة، فقد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلا أن سوء الأحوال الجوية وهطول الأمطار في بعض الأيام وهبوب العواصف الرملية في بعضها الآخر ليس من الظروف الاستثنائية والحوادث الفجائية التى تصلح سنداً لإضافة مدد جديدة للعملية [٣٣٨٤].

([٣٣٨٤]) فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع ٢٠٠٩/٥/١٩ مشار إليه المرجع السابق ص ٤١٨.

الفصل الثانى

وسائل تخفيف مسئولية الإدارة عن تقاسم المخاطر

بعد معالجة الاطار النظري لمشكلة المخاطر وكيفية تحقيق الأمن التعاقدي من خلال فقرات تقسيم المخاطر أو توزيع المخاطر ،لابد من وضع الحلول العملية والقضائية وذلك من خلال الفصل الثاني والذي سنعالج فيه وسائل تخفيف مسئولية الإدارة عن تقاسم المخاطرمن خلال عقود إدارة الإنشاءات والتكلفة التعويضية ،وعقود إدارة الإنشاءات والتكلفة التعويضية،و التأمين والضمان ،وإشراف الإدارة على العلاقات العمالية ،ومسئولية الإدارة عن توفير المعلومات ،ودور الصياغة في تقليص المخاطر،واتفاقات تحديد المسئولية ،وتسجيلات المخاطر،والتحفظات السعرية

وستكون معالجة ذلك الفصل كالتالي:

المبحث الأول:عقود إدارة الإنشاءات والتكلفة التعويضية

المبحث الثاني: التأمين والضمان

المبحث الثالث: إشراف الإدارة على العلاقات العمالية.

المبحث الرابع: مسئولية الإدارة عن توفير المعلومات.

المبحث الخامس: دور الصياغة في تقليص المخاطر.

المبحث السادس :اتفاقات تحديد المسئولية.

المبحث السابع :تسجيلات المخاطر

المبحث الثامن:التحفظات السعرية

ولكن علينا مبدئيا أن نتطرق إلى أن مخاطر التشييد والتشغيل إلى جهة الإدارة كما ترجع كذلك إلى المقاول وتفصيل ذلك كالتالى:-

أولاً: قد يكون تجاوز تكاليف الإنشاء أو التأخر فى التنفيذ لعدم ملاءة المقاول فنيا لعدم وجود تنسيق بينه وبين المقاولين الفرعيين أو عدم ملاءمة التكنولوجيا الخاصة به أو عدم كفاءة معداته وآلاته أو لعدم الملاءة المالية كعدم كفاية ميزانياته أو بسبب الإدارة غير الملاءمة (Indequate Management).

ثانياً: قد يكون تجاوز تكاليف الإنشاء أو التأخر فى التنفيذ بسبب تقاعس الإدارة فى منح المقاول الرخص والموافقات اللازمة للبدء من التنفيذ أو إغراقه بالتغييرات لعدم ملاءمة التخطيط الأولى الواجب

عليها أو تأخرها فى تسليم الموقع أو عرقلته بالفحوصات وأعمال التفتيش([٣٣٨٥]).

ويرى البعض([٣٣٨٦]) أن أساليب التعامل مع مخاطر عقود الإنشاءات تتمثل فيما يلى:-

١- تجنب المخاطر عبر اختيار البدائل.

٢- تخفيض المخاطر حتى تصل إلى الحدود المقبولة.

٣- نقل المخاطر إلى أطراف أخرى (غير طرفى التعاقد) مثل شركات التأمين.

علاوة على ماسبق لا بد أن نتساءل عن مدى حرية الادارة والمتعاقدين معها في اتفاقات توزيع المخاطر .

يذهب بعض الفقه إلى أن أطراف عقود التمويل الخاص عليهم دراسة ظروف ما قبل التعاقد للتمكن من توزيع وتقليل المخاطر لذا على الحكومة المضيفة عدم تقييد حرية الأطراف تشريعياً عند وضعهم ترتيبات تعاقدية قد يراها الأطراف مثل توزيع وتقليل مخاطر تنفيذ المشروع، وإن كان لتلك الحكومة وضع قواعد استرشادية لأطراف التعاقد بهدف توزيع أو تقليل مخاطر المشروع الإنشائى مثلا([٣٣٨٧]).

([٣٣٨٥]) فى ذلك المعنى، د/حسن الهنداوي، المرجع السابق ص٨٣، ٨٤.

([٣٣٨٦]) المرجع السابق، ص٢٣.

ويرى كذلك أن إدارة المخاطر مهمة أساسية فى إستراتيجية العقد وترتكز على النقاط التالية:-

١- كل مشروعات التشييد تحتوى على المخاطر التى تؤثر على الأسعار سواء بدرجة كبيرة أو صغيرة.

٢- وجوب تحفيز أطراف العقد على إنهاء المشروع بنجاح.

٣- الحل المثالى هو تحميل الخطر لمن يقدر على تحمله ويجب مكافأة الطرف الذى يعجز عن إدارة تلك المخاطر عند تحمله لها.

٤- لا يجب فرض غرامات جزائية على المقاول لمخاطر لا يكون فى مقدور المقاول المتمرس توقعها.

٥- ينبغى الموازنة بين الغرامات الجزائية كأداة لقيادة أطراف العقد ومكافآت التحفيز للحصول على أفضل أداء فى تنفيذ عقود الإنشاءات.

([٣٣٨٧]) فى ذلك المعنى ، المرجع السابق، ص٨٨.

وقد ترجع مخاطر التشييد والتشغيل إلى جهة الإدارة كما ترجع كذلك إلى المقاول، وتفصيل ذلك كالتالى:-

أولاً: قد يكون تجاوز تكاليف الإنشاء أو التأخر فى التنفيذ لعدم ملاءمة المقاول فنيا لعدم وجود تنسيق بينه وبين المقاولين الفرعيين أو عدم ملاءمة التكنولوجيا الخاصة به أو عدم كفاءة معداته وآلاته أو لعدم الملاءمة المالية كعدم كفاية ميزانياته أو بسبب الإدارة غير الملائمة (Indequate Management).

لذلك لابد من الأخذ في الاعتبار العديد من العوامل فيما يتعلق بتحديد المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية، إذ يرى الفقه المقارن أن ذلك يتوقف على عدة عوامل يمكن إجمالها علي النحو الآتى:

- عدم وجود تحكم مالى
- نقص السيطرة على الإدارة.
- الخسارات في العقود عالية القيمة.
- شكل العطاء المقدم من المقاول ونوع العقد الذى يتعامل به المقاول عادة.
- سيطرة المقاول من الناحية التقنية.

المعلومات المالية المفصلة ومقدار وحجم المديونية والقروض إلى جانب ذلك لابد من وجود سيطرة إدارية مع مراقبة منتظمة على جدول المشروع وقبل ذلك لابد من صياغة العطاءات بأساليب محفزة [٣٣٨٨].

علاوة على ماسبق نتفق جزئياً مع كون سياسة توزيع المخاطر في بعض العقود الإدارية تقارب فكرة (إلقاء الكرة) حيث قد تلزم جهة الإدارة الملتزم بأن يقدم ضماناً بنكياً أو ضمانا آخر لأداء المهام، وعادة ما يلتزم الموردون بأن يقدموا من الضمانات ما يؤكد مطابقة المعدات للمواصفات، لذا يعمل الملتزم على تخفيف مخاطره من خلال تخفيف التزاماته[٣٣٨٩].

ثانياً: قد يكون تجاوز تكاليف الإنشاء أو التأخر فى التنفيذ بسبب تقاعس الإدارة فى منح المقاول الرخص والموافقات اللازمة للبدء من التنفيذ أو إغراقه بالتغييرات لعدم ملاءمة التخطيط الأولى الواجب عليها أو تأخرها فى تسليم الموقع أو عرقلته بالفحوصات وأعمال التفتيش([٣٣٨٧]).
ويطلق على تلك الترتيبات التعاقدية «Contractual arrangements for risk allocation and Mitigation» ويرى أن مثل القواعد الاسترشادية تساعد أطراف المشروع على صياغة بنود العقد التى تنظم توزيع المخاطر صياغة محكمة متوازنة كإسناد المخاطر إلى الطرف الأقدر على التقييم والسيطرة عليها وإدارتها أو إسنادها إلى الطرف الذى يمكن تحملها بأقل تكلفة.

([٣٣٨٨])John D.wright , construction Insurance Practice , law , Reinsurance and Risk Management ١٩٩٧ , p ٢٢٠

([٣٣٨٩])في ذلك المعنى /المرجع السابق .ص ٩١
كمثال إبرام الملتزم عقد إدارة تتولى بموجبه شركة التشغيل أو الصيانة مهمة إدارة وتشغيل المرفق وفقاً لما هو متفق عليه أصلاً بين الجهة المانحة للمشروع والملتزم وبالتالى تتحمل الشركة عواقب الاخفاق في متطلبات التشغيل أو الصيانة تجاه الملتزم

وتجدر الإشارة إلي أن الجهة الإدارية (مانحة الالتزام) تتحمل المخاطر التى تؤدى إلى أحداث تقع من جانبها، ومن ذلك على سبيل المثال:تحديدها لمواصفات فنية غير ملائمة بشأن المرفق الملتزم تشييده، وذلك في أثناء مرحلة اختيار الملتزم [٣٣٩٠].

وفى اعتقادنا يتعين التفرقة بين المخاطر الناشئة من طرفى العقد، والمخاطر الناشئة عن غيرهما، حيث يفترض أن يكون تحمل عبء المخاطر في النوع الثانى من خلال الطرف الأقدر على تحملها أما المخاطر التى يكون سببها أحد طرفى العقد فيكون للإدارة والمتعاقد معها وقت كاف لدراستها وتحليلها من أجل صياغة عقدية ملائمة[٣٣٩١].

أما فيما يتعلق بالحروب والحوادث الإرهابية والعصيان المدنى والفيضانات وغيرها فإن الإدارة كانت تتحملها عندما كانت تلتزم بإنشاء مشروعات البنية الأساسية، غير أن تلك النظرةقد تبدلت – بحصر دور الدولة في الدور الحارس – بأن تم تحميل المتعاقد مع الإدارة عبء تلك المخاطر، والذى قد يجد ضالته في شركات التأمين التى تقوم بتأمينه عند ذلك النوع من المخاطر ،غير أن الفقه أورد حلاً عملياً لتلك الحالة كأن ينص في العقد علي أنه عند حدوث أى من هذه المخاطر يُعفى الطرف المتضرر من الخطر من عواقب الإخلال بالأداء بموجب اتفاق المشروع[٣٣٩٢].

([٣٣٩٠])المرجع السابق ص ٩٢
يضرب ذلك الرأى مثالاً آخر لتلك النوعية من المخاطر كاخفاق الجهة المانحة في توفير الإمدادات التى تعهدت بتوفيرها لتشغيل المرفق أو تشييده في الوقت الملائم

([٣٣٩١])مثال المخاطر الناشئة عن غير طرفي العقد: خطر التضخم the inflation risk وخطر ارتفاع سعر الفائدة، اذ يتم نقلها في عقود الالتزام لمستخدمى المرفق وعملائه بزيادة الأسعار، ومثال آخر: الحروب والفيضانات والحوادث الإرهابية.

([٣٣٩٢]) د. عبد الرازق السهنورى: المرجع السابق ص ١١٤
ويمكن تغطية تلك المخاطر من خلال التأمين التجارى الذى تلجأ إليه شركة المشروع شريطة أن يكون ذلك بسعر معقول، مع الأخذ في الاعتبار علو تكلفة تغطية المخاطر التجارية في بعض المشروعات كمشروعات الاتصالات الخلوية، حيث يعتمد المتعاقد مع الإدارة على شركات التأمين لتغطية مخاطره ولا يلجأ في ذلك للجهة الإدارية المانحة، أما في بعض المشروعات الآخري وخاصة المشروعات طويلة الأجل فقد تقوم شركة المشروع بالتفاوض مع الجهة الإدارية المانحة.
للمزيد انظر الهنداوى، المرجع السابق ص ٩٤
Veronique bishop and Ashoka mody: finance & Development / June ١٩٩٥ , Exploiting competitive opportunities in telecommunications

يذهب الفقه المقارن إلى أن المحددات الأساسية لتقاسم المخاطر في مستندات العقد هى كالتالى:

١- الدعوة والتعليمات الموجهة إلى مقدمى العطاءات.

٢- خطاب العطاء.

٣- الشروط والمواصفات العامة في العقد.

٤- المواصفات.

٥- الرسومات.

٦- جداول الكميات (أو جدول الفئات)

وبعدها لاحقاً قد يقوم بعض مقدمى العطاءات بإرسال الأسئلة إلى ممثلى جهة الإدارة، ويرى الفقه المقارن أن الإجابات عن تلك الأسئلة- والتى ترتبط بتحفظات تعاقدية-تعد جزءًا من العقد [٣٣٩٣].

ومن ناحية أخرى يثور تساؤل عن العوامل التى تحكم تقاسم المخاطر، حيث يرى الفقه المقارن أن تلك العوامل تتمثل في:

١- الشروط العامة للعقد "General conditions of contract "

٢- تحكم جهة الإدارة في عمليات الإنشاءات "owner's control of process "

٣- ميزانية المشروع "project finance"[٣٣٩٤].

المبحث الأول

عقود إدارة الانشاءات والتكلفة التعويضية

ظهرت فكرة عقود إدارة الإنشاءات construction management contracts في المملكة المتحدة ،حيث يرى الفقه المقارن أن المشكلة الأساسية كانت في نظم المشتريات والمناقصات التى تقوم على اتصال القطاع الخاص بالسلطة ممثلى جهة الإدارة، إذ كان لمقاولي عقود الأشغال هناك جذور في أروقة السلطة منذ القرن التاسع عشر، ويرجع أصل ذلك إلي تعاون أطراف العقد مع جهة الإدارة

([٣٣٩٣])East man , op , cit , p. ٢٩٣

" In the long run the chances are better that owner's costs will be lower , and the quality of work he gets higher "

([٣٣٩٤])Ibid , p. ١٩٣

لمحاولة الحماية من التقاضى وتقليل المخاطر التعاقدية[٣٣٩٥].

وفى اعتقادنا أن تجنب المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية يعتمد بدرجة كبيرة على تطور مفاهيم الإدارة العامة لدى الجهة الإدارية المتعاقدة[٣٣٩٦].

علاوة على ما سبق يحدد الفقه المقارن آليات التعامل مع تقاسم المخاطر في عقود إدارة الإنشاءات كالتالى:

١- تحديد المخاطر Identify the risks لابد من ربط تعريف المخاطر ببيان واضح عن أولويات ومتطلبات جهة الإدارة فيما يخص العقد الإدارى الذى يتم إبرامه، فعلى سبيل المثال: إذا كان توقيت إنجاز المشروع أمرا بالغ الأهمية فلن يتم التعرض للمخاطر الزمنية تلقائياً

٢- تحليل المخاطر Analyse the risks تأتى تلك الآلية في المرتبة الثانية، حيث لابد من تحليل المخاطر من حيث أثرها على تسلسل أعمال العقد الإدارى.

٣- الاستجابة للمخاطر. Respond the risk تعتمد تلك الآلية على تحديد الأولويات بين الإدارة والمتعاقد معها، من ناحية الطرف الأفضل لإدارتها وكذلك اختيار صاحب العمل والاستشاريين والمقاول وشركات التأمين مثال ذلك: مخاطر التصميم يتم إسنادها إلي مهندس التصميم..... إلخ

(٣٣٩٥)John murdoch and will Hughes: construction contracts law and management third Edition , www. Construction library T K P.٧١

For more: Heon scott Holland , calum lamoni , contract Administration , ٢٠٠٧.وتتمثل خصائص عقود إدارة الإنشاءات فيما يلى:

١- خبرة الإدارة بالإنشاءات ومعرفة كامل الفريق التقنى.

٢- هيمنة الإدارة على المخاطر المرتبطة بالمشروع من خلال الوقت والتكلفة

٣- إمكانية قيام الإدارة بالتغيير في المتطلبات كلما تم إنجاز جزء من الأعمال، وإمكانية فصل المسئولية عن التصميم عن المسئولية عن إدارة المشروع

(٣٣٩٦)يصعب تحديد مخاطر العقود الإدارية الدولية مسبقا لذا لابد من تحديد استيراتيجية مسبقة لكل مشروع وترسيخ فكرة الفريق بين الإدارة وممثليها من ناحية والمقاولين والأصليين والفرعيين من ناحية أخرى مع الأخذ في الاعتبار أنه ليست كل مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص مناسبة لعقود إدارة البناء.

للمزيد عن عقود إدارة البناء انظر رسالتنا: الأوامر المغيرة في عقود الإنشاءات الدولية في ضوء سلطة الإدارة في تعديل العقد الإدارى – مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠١٣.

٤ - نقل المخاطر Transfer of risk تعتمد تلك الآلية على التحويل العادل والعملي للمخاطر، حيث إن مجرد تحويل المخاطر على الطرف الذى لم يتنبأ بها لا يعد حلاً، ويتحقق نقل المخاطر بفاعلية من خلال الصياغة الجيدة المتوازنة للعقد الإدارى [٣٣٩٧].

٥- قبول المخاطر Acceptance of risk

يجب على جهة الإدارة تجنب فرض أية مخاطر غير متوازنة على المتعاقدين معها إذ تؤدى على المدى الطويل إلي خسارة العلاقات التجارية، مع الأخذ في الاعتبار وجود مخاطر كبيرة يجب أن تتحملها الجهة الإدارية إذا لم يكن لأى من أطراف العقد إمكانية السيطرة عليها أو التخفيف من حدتها ومثالها: الحروب والزلازل.... إلخ.

٦- تجنب المخاطر Avoidance of risk

يتمثل هذا الخيار في تفادى المخاطر وذلك بمجرد تحديدها حيث أن بعض المخاطر يجب إعادة تعريفها من خلال دراسة حدود تمويل المشروع ودراسات الجدوى المتعلقة به، ومدى وجود دعم حكومى معين له، وما إذا كانت هناك خطوات تشريعية لمعالجته.

٧- التأمين ضد المخاطر insuring against risk

تصر معظم العقود النموذجية للانشاءات على إدراج مثل ذلك التأمين [٣٣٩٨].

من ناحية أخرى يمكن استخدام عقود التكلفة التعويضية cost reimbursement contracts عند اتفاق الإدارة والمتعاقد معها على تحمل جهة الإدارة لمعظم فقرات التسعير والشكل النموذجى لتلك العقود أو تحمل الإدارة نسبة ٧٠% من تكاليف المبلغ المتفاوض عليه، وتحمل المقاول النسبة الباقية،

أما فيما يتعلق بعقود التكلفة المحددة فيتحمل بموجبها المقاول مخاطر تكلفة المواد ومرتبات

([٣٣٩٧])Murdoch and Hughes , o p , cit , p ٨٥

وقدحددالفقه المقارن آلية إدارة المخاطركالتالى:

١) تعريف المخاطر.
٢) تعميم أثرها.
٣) التحكم بها،وينقسم ذلك إلى: ١- تحكم مالى،وهناك خياران بشأنه إماالاحتفاظ بهRetainأوتحويلةTransfer، ٢- تحكم مقدم pre-loss،وإما لاحق post loss

([٣٣٩٨])Murdoch and Hughes , op. cit , p ٨٦

العمالة[٣٣٩٩].

وبشأن عقود السعر المحدد تميزت بتعريف فقرات تقاسم المخاطر في مواقف محددة حيث يمكن للمقاول تغطية الظروف العارضة، ويتأتى الخلاف عندما يلزم العقد المقاول بمخاطر تفوق سيطرته، أو مخاطر يعجز عن توقعها بمعيار الرجل معتاد الحرص، لذا يمكن تفادى الخلاف بأحد طريقين:

١) تعديل المعدلات السعرية حتى تتقبل جهة الإدارة كل أوجه المخاطر.

٢)تعديل الفقرات التعاقدية لتخفيف نتائج إخفاق المقاول كمثال فقرة أفضل الجهود best efforts clause مع الأخذ في الاعتبار وجود حالات صريحة تخرج فيها المخاطر عن سيطرة المقاول كآثار الإضرابات وما يشابهها، والتى يمكن تغطيتها من خلال التأمين أو فقرة الإنهاء المفترض default termination، والصعوبة الكبرى في عقود السعر المحدد عندما يتطلب العقد صعوبات تكنولوجية معينة، أو تقنيات هندسية، حيث تضع تلك العقود عبئاً كبيراً على المقاول لقصر المدة الزمنية المتاحة للتيقن من المخاطر المحتملة، وبالتالى سيقوم بوضع وحدات سعرية إضافية طارئة لتغطية المخاطر، وعامة إذا ثارت ظروف طارئة خارج سيطرة الطرفين (أو ظروف القوة القاهرة ستكون فقرات تقاسم المخاطر غير عادلة بصورة كبيرة [٣٤٠٠].

وفي اعتقادنا أن الخلاف الأكبر في تلك الحالة يتأتى عند تحمل المقاول مخاطر عدم أداء جهة الإدارة لالتزاماتها حيث لا يتضمن العقد محدد السعر فقرة تنص على التعويض العادل للمقاول في تلك

([٣٣٩٩])Nash , op , cit , ٦٩٦

أما بالنسبة لأسعار المواد فعادة ما توافق الإدارة على تعويض المتعاقد معها بمعدل محدد على عدد الساعات المنفذة فعلياً، لذلك إن تجاوز المقاول الفئة المحددة تقوم الإدارة بافتراض المخاطر على قدر الساعات المستخدمة، وقد بذلت وزارة الدفاع الأمريكية جهوداً لاستخدام عقود تفرض المخاطر على المقاولين، وقد كانت عقود التكلفة التعويضية مقيدة لتلك الجهود بخلاف عقود التكلفة المحددة

NASA now follow this policy by increasing the use of incentive contracts , thus , throughout the Government there is an apparent desire to impose pricing risks , as much as possible , on the contractor "

قد يحتاط المقاول – لعدم اليقينية في التكلفة – بافتراض مخاطر فرعية، كما قد تقوم وزارة الدفاع بافتراض مخاطر إضافية، كأن تفرض الإدارة التزامات لمدة ثلاث سنوات وليس لمدة سنة – كما هو معروف – بعقد تحمل المقاول مسئولية التضمانات الاقتصادية.

([٣٤٠٠])Ibid , p. ٧٠٦

الحالة بما يخل ذلك بالتوزان المالى للعقد.

وفي السياق ذاته برزت أشكال التضامن بين المقاولين للحد من المخاطر التعاقدية، وفي مجال التضامن الاتفاقى في مجال عقود الإنشاءات الدولية شكلان رئيسيان هما: المشروع المشترك، والكونسرتيوم [٣٤٠١]

ويثور التساؤل عن دور المشروع المشترك أو المخاطر المشتركة Joint venture في الحد من عملية المخاطر حيث إن من خصائصه توزيع الأرباح و الخسائر حسب النسب المتفق عليها سلفاً، و الثقة المتبادلة Fiduciaries وما يترتب عليها من آثار قانونية كالصراحة والشفافية والثقة والسرية [٣٤٠٢]ويبدو أن المشروع المشترك بخصائصه ليس مطروحاً كحل لتقاسم المخاطر في دول الشرق الأوسط [٣٤٠٣] إذ لم ينظم في القانون المصرى لذا يحال بشأنه إلى القواعد العامة في القانون الخاص.

أما فيما يخص الكونسرتيوم فهو اتفاق بين أشخاص ذوي صفة طبيعية أو معنوية، محلية أو أجنبية، يتضمن التزامات كل طرف في تنفيذ مشروع معين لمدة محدودة من أجل تحقيق الربح دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتى أو شخصية قانونية مستقلة [٣٤٠٤] ولم ينظمه القانون المصرى حتى الآن

([٣٤٠١]) د. محمد محمد بدران، مدى اتفاق عقد الفيديك الجديد مع القانون المصرى – مقال منشور بمجلة التحكيم العربى ٠ العدد العاشر سبتمبر ٢٠٠٧ م ص ٢٠٣

([٣٤٠٢]) المرجع السابق ص ٢٠٣ حيث يذهب سيادته أن تلك الفكرة تنتمى إلى الشريعة العامة common law وتعد من أكثر الأفكار زئبقية، ومن أهم خصائصها كما صاغها الفقه أنها شراكة لعملية واحدة بغرض المساهمة مالياً في المشروع المشترك ويكون له ماله خاص، مع حق الرقابة المتبادلة على المشروع من قبل الأطراف، كمالك المشروع المشترك لحالة واحدة وحساب بنكى واحد، وتكون مسئولية الشركاء في الغالب تضامنية ويكون له ممثل قانونى مسئول أمام جهة العمل (الإدارة) والأطراف الثالثة.

([٣٤٠٣]) المرجع السابق ص ٢٠٤ يذهب سيادته أن بعض الدول كالسعودية تشترط على المشروع المشترك أن يتخذ شكلاً قانونياً من الأشكال المتاحة في نظام الشركات وفي الغالب يأخذ شكل شركة ذات مسئولية محدودة حماية للطرف المحلى من ناحية والتغلب على القيود الاقتصادية كقيود الضرائب والمكون المحلى والتقدم بالعطاءات والضرائب من ناحية أخرى.

([٣٤٠٤]) المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها إذ يتم إنشاء المكون ويقوم بموجب اتفاق متعدد الأطراف يحدد أهداف المشروع ويضع خطط تنفيذه، ويقدم الأموال والتكنولوجيا اللازمة له.

رغم الحاجة إلى ذلك[٣٤٠٥].

أما عقود (Engineer , procure and construct) EPC الهندسة والتمويل والإنشاء فتتميز بوجود مرونة في تقسيم المخاطر بوضع سياسة تختلف بحسب الظروف من وقت لآخر ومن مشروع لآخر حسب عدد مقدمى العطاءات [٣٤٠٦] حيث تقع المسئولية – بصفة أولية على المحترفين كالمصممين إذا لم يتخذوا العناية الواجبة، لاستبدال المخاطر بأن يضمن عقده آلية لتوزيع المخاطر حيث إن صعوبة تقاسم المخاطر في تلك العقود تحصل بسبب كثرة مقدمى العطاءات لذا على مقاول EPC التعاقد مع مقاولين من الباطن وموردين [٣٤٠٧].

بالإضافة إلى ما سبق تثار المسئولية الإدارية في تلك العقود من خلال مد العون للمقاول الرئيسى الذى لا يستطيع أن يمرر المخاطر للطرف الآخر، وعليها كذلك العون عند حدوث قوة قاهرة، أو أوامر تغييرية بالحذف في حالة الخروج عن سيطرة المتعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن تلك العقود لا تدرج آلية عقدية تحقق الامتداد الوقتى في حالة التأخير الناتج عن قيام موظفى الإدارة وممثليها بتأخير المقاول[٣٤٠٨] أما فيما يخص سياسة الضمان الكلى لمخاطر

([٣٤٠٥]) المرجع السابق ص ٢٠٥

([٣٤٠٦])Andrew Stephenson , Risk Allocation in process Engineering projects Australian Resources & Energy l j y liv ٢٠٠٣ p. ١

تعد تلك الصيغة هى الأشهر كذلك في عقود التعدين Mining contracts وهي تعد ميزة فيها ،إذ يتحمل المقاول المخاطر الأساسية، ومخاطر الاتمام والجودة والتسليم

Risks and their allocation considered the following headings "

١ – Process engineering ٢- civil , structural , mechanical and electrical engineering

٣ – construction ٤- time for mechanical completion and liquidated damages

٥ - commissioning and ramp up ٦- work insurance

([٣٤٠٧])Ibid , p. ٢

لذا على مقاول EPC أن يحتاط لنفسه بأن يضمن استبدال عقده مع الإدارة وعقد المقاول الرئيسي مع الإدارة كى لا يتقاسم هو تلك المخطر مع المقاول الرئيسي.

إذ إن مقاول EPC يتحمل المسئولية الأولية عن اتمام الأعمال بما في ذلك مطابقة المواصفات واستخدام مواد بالجودة السوقية وذلك وفقاً لسلوك الرجل المعتاد في العمل.

الإنشاءات (CAR) [٣٤٠٩] فيعد ضمان الأعمال والتجهيزات المادية المنشأة من خطر العقد أو الضرر عنصراً أساسياً في تلك العقود [٣٤١٠].

ويرى الفقه أن الجهة الإدارية في إنجلترا - تحديدا في لندن – تتحمل مخاطر الإنشاءات لمشروعات off- shore وذلك من خلال صياغة نموذجية لتلك المخاطر وآخرها صياغة Wel car ٢٠٢٠ [٣٤١١].

علاوة على ماسبق يمكن أن تكون معايير التصميم (design criteria)من عناصر المخاطر، حيث تنشأ العديد من المنازعات عند رفض الجهة الإدارية تصميمات لا تتوافق مع المواصفات، ولعل السبب في ذلك هو أنه يمكن لجهة الإدارة أن تتدخل بصورة كبيرة – من خلال التصميمات – لتنفيذ المهام المتطلبة ويساعدها في ذلك أن المقاول في صيغة عقد EPC يعد وكيلاً عنها ولا يتحمل مسئولية عن التكلفة النهائية للإنشاءات [٣٤١٢].

وعلى الإدارة إذا كان هناك عدد كاف من المقاولين الفرعين أخذ ضمانات مشتركة.

(٣٤٠٨)Ibid , p. ٥

حيث إن فقرات التعويض الاتفاقى والتحفظات السعرية لن تكون ملزمة في تلك الحالة للإدارة لتعويض المقاول.

(٣٤٠٩)work insurance or construction all Risk (CAR)

(٣٤١٠)Ibid , p. ٥

أشار العقد الى لفظ الحدوث " occurrence " كمثال الحريق، والكارثة الطبيعية، والإهمال أو الخطأ من أي طرف في العقد أو أكثر، وفي اعتقادنا المساواة غير منطقية في تلك الجزئية بين الكارثة الطبيعية والإهمال والخطأ.

وتجدر الإشارة أن ذلك العقد يرتب مسئولية المقاول عن العمل المعيب وما نتج عنه من خسارة أو ضرر، بالإضافة إلى أى خسارة اقتصادية قد تنشأ بسببه ويغطى تلك المخاطر المتوقعة فقط، والتى يستثنى منها الخطر النووى والحرب، وذلك في المشروعات البرية on – shore

(٣٤١١) Ibid , p. ٧

حيث ترتب تلك الصيغة مسئولية كبيرة بشأن أخطاء الجهة الإدارية والمتعاقد معها ما عدا المسئولية عن العمل المعيب (defective ports)، إذ تفرق بين الضامن الرئيسى، وهو عادة (الإدارة) والضامن الآخر، وهو مقاول EPC والمقاولون الفرعيون

وقد ترفض الإدارة ومدير المشروعات التصميمات التى نفذها المقاول ويتم الاعتماد (٣٤١٢) Ibid , p. ٧ على ضمانات المقاول ذلك،

ومن مميزات تلك الصيغة أن المقاول يعد مسئولاً عن الميزانية في إدارة التكلفة، وعامة يتم التسعير على أسس التكلفة الإجمالية مع وجود اتفاقية لتوزيع المخاطر تسمح بزيادة التكلفة المستحقة بحسب الأحداث أثناء التنفيذ،ومن المميزات مسئولية المقاول عن إدارة الوقت بالتعاون مع باقى المقاولين شرط استيفاء البرنامج و لا يعد مقاول EPC مسئولا ما لم يكن قد وقع إهمال من غيره من المقاولين، ومن المميزات أيضاً أن الإدارة عليها الكشف المبكر عن مخاطر التصاميم بإشرافها ومعاينتها للتصاميم، وبالتالى يمكن تجنب الأوامر التغييرية، كما يمكنها من خلال العقد توزيع المخاطر المرتبطة بالإنشاءات كمثال الجودة السوقية (٣٤١٣).

إذن تعد صيغ EPC مثالاً جيداً للتوزيع النموذجى لتقاسم المخاطر من تكلفة ووقت إتمام أعمال وجودة تصاميم، وجودة إنشاءات، ولوجود قيود على تحمل المسئولية تأخذ الإدارة – غالباً – بفكرة مسئولية المخاطر وبناء على ذلك من الضرورى الأخذ في الاعتبار بعض الأمور كتقييد المسئولية، وتحديد المسئولية الإدارية للتدخل في تحمل المقاول لأسباب تجارية، وكذلك مدى قدرة الإدارة على التحكم في أداء المقاول أثناء مرحلة التصميم، ومدى قدرتها على تمرير المخاطر إليه في تكلفة الانشاءات، ووقت الاتمام، وجودة الإنشاءات (٣٤١٤).

في السياق ذاته يرى الفقه المقارن أن فقرات التعويض يمكن استخدامها لتحويل المخاطر من الإدارة إلى المقاول الأصلى أو من المقاول الأصلى إلى المقاول الفرعى كون المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية غالبة الحدوث وتستند إلى المسئولية دون اشتراط الخطأ) (٣٤١٥).

(٣٤١٣) Ibid , p. ٧

يعد كل مقاول مسئولاً زمنياً – عن قائمة الأعمال الموجودة بالبرنامج، لذا يصعب على الإدارة تحويل المخاطر المرتبطة بالتأخيرات بسبب مقاول بعينه إلى مقاول آخر إذ قد يرجع الأخير على الإدارة بالتعويض، ومن عيوب صيغة EPC أن التعويضات الاتفاقية تعد أقل، حيث يحدد كل مقاول مسئوليته وفقاً لسعر العقد المبرم معه فقط.

(٣٤١٤)Ibid , p. ٨

يعد مورد التكنولوجيا في هذا العقد في موقف تعاقدى أفضل لذا يمكن قبول المسئولية التعاقدية في حالة وجود ضمان متاح لتغطية المخاطر.

(٣٤١٥)Meyers , perselman , op , cit , p ٩٩٢

يشمل ضمان المقاول الأصلى تعويضه ضد عمال وممثلى وموظفى جهة الإدارة يترتب عليها أى خسارة أو تكلفة أو نفقة نشأت خارج سيطرته أو سيطرة المقاولين الفرعين، ومن أنواع تلك المسئولية: الوفيات،

وفي اعتقادنا أن معالجة ذلك التحويل لابد أن يكون من خلال شروط واضحة بلا تحفظات مجهلة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في تكساس في قضية " Ethyl" حيث لم تأخذ المحكمة بقاعدة تقسيم المخاطر لأنها اعتمدت على قاعدة الإهمال الصريح " Express negligence [٣٤١٦].

ويرى الفقه المقارن أن الاتجاهات الأمريكية في توزيع المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية تتجه إلي تحميل المقاول الأصلى والفرعى مسئولية مخاطر الإهمال مع تباين تنظيم ذلك تشريعياً حسب كل ولاية [٣٤١٧]

أما الاتجاهات القديمة في العقود النموذجية التقليدية – خاصة في المملكة المتحدة – فقد كانت تعتمد على تحمل المقاول كافة مخاطر العقد خاصة لكون العقد بتكلفة إجمالية " lump –sum " بخلاف المخاطر الأخرى التى يمكن لطرف في العقد تحملها، كمثال مخاطر الصيانة والتصميم والبناء يتحملها المقاول لسهولة تقديره لها، أما جهة الإدارة فيناسبها تحمل المخاطر غير المتنبأ بها، كمخاطر سوق العمل،

والإصابات، والانتهاكات التعاقدية، والملكية الفكرية وبراءات الاختراع، ولكن يشترط ألا يتعارض هذا الضمان مع النظام العام.

" see Otis Elevator co. v. maryland casualty co , ٩٥ co ١٠. ٩٩ p , ٢d ٩٧ ٤ (١٩٣٤).

" the degree of liability which , when agreed to be indemnified for , makes the Indemnification provision void and unenforceable as contrary to public policy

ودليلنا في ذلك أن أغلب الولايات المتحدة الأمريكية أصدرت تشريعات تحدد بها تحفظات التعويضات وعالجت بعضها رفض التعويض في حالة إهمال أى طرف في التعاقد.

([٣٤١٦])Ibid , p. ٩٩٥

" In Ethyl corp. v. danniel construction co. the texas supreme court abandoned the " clear and unequivocal " test and adopted the " express negligence " rule.

([٣٤١٧])Ibid , p. ١٠٠١

تتباين الولايات الأمريكية فيما يخص تحفظات الإهمال خاصة إذا كان الخطأ أو الإهمال ناتج عن الخطأ الوحيد للمستفيد من تحويل المخاطر، ويعمل ذلك بالتالى على توازن العقد، وعدم تفاوته في قوة التفاوض Bargaining power

والمخاطر السياسية [٣٤١٨]

والمثال الأول نجده في عقد ICE ،حيث يتحمل المقاول بموجبه مسئولية مخاطر التصميمات والتسعير وتحديد الكميات [٣٤١٩]

المبحث الثاني

التأمين والضمان

أخذت بعض الصيغ التعاقدية من الباطن – بفكرة التأمين كحل لإشكاليات تقسيم المخاطر، حيث أخذت بفكرة مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول الفرعى من خلال العقد الرئيسي عن الأعمال المؤقتة والمواد وغيرها من مستلزمات العقد الفرعى في حالة هلاكها أو خسارتها [٣٤٢٠].

([٣٤١٨])Pemel Bloom field , f. Daniel Ahern: long – term infrastructure partnerships: contracting Risks and Risk – Reduction strategies – state & local Government Review – vol , ٤٣ , no. ١ (April ٢٠١١) p: ٥١

تعد بيئة العقود الاحتكارية " A decades – long monopoly" بيئة تنافسية قد يشعر معها المتعاقد مع الإدارة بعدم الأمان لإمكانية استبداله.

([٣٤١٩])Eggleston , the ICE Design and construct contract , op – cit , p. ٧٥

ومثال ذلك: الفقرة ١٢ من عقد ICE (الطبعة السادسة) تتحمل الإدارة المخاطر الطبيعية غير المتوقعة لكونها الأكثر على معالجتها، وفي اعتقادنا أن الأفضل لجهة الإدارة أن تدفع لما هو حادث بالفعل أفضل من الدفع لما هو محتمل حدوثه.

حيث يتحمل المقاول مسئولية عدم تداخل التصميمات وقابليتها للتنفيذ، واستيفاء متطلبات الإدارة من ناحية الجودة والمواصفات، كما يحتل اختيار المواد والمقاولين الفرعيين، ومن ناحية التسعير يتحمل مسئولية المخاطر ومراجعة التفاصيل وتناسقها، ومن ناحية الكميات يتحمل مسئولية دقة قوائم الكمية لكون ذلك العقد من عقود التكلفة الإجمالية.

([٣٤٢٠])Form of sub – contract (Revised September ١٩٨٤).

For use in conjunction with the I.C.E conditions of contract – the federation of civil engineering contractors. p. ٥

Insurances: (٢) the contractor shall maintain in force until such time as main works have been completed or ceased to be at his risk under the main contract , the policy of insurance specified in part II of the fifth schedule here to , In the event of the sub – contract works , or any constructional plant ,

ويعد التأمين والضمان أنجع الوسائل في عقود الإنشاءات الدولية لمواجهة المخاطر التعاقدية. (٣٤٢١) حيث يرى الفقه المقارن أن التدفقات النقدية cash flow ترتبط مباشرة بإدارة المخاطر، ويعزز ذلك التحديد المبكر للمشكلة التعاقدية كى لا يؤدى ذلك إلي مشاكل مع الموردين والمقاولين من الباطن، وهو ما أخذ به قانون بناء الوحدات السكنية في المملكة المتحدة ١٩٩٦ the housing Grants construction Regeneration Act ١٩٩٦ (٣٤٢٢)

مؤدى ماسبق يتصل ما يعرف بتمرير المخاطر بالضمان والتأمين، إذ يعد ذلك التمرير أمراً مهماً للمقاول الرئيسى المتعاقد مع الإدارة، حيث يقوم ذلك المقاول بنقل المخاطر إلى المقاولين من الباطن، غير أنه لا توجد طريقة ثابتة للقيام بذلك النهج السريع إذ تتمثل عوائق ذلك النقل في وجود ثغرات في صياغة العقد المبرم بين المقاول الأصلى والمقاولين الفرعيين، علاوة على وجود غموض في العقد من الباطن، وعدم ضمان تحديث العقود من الباطن مع العقود الرئيسية أو مع التغيرات التشريعية (٣٤٢٣)

---

temporary works , materials or other things belonging to the sub – contractor being destroyed or damaged during period in such circumstances that a claim is established in respect thereof under the said policy……. "

(٣٤٢١)Martin Hirst , shared risk and reward the key to partnering – construction law Journal ٢٠٠٩

-Paul newman: book Review: construction In solvency: security , Risk and renewal in construction contracts – construction law Journal ٢٠١٣

-James doe , who holds the programs risk , construction law Journal ٢٠٠٨

(٣٤٢٢)-Andrew Naismith , cash is always king , construction law Journal , ٢٠٠٨ p. ٢

(٣٤٢٣)Zac spyrou , sub- contracting – risks and opportunities- construction law Journal ٢٠١٠ , p. ١

" when a lawyer is asked by a main contractor client to draft a form of sub – contract , one of the first pieces of advice the lawyer will give to his client is the importance of , so far as possible ensuring the main contract and sub-contracts are back to – back

المبحث الثالث

إشراف الإدارةعلى العلاقات العمالية

labor Relations

تعد العلاقات التجارية داخل العقود الإدارية عامة، والعقود الإدارية طويلة الأجل من أهم مسببات المخاطر لذا على الجهة الإدارية العمل على تقليل مشكلات العمال مع المتعاقد معها كى لا يؤدى ذلك إلى الإضراب عن العمل، ومن ثم تهديد سير العمل والمرفق العام لذا يقول بعض الفقه بأفضلية إطلاع الإدارة على الخلافات بين المتعاقد والعاملين لديه، وأن تعمل على تبادل المعلومات حول تلك الخلافات، وعلى المتعاقد إبلاغ ممثل الإدارة بأى خلاف ينشأ مع أحد العاملين لديه أو مع مجموعة منهم متى كان ذلك من شأنه أن يعطل سير الأعمال [٣٤٢٤]. ،ومن ناحية أخرى على الإدارة مراقبة التزام المتعاقد معها بالقواعد القياسية لبيئة العمل ومدى التزامه بالحد الأقصى لساعات العمل، والتعويض عن الساعات الإضافية [٣٤٢٥].

وفي اعتقادنا أن تدخل الإدارة في الخلافات بين المتعاقد والعاملين لديه قد يكون أمراً محل نظر بخلاف مراقبة الإدارة للقواعد القياسية لبيئة العمل مثلاً إذ قد تكون أمراً مقبولاً

وفي سياق متصل يرى الفقه المقارن أنه بموجب القواعد التقليدية التى تحكم تقسيم المخاطر تكون الإدارة مسئولة عن تصرفات التابعين لها كموظفيها لا عن غيرهم [٣٤٢٦] حيث يتلقى المقاول الفرعى

وهناك العديد من المخاطر التى يعد الفشل في وضع اتفاقات (b.t.b) بشأنها أمراً مؤسفاً ،ويتحملها المقاول الأصلى مثال ذلك: تمديد الوقت بموجب عقد من الباطن، وهو ليس تمديداً بموجب العقد، ولا يمكن للمقاول الأصلى بالتالى استرداد أى خسارة أو نفقات ناتجة عن التأخير من المقاول الفرعى.

For more: peter Hibberd , Agreement Promote risk reduction , construction law Journal ٢٠١٠

([٣٤٢٤]) د. عاطف محمد عبد اللطيف: امتيازات الإدارة في العقد الحكومى في النظام الأنجلو أمريكى العقد الإدارى في القانون المصرى رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق – مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٤٦٤

([٣٤٢٥])FAR ٢٢.١٠٢ federal and state labor requirements & FAR ٢٢.٢ convict labor مشار اليه في المرجع السابق ص ٤٦٤

([٣٤٢٦])Simon Deakn and Jonathan Michie: contracts , co-operation , and competition – studies in Economics , Management , and law – oxford university press ١٩٩١ p. ٣٠٠

تعليماته من المقاول الأصلى لا من جهة الإدارة لذا يكون على المقاول الأصلى مسئولية الجدولة، وتنسيق الأعمال بالنسبة للمقاولين الفرعيين إلى جانب المسئولية عن التأخير والتعطيل ويقتصر تدخل جهة الإدارة في الجدولة والتنسيق عندما يكون موقع الإنشاءات متاحاً من المقاول الأصلى [٣٤٢٧].

وتجدر الإشارة إلى أن إهمال جهة الإدارة، وسوء نية موظفيها أو تدخلها في موقع العمل يمكن أن يكون خارج نطاق فقرة (لا ضرر عن التأخير) (no damage for delay) [٣٤٢٨] إذ يتوجب على الجهة الإدارية منح المقاول فرصة كاملة في التنفيذ، ولكن قد يكون دافعها في التدخل هو فشلها في إيجاد دليل استرشادى تقنى، أو فريق هندسى دائم، أو تفسير المواصفات مع الظروف المتغيرة [٣٤٢٩].

وعلاوة على ما سبق يمكن لجهة الإدارة الدفع بعدم مسئوليتها عن التنسيق والجدولة بإلقاء المسئولية على مدير الإنشاءات construction manager[٣٤٣٠].

أضف إلى ما سبق أن جهة الإدارة يقع عليها عدة التزامات لمنع مشاكل التنسيق كنوع من أنواع المخاطر، ومثالها: تطوير الجدولة، لذا يمكن للمقاولين سرعة الإنجاز حتى يتم التوافق مع التوقعات التعاقدية بدون تعطيل من جهة الإدارة فضلاعلى تسوية المنازعات التى تثور بشأن ضبط التعطل [٣٤٣١]

وفي اعتقادنا لا يجب الخلط بين متابعة الإدارة للعلاقات بين المقاول وتابعيه من العمل من ناحية، ومسئوليتها عن الأضرار التى قد تحدث لهؤلاء العمال، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى في تلك الجزئية بفكرة تقاسم تلك المخاطر بين الإدارة والمتعاقد معها، ويتبين ذلك جلياً من خلال دعوى شركة الإنشاءات

([٣٤٢٧]) Richard f , smith and Arthur leadermant , Dobson v , rutgers: A Roll of the dice for multi , prime contractors – construction law Journal ١٩٨٤ – ١٩٨٥p.٣

([٣٤٢٨]) تستخدم تلك الفقرة كتحفظ في عقود الإنشاءات الدولية التى تتعاقد عليها جهة الإدارة، وذلك لحمايتها من مطالبات المقاول المتعاقد معها وذلك في حالة تأخر مهندس الإدارة في تحضير الخطط والرسومات.

([٣٤٢٩])Ibid , p. ٣

يعد فشل جهة الإدارة في استيفاء ذلك انتهاكاً لفقرة (لا ضرر عن التأخير)

([٣٤٣٠]) في اعتقادنا أنه يجب الحذر فيما يتعلق بمسئولية مدير الإنشاءات كونه في المعتاد ليس له سلطة مستقلة إذ إنه فقط يعد وكيلاً عن الإدارة، لذلك لا يمكنه فرض جزاءات على المقاول، وإذا لم تستخدم الإدارة حقوقها التعاقدية ستعد مسئولة عن فشل التنسيق بين المقاولين الرئيسيين.

([٣٤٣١])Ibid , p.٤

الميكانيكية نورماندى ضد الدولة [٣٤٣٢].

وقد قررت سوابق قضائية عديدة لمحكمة النقض الفرنسية أن عدم احترام ضمان السلامة تجاه العمال عند عدم اتخاذ إجراءات حمايتهم مع العلم بالمخاطر تعد من قبيل الأخطاء التى لا تغتفر (وأن هذا الخطأ لا يكفى لمنع مرتكبه من التذرع بخطأ الجهة الإدارية بعدم اعتماد لائحة مناسبة للحد من المخاطر الصحية لتعرض العمال بغبار مادة الحرير الصخرى) [٣٤٣٣].

المبحث الرابع

مسئولية الإدارة عن توفيرالمعلومات

The Government's Duty to supply Information

لا ينبغى أن تعمل الإدارة على خداع المتعاقد بل عليها عمل توازن في المعرفة التعاقدية (كماً

([٣٤٣٢]) حكم شركة الإنشاءات الميكانيكية لنور ماندى (شركة توصية بالأسهم) ضد الدولة دعوى تعويض عن تعرض العمال لمادة الحرير الصخرى المسرطنة. مجلس الدولة الفرنسى جلسة ٩ نوفمبر ٢٠١٥. ترجمة وتنقيح د.محمد محمود شوقى. ص ٥

" كانت الشركة قد طلبت من المحكمة الإدارية المدنية " كان " إلزام الدولة بسداد مبلغ " ٣٧٦٨٤٢ " يورو كتعويض عن الأضرار التى لحقتها نتيجة لتعرض عمالها لمادة الحرير الصخرى المسرطنة أثناء عملهم مع الوضع في الاعتبار أن المحكمة أقرت من حيث المبدأ تقرير مسئولية جهة الإدارة عن الخطأ الذى ترتكبه، شريطة أن ينتج عن هذا الخطأ ضررا مباشرا وأكيدا، وعندما يكون هذا الخطأ وخطأ شخصي ثالث قد ساهما في تحقق ذات الضرر فيمكن للشخص الثالث الذى قام بتعويض الضحية الرجوع على جهة الإدارة لتعويضيه عن جزء من عبء إصلاح الخطأ تأسيساً على الخطا الذى ارتكبه "

إذ إن الشركة قد دفعت بتقصير السلطات العامة عن ممارسة مهمتها في الوقاية من المخاطر المهنية حتى عام ١٩٩٦ م، غير أن محكمة الاستئناف الإدارية المدنية " نانت " رأت عدم احترام الشركة بدقة لائحة العمل المعمول بها ولم تتخذ من الإجراءات ما هو ضرورى للحفاظ على عمالها من آثار التعرض لغاز مادة الحرير الصخرى، ومن ثم فإنه لا يحق لهذه الشركة الادعاء أن الأمراض التى أصابت عمالها جاءت نتيجة تقاعس الدولة عن اتخاذ الإجراءات الضرورية، أو أن تقصير الدولة قد ساعد ولو جزئياً على الإصابة بالأمراض دون بحث المحكمة عن وجود علاقة سببية مباشرة من الخطأ المنسوب لجهة الإدارة والضرر المزعوم وما إذا ارتكب هذا الخطأ عمداً.

([٣٤٣٣]) المرجع السابق ص ٧

ونفعاً) فالفارق الأساسى بين العقود الادارية والعقود التجارية هو عدم وجود مفاوضات حقيقية [٣٤٣٤].

حيث إن المتعاقد مع الإدارة له أن يقبل العقد أو يتركه لذا يجب عند صياغة عقود الإنشاءات توقع المخاطر قبل توقيع العقد أو العمل على توقعها[٣٤٣٥].

من ناحية أخرى يرى الفقه المقارن أن إجبار جهة الإدارة المقاول معها على إدراج معلومات فحصه وتوقعاته بشأن المخاطر التعاقدية ضمن مرفقات عطائه سيضعه في موقف تفاوضى أقل درجة من المقاول غير الخبير، إذ سيحجم المقاولين المتمرسين عن تسعير مخاطرهم المتوقعة كى لا يفقدوا فرصة الفوز بالعطاء، ويبقى الحل في ذلك هو أن تلجأ جهة الإدارة لإجبار المقاول صاحب العطاء الأقل أن يقوم بتحديد مخاطره المتوقعة، وبذلك تضمن أن صاحب العطاء الأقل سعراً لن يضيف أية تكلفة إضافية لقيمة العقد في حالة وجود مخاطر تعاقدية أو حوادث غير متوقعة، ويمكن كذلك لحل تلك الإشكالية أن يتواجد في

([٣٤٣٤])Changed conditions as misrepresentation in government construction contracts , Hienon line -٣٥ George vashington. l. Rev ٩٧٨ ١٩٦٦ -١٩٦٧ , p. ٩٨٦

" the contractor may either accept the contractor with all its boilerplate or leave it there is no give and take nor any meeting of the minds "

" litigation could often be avoided If contractor , and especialy contracting officers would enter settlement negotrations with a recognition that the risk is to be apportioned in an equitable manner

For more: Baur , Differences Between commercial contracts , ٩٣ A.B.A.J ٢٤٧, ٢٤٨ (١٩٦٧)

([٣٤٣٥])the steven c. sanders , unanticipated Environmental costs in construction contracts: the differing site conditions clause as a Risk Allocation tool , bat , resources & Envtl l ٥٣

" the construction Industry should anticipate these risks and allocate them intelligently before signing the contract precise contractual provisions explicitly addressing the anticipated environmental conditions are often problematic "

المراحل التمهيدية للعقد وجود فاحص كميات، وفاحص للتربة [٣٤٣٦].

وتجدر الإشارة إلي أنه في أغلب الدول في القانون المدنى، والقانون العام يتم إجبار المقاول المتعاقدة مع الإدارة لظروف الموقع قبل تقدمه بالعطاء، إلى جانب أن جهة الإدارة تخلى مسئوليتها عن أية معلومات لم يتم تمريرها للمقاول [٣٤٣٧].

علاوة على ما سبق أظهرت الممارسات القضائية المقارنة أن واجب تقاسم المخاطر تنامى مؤخراً، وأن جهة الإدارة يفترض تحملها لما يقع تحت سيطرتها من مخاطر مثل: معلومات الموقع، ودخوله، وفي اعتقادنا أن المحاكم عليها الاستمرار في ذلك التوجه لا بقصد التدخل في تنفيذ الإدارة لعقودها وعلى جهة الإدارة استخدام عناية واجبة في اختيارمدير المشروع [٣٤٣٨].

ويرى الفقه المقارن بأنه يمكن لجهة الإدارة أن تختار من خلال ممثليها فحص الموقع بدلا من ترك تلك المهمة للمقاولين الفرعين، ولكن تلتزم بأن يتم إسناد ذلك للمتعاقدين المحتملين لكونهم أكثر دراية بتكاليف وظروف الموقع، فضلاً عن توفير النفقات الحكومية المتعلقة بفحص الموقع[٣٤٣٩].

وكذلك يجب على جهة الإدارة والمهندس الحذر عند استخدام معلومات المسح survey information بأن تكون ذات تواريخ حديثة، وأن تكون متاحة لمقدمى العطاءات، ويُفضل أن يقوم بتلك العملية شخص واحد، أوأكثر من شخص في حال الاضطرار ويُفضل أن لا تتداخل مهامهم، وعلاوة على ذلك لتطوير عمليات تحليل المخاطر لابد أن تتضمن عمليات التحليل تعريف وتحديد كل المخاطر المحتملة

([٣٤٣٦])Duncan Wallace , construction contracts , principles and policies in tort and contract , London sweet & maxwell,p.٣٨٣

([٣٤٣٧])Ibid , p. ٣٨٣

([٣٤٣٨])Allocation of risk , op. cit , p. ١٦٥

يفترض عند قيام الإدارة بتفويض مدير المشروع في عملية التنسيق coordination أن تتحلل من مسئوليتها عن التأخيرات، وبالتالى قد يؤدى ذلك لعدم فعالية التنسيق " vigilant coordination " وعدم تقدم الأعمال، لذا تتحدد مسئولية من المشروع في الدولة scheduling والتنسيق وإتمام الأعمال completion of the work

([٣٤٣٩])Eggleston , the ICE Design and construct contract , op – cit , p. ٧٩

بموجب الفقرتين C, D من عقد ICE إذا قام المقاول بفحص الموقع وارتضى بناء على ذلك الفحص شروطه السعرية فإنه يكون مخولاً بالاعتماد على المعلومات الواردة من رب العمل، ولا يعنى ذلك تحمل الأخير للمسئولية بل تقع مخاطر الموقع على المقاول.

.(٣٤٤٠)

وفي إطار واجب الإفصاح يمكن لجهة الإدارة دفع المسئولية الإدارية ضد المقاول المتعاقد معها ،مثال ذلك: قضية " wunderlich " (٣٤٤١) حيث ذهبت المحكمة فيها إلى أنه إذا قامت الجهة الإدارية بما عليها من واجب الإفصاح " Duty to disclose information " ولم تقم بتحريف أية معلومات ولم تتدخل في الأداء، فإن المقاول عليه عبء الزيادات غير المتوقعة في تلك التكلفة والمسئولية عن المواصفات النهائية في العقد (٣٤٤٢)

المبحث الخامس

دور الصياغة في تقليص المخاطر

تعمل العقود النموذجية أيضا على اعادة توزيع المخاطر من خلال وضوح المصطلحات العقدية بمرحلة الصياغة، غير أن الاشكالية الكبرى تتمثل في أن العقود ذاتها لا تحدد بصياغتها المخاطر وتوزيعها بشكل كاف من ناحية، أو تحدد تلك المخاطر بدون توفير الآليات المناسبة لتنظيمها من ناحية أخرى، ويخضع توزيع المخاطر للعديد من العوامل كالتالي:

(٣٤٤٠)Davison , op. cit , p. ١٤

" In any event ,what ever the legal implications , it has to be good commercial sense for all parties to contract to indentify and consider all potential risks before commencing on the project ".

(٣٤٤١)Nash , op. cit , p. ٧٠٩

Wunderlich contracting co. v. united states ٣٥١ f ٢ d ٩٥٦ (ct. cl. ١٩٦٥)

منحت الإدارة – وفقاً لتلك القضية – المقاول المتعاقد معها خياراً بتقديم العطاء حتى مواعيد متأخرة للقيام بتقييم السعر المقترح للعقد، وعلى الرغم من ذلك اختار المقاول المدعى wunderlich تاريخاً مبكراً للقيام بذلك، وحكمت المحكمة بأنه: "إذا كان المقاول قد اختار تقديم عطائه في وقت مبكر لتعزيز موقفه للفوز بالعطاء إلا أنه قد افترض قدرته على تحمل المخاطر بإنجاز المشروع

The court held: If the contractors elected to enhance their competitive position …. And there by willingly assumed the substantial risk of completing the project within the light schedule (they are not) misled into assuming greater risks and responsibilities then they had anticipated "

(٣٤٤٢) لكن إذا كان على الإدارة واجب مستقل بالكشف عن بيانات في مواصفات المنتج النهائى وتضمن ذلك تحريفاً مادياً آخر بالمقاول فإن ذلك يثير مسئوليتها.

١ – تحديد الطرف الأكثر قدرة على السيطرة على تلك المخاطر.

٢ – معالجة آثار التأخير في اتمام الأعمال بأن تكون تلك المعالجة شاملة لكل ظروف التأخير دون أن يقتصر على ظروف محددة بعينها.

٣ – تشجيع التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها من خلال وجود سعر عادل وآليات مناسبة لتنظيم المخاطر [٣٤٤٣].

وفي اعتقادنا أن العقود النموذجية تأثرت بعولمة الفكر القانونى، وقد يعيبها التعسف في كل حالة لعدم القدرة على التنبؤ في الالتزامات وزيادة المخاطر غير أن مبادئ يونيدورا UNIDROTT Princeples of international commercial contracts أسست لفكرة مغايرة وأضفت الطابع الوطنى على النظام القانونى للمعاملات عبر الحدود , Localization of international construction contracts

من ناحية أخرى من منطلق تعدد السلطات والمسئولية التعاقدية " Multiplicity of authorities and contractual responsibility يحذر الفقه المقارن من المخاطر التى تهدد الأمن التعاقدى في العقود الإدارية الدولية وخاصة عند وجود غموض وشك حول طبيعة العلاقات بين الجهة الإدارية المعاقدة وممثليها (فضلاً عن التزاماتهم، والالتزامات الملقاة على هؤلاء الممثلين لها تجاه بعضهم البعض والتزاماتهم تجاه الغير (الأطراف الثالثة)، ولكن ما يجب التأكيد عليه أنه على الرغم من مشاركة عدة أطراف في تنفيذ الأعمال فإن الجهة الإدارية المتعاقدة هي المسئولة عن ممثليها وبقدر ما يعملون في حدود سلطاتهم بموجب العقد ،لذلك فإن السلطة التى يمتلكها المهندس ويجوز له ممارستها دون موافقة

([٣٤٤٣])Patrick m. m lane: disruption and delay: fair entitlement and the regulation of risk ,construction law Journal ٢٠٠٦ , p. ٣

Reputable tenderers will increase their price because more risks have to be priced and less reputable tenderers might under – price merely to obtain the job with consequential poor performance "

تزيد تلك الاحتمالية في العقود مثال ذلك: الكتاب الأحمر من الفيديك، حيث تعالج الفقرات ٤٣، ٤٤، ٤٦، ٤٧، ٤٨ من ذلك الكتاب على تقسيم المخاطر المنفذ بالوقت.

In the absence of a contract regulating the risk of unforeseen ground conditions, It is generally regarded as residing with the coutractor. how ever the risks is often transferred contractually to the employer "

مسبقة من الجهة الإدارية لابد أن تكون محددة بوضوح وهذا ما تحتويه العقود الدولية النموذجية عادة [٣٤٤٤].

مؤدى ماسبق تلعب الصفة الدولية لعقد الأشغال الدولى دورا كبيراً في عملية الصياغة بغية الوصول إلى تحقيق التوازن التعاقدى المنشود [٣٤٤٥] ،ويحتاج الأمن التعاقدى لصياغة محكمة شاملة للعقد الإدارى، حيث يرى البعض صعوبة تلك الصياغة لتعدد الجوانب التقنية والفنية المركبة [٣٤٤٦].

وآخرون يعزون ذلك إلى تعدد أطرافها ما بين قانونية ومهندسين واقتصاديين، ورجال مال بما يحث القائمين على صياغتها بالرجوع الى الوثائق والاتفاقيات الدولية والإقليمية [٣٤٤٧].

ويرى البعض أن الصياغة تعقب مرحلة التفاوض التى يمكن الشروع فيها من خلال التفاوض بالجانب الفنى ثم الصياغة القانونية [٣٤٤٨].

وفي اعتقادنا أن ما يجب أن يؤخذ في الاعتبار من فريقى التفاوض عن الإدارة والمتعاقد معها بيان القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص في حالة المنازعات ،ويجب على المتعاقد مع الإدارة عند اشتراطه تحديد المسئولية أن يأخذ بعض الاحتياطات القانونية التالية:

١- صياغة بند تحديد المسئولية القانونية بوضوح ليتوافق مع جميع النظريات القانونية، كالاهمال، وفسخ العقد... إلخ، وصياغتها بالنظر إلى كل حالة على حدة.

٢- فصل بند تحديد المسئولية القانونية عن أية بنود خاصة بالتعويض في العقد.

٣ - مناقشة مفهوم تخصيص المخاطر بما يتناسب مع المقابل المالى للإدارة.

([٣٤٤٤])Francis meuret , op. cit , p. ١٥

For more: James Doe, who holds the programme risk? , construction law Journal (٢٠٠٨)

([٣٤٤٥]) د/على مرضى عياش العنزى: عقود الأشغال الدولية، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٩ ص ١٨٠

([٣٤٤٦]) د.محمد حسين منصور: العقود الدولية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ م ص ١٣٤

([٣٤٤٧]) د. سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – دارالنهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٢١٤

([٣٤٤٨]) عوض الله شيبة الحمد: النظام القانونى لعقود انشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق – جامعة أسيوط ١٩٩٢ ص ٢٧٠

٤ – تناسب المخاطر التى يتحملها مقدمو الخدمات كالموردين مع أرباحهم [٣٤٤٩].

وفي السياق ذاته يرى البعض أن جميع الولايات المتحدة الأمريكية – باستثناء ولاية لويزيانا – تقر للأطراف التعاقدية – الإدارة والمتعاقد معها – حرية تعاقدية بما يكفل فكرة تخصيص المخاطر التعاقدية، ومعظم المحاكم الأمريكية تؤكد تلك الحرية ما دامت النية واضحة، وقد شددت لائحة التعاقدات الحكومية الأمريكية F.A.R من مسئولية المقاول عن أية أضرار تصيب الجهة الإدارية بسبب التأخير في انجاز العمل إلا إذا كان ذلك بسبب خارج عن إرادته كمثال القوة القاهرة والقرارات السيادية للحكومة، والكوارث الطبيعية بصورة عامة [٣٤٥٠].

مؤدى ماسبق يجدر بالإدارة والمتعاقد معها صياغة العقود بشكل كامل اذ إن مفهوم الطرف الأكثر قدرة على تحمل المخاطر superior risk bearer يعتمد على الأفضلية، ويفترض ذلك نظرياً أن العقد مكتمل وإلا سيقوم القاضى بدوره في تكملة العقد من خلال قواعد التفسير وقبلها النظر في الشروط الضمنية للعقد Implied terms [٣٤٥١]

وفى اعتقادنا أن الطرف الأقدر على تحمل المخاطر في مرحلة الصياغة يختلف عنه في مرحلة التنفيذ والدليل على ذلك أن الطرف الذى يحوز ميزة معلوماتية تفضيلية في العقد ليس بالضرورة هو من

([٣٤٤٩]) د. هانى عليوة: المرجع السابق ص ٢٤٥
ينبغى الحرص عند وضع الصياغات، حيث تكون أحياناً المصطلحات مرنة وغير واضحة المعايير مثال:
the contractor shall be deemed to have satisfied himself as to the physical conditions of the site "
For more: Wallace , op. cit , p. ٣٨٣

([٣٤٥٠]) المرجع السابق ص ١٥٣ وما بعدها، ويرى ذلك الرأى أن المشرع الأمريكى ترك للأطراف المتعاقدة حرية تخصيص المخاطر التعاقدية ما دامت الضمانات الدنيا لجبر التعويض قد تحققت ومع ذلك يرى أن المحاكم الأمريكية تميل الى ابطال بنود الاتفاق عن الإعفاء من المسئولية متى كان الضرر الواقع نتيجة إهمال الطرف نفسه، أو احتيال أو سلوك غير قانونى.

([٣٤٥١])Gerrit de Geest , contract law and Economics , Encyclopedia of law and Economics , second Edition , Edward Elger , p. ١٣٧
"If a court is willing to " insure " parties through flexible interpretations and implied terms it creates a classic moral hazard problem: the parties have less incentive to write good contracts themselves

يقوم بصياغة العقد [٣٤٥٢]

علاوة على ما سبق يرى الفقه المقارن أن عدم اكتمال الصياغة In completeness في العقود طويلة الأجل يعد صفة غالبة، لذا غالباً ما يتم اللجوء إلى التفاوض فيما يتعلق بالأحداث الفجائية، وقد يؤدى ذلك لخلاف محتمل بين الإدارة والمتعاقد معها [٣٤٥٣]

أضف إلى ذلك أنه يفرق بين التفاوض الإجباري عندما تترك الإدارة والمتعاقد معها بعض نصوص العقد لاعادة التفاوض لاحقاً، وبين التفاوض الاختيارى والذى يكون في حالة اكتمال نصوص العقد وهو في تلك الحالة وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات " Alternative Dispute Resolution (ADR) [٣٤٥٤].

وفي اعتقادنا أنه كلما امتلك أطراف العقد المعلومات الكاملة حول العقد سيكون من المتاح لهم تحديد وتعريف ظروف التفاوض ويتوقف ذلك على شروط أخرى كمثال تكلفة المعلومات [٣٤٥٥].

يرى الفقه المقارن عدم وجود نظام قانونى يمنع مبدأ إعادة التفاوض لوجود مبدأ الحرية التعاقدية خاصة في العقود طويلة الأجل، ولكن يتوقف إعمال ذلك المبدأ على درجة الجهد المبذول في التفاوض

([٣٤٥٢])Ibid , p. ١٣٨

وتجدر الإشارة إلي أن المحاكم عادة ما تواجه مخاطر الانتهازية في التحصل على معلومات غيرمتماثلة من الطرف الآخر، (واجب حسن النية) ويفترض في ذلك أن يكون القاضى قادراً على تعريف المخاطر التى لم تكن ببال الإدارة والمتعاقد معها عند التعاقد.

([٣٤٥٣])Ibid , p. ٣٣٤

تلجأ الإدارة والمتعاقد معها في تلك الحالة، إلى محاولة التفاوض وهم على دراية بان التوقع الكامل لكافة المخاطر وصياغتها بالعقد عملية شبه مستحيلة، لذا يتم اللجوء الى التوافق مع فقرات الظروف المتغيرة.

([٣٤٥٤])Ibid , p. ٣٣٥

([٣٤٥٥])Ibid , p. ٣٣٥

" when Information costs are high , parties may emphasize expost efficiency rather than exante efficiency and will seek to balance both elements and draft a formal contract with vague standards so that it may be renegotiated ex post and adjusted to the contingencies that may take place during the life of the contract "

لاعتماده على طابع أخلاقى، أما من الناحية البراجماتية إذا شعر أى طرف من أطراف التعاقد بوجود إجبارية في التفاوض سوف يؤدى ذلك إلى حجب المعلومات فيما بين الطرفين بغية تحقيق مصالح خاصة، والدليل أن أطراف العقد عادة ما يعمدوا إلى إدراج التكاليف المحتملة مقدماً في العقود طويلة الأجل تحسباً لإعادة التفاوض لاحقاً [٣٤٥٦].

علاوة على ما سبق قد يتحمل المقاول كل المخاطر كما هو الحال في العديد من نماذج الضمان في عقود الإنشاءات الدولية ولكن تتحدد مسئوليته عن ذلك بحسب كل حالة، لذا قد يتم اللجوء للتفاوض مرة أخرى [٣٤٥٧].

وقد يساهم أطراف العقد بدورهم أمام القضاء في تحديد الالتزامات غير المؤكدة من خلال أدائهم الأحق أو اتجاه طرف بإرادته لقبول تفسير الطرف الآخر بخصوص تلك المخاطر التعاقدية [٣٤٥٨].

المبحث السادس

اتفاقات تحديد المسئولية

تعد اتفاقات تحديد المسئولية (limitation of liability) lol من أحد أهم الوسائل التى تتم بها مواجهة المخاطر التعاقدية وعرفها الفقه الأمريكى بأنها اتفاقات تعاقدية تحد من حجم المسئولية من ناحية، وتحدد المسئول عنها من ناحية أخرى في حالة تعدد أطراف العقد، وهى شرط يقصد به تخصيص المخاطر بنسبة معقولة بالنسبة إلى الفوائد التى يمكن تحصيلها من العقد [٣٤٥٩].

وتعد تلك الاتفاقات من وسائل إدارة المخاطر، حيث تعد إدارة المخاطر ركنا جوهريا في العقود عامة وعقود الشراكة خاصة ،ويمكن إدارة المخاطر في العقود الإدارية الدولية بتوزيع المخاطر المتوقعة

([٣٤٥٦])Ibid , p. ٣٣٧

([٣٤٥٧])Micheal patrich o'reilly , principles of construction law – longman Grap uk ltd ١٩٩٣ , p. ٢٥٠

مثال سياسة تلك النماذج ما يعرف باسم (CAR) contractor's All Risks

([٣٤٥٨])Ibid , p. ٥

([٣٤٥٩])Professional liability update A loss prevention News letter for the design profession msp pl ١١/٩٩ " limitation of liability: a proven concept " November , ١٩٩٩ published by cavignac & associates – website: www – cavignac – com

مشار إليه لدى: هانى عليوة: المرجع السابق ص ٧٤

Allocating Foreseeable risksمن خلال شركات دائمة([٣٤٦٠])

وقبل ذلك يجب أن تفصح جهة الإدارة عما تحوزه من بيانات أو معلومات عن الموقع وظروف العقد عامة، وذلك لتجنب إثارة أي نوع من أنواع المسئولية تجاهها إذ إن عدم التيقن من المعلومات المستمدة من جهة الإدارة يؤدي إلى عدم دقة العطاءات المقدمة لها ويؤدي إلى اختيار مقاولين غير جديرين بتنفيذ العقود الإدارية([٣٤٦١])

يرى الفقه أن إدارة المخاطر تعنى بالأساس قياس وتقييم المخاطر وتطوير الاستراتيجيات المختلفة لإدارتها من خلال عدة نشاطات، كالتالى:

- كيفية استخدام إدارة المخاطر في المشرروع.

- الاحتفاظ بقاعدة بيانات المخاطر محدثة أولاً بأول.

- إعداد خطط للتخفيف من تلك المخاطر [٣٤٦٢].

وتجدر الإشارة إلي أن دليل اليونسترال أورد فى توصيته رقم ١٢، ورقم ١٣ أنه لا يجب تقييد طرفى العقد تشريعياً بخصوص توزيع المخاطر بالشكل الذى يلبى احتياجات المشروع، وكذلك يجب أن يوضح القانون المحلى للدولة المضيفة السلطة العامة التى ستتولى تقديم الدعمين المالى والاقتصادى للمشروع وأنواع ذلك الدعم([٣٤٦٣]).

ويرى الفقه المقارن أنه بالرغم أن صيغة العقد المقترحة من غرفة التجارة الدولية ICC - فيما

([٣٤٦٠]) John Quiggin.public private partnership;options for improved risk allocation,hienonline,٢٠٠٦,p٢٩٣

([٣٤٦١]) Misrepresentation in public contracts:Allocating the risk of loss,SYRACUSE LAW REVIEW,hienonline,p١٠٢٤

Foe more:

-John D wright,Risk Management for designer and contractors,construction law journal ٢٠٠٤

- John D wright,Risk and insurance in NEC ٢٠٠٥, ,construction law journal ٢٠٠٧

-John Bremen,Risk allocation,project finance and trends in project delivery ٢٠٠١

([٣٤٦٢]) مستشار د. حمدى ياسين عكاشة موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث (مشكلات تنفيذ العقود الإدارية – ٢٠١٥ ص ٣٩ وما بعدها.

([٣٤٦٣]) UNCITRAL Legislative guid on privately financed in frastructure Projects, Recommendations ١٢ and ١٣.

يخص تقسيم المخاطر – تعد أكثر عدالة من صيغة عقود الفيديك إلا أنها تبقى محاولة نظرية فقط دون تطبيق واقعى»([٣٤٦٤]).

ويمكن تقسيم التزامات الجهة الإدارية في الإعداد والتجهيز لإدارة المخاطر التعاقدية قبل إبرام العقد كالتالى:

أولاً: مسئوليات إدارة محاسبة العقود والتى تعتمد على نوعين من التدقيق أولهما التدقيق الفنى وثانيهما التدقيق المالى إلى جانب مرحلة التنسيق والمتابعة، والتى تعنى بإعداد قاعدة بيانات رصد قيمة العقود والاتفاقيات، ومتابعة ما تم إصداره من شهادات الدفع والمبالغ المتبقية من الاعتمادات المالية، ومتابعة نسب الإنجاز الفعلية، ومنحنى التدفق المالى cash flow[٣٤٦٥].

ثانياً: إدارة المطالبات والأوامر التنفيذية وأوامر تمديد العقد [٣٤٦٦].

وبنظرة أشد تركيزا يرى البعض أن تقييد أو تحديد المسئولية قد لا يرد بالضرورة في شكل بند

([٣٤٦٤])Burno De Cazalet:

- The model turnkey contract published by the international chamber of commerce and their positioning compared to FIDIC contracts: contract for the turnkey supply of an plant (٢٠٠٣) and turnkey contracts for major projects (٢٠٠٨) – (international Business law journal) ٢٠١١,p٣٣
  For more see :- An expanded force Majeure p. ١٥, ١٦ and Provision Based on the Icc Model Clause p. ١٨.

يرى ذلك الرأى أن كثرة التعديل العقدى ستخلق حالة من عدم اليقينية بالنسبة للعملاء بخصوص التكلفة والمواعيد النهائية مما يكون معه رفض صيغة ICC محتملاً بشكل كبير وليس منهم فقط بل أيضا من المؤسسات المصرفية التى يتعامل معها رب العمل.

ومن أمثلة تقاسم المخاطر ما أوردته صيغة Jct SBC ٠٥ فى فقراتها الفرعية ٢.٢٨ ,٢.٢٩.٨ حيث يخول المقاول بالامتداد الوقتى فى حالة الطقس المعاكس الاستثنائى، ولكن الفقرات الفرعية ٤.٢٣ و ٤.٢٤ من عقد Jct ٠٥ لا تعطى المقاول أى تخويل بالتعويض المادى.

For more: - Eggleston, (the ICE Design & Construct Contract) op. cit., p. ٥٧.

([٣٤٦٥]) للمزيد انظر المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها

([٣٤٦٦]) للمزيد انظر رسالتنا: المرجع السابق، وقد تناول د. عكاشة واجبات الجهة الإدارية في تلك النقطة كالتالى:

- واجبات الجهة الإدارية لتلافى المطالبات.
- واجبات الجهة الإدارية عند إصدار أوامر التغيير و أوامر التمديد

تعاقدى أساسى، أو في شكل شرط وارد في إخطار مستقل [٣٤٦٧].

في حين يرى الفقه المقارن أن عقود الإنشاءات الدولية وما يرتبط بها من نقل للتكنولوجيا تثير إشكاليات عدة فيما يخص الأمن التعاقدى والأمن الاقتصادى للمتعاقد مع جهة الإدارة، وذلك من خلال ضعف الإطار التعاقدى واحتمالات عدم التوازن التعاقدى ترجع إلى أسباب عدة منها إلقاء المسؤولية كاملة على المقاول بغض النظر عن طبيعة وحدود الالتزامات التعاقدية لباقى أطراف العقد [٣٤٦٨].

ونتفق مع الفقه المقارن في أن التاريخ المعتبر لبدء سريان العقد الإدارى الدولى يمثل أحد إشكاليات الأمن التعاقدى إذ يفترض أن يكون العقد سارياً عند استيفائه عدة مؤثرات ،مثال ذلك: التوقيع من الطرفين وموافقة السلطات المختصة ثم سن القانون أو الأداة القانونية الخاصة به إن تطلب الأمر، لذا قد تنقضي فترة زمنية بين تاريخ التوقيع وتاريخ النفاذ الفعلى the date of coming into force [٣٤٦٩].

وعادة لا تتطلب معظم المناقصات العامة الدولية إجراءات شكلية، حيث تنص معظم العقود النموذجية الدولية على أن يبدأ المقاول في تنفيذ الأعمال بمجرد طلب المهندس بالقيام ببدء الأعمال [٣٤٧٠].

ويرى الفقه المقارن كذلك أنه من الأهمية بمكان عند صياغة العقد الإدارى الدولى الإشارة إلى بنود معنية تكون ملزمة للطرفين عند توقيع العقد كمثال التغييرات في التكلفة والتشريع changes in

---

([٣٤٦٧]) المرجع السابق ص ٧٤

حيث يميز بين عدم المسئولية الجزئية limitation clause وعدم المسئولية أو الإعفاء الكامل Exemption clause أو استبعادها Exclusion clause

([٣٤٦٨])Francis meuret: analysis and management of the risks in international construction and industrial works contracts – international business law Journal ١٩٨٨ , p. ٢

([٣٤٦٩])Ibid , p. ٣

" In case of public tenders , the benefit of the agreed – upon arbitration clause will be subject to both the validity of the contract and the further approval of an higher public authority (ex: council of state)

([٣٤٧٠])Ibid , p. ٣

لا تتطلب تلك العقود إجراءات شكلية معقدة بل يعد العقد سارياً بمجرد توافق عرض المقاول المتعاقد مع أحكام وشروط ووثائق المناقصة التى تطرحها الجهة الحكومية ومن المؤشرات التى أثارها الفقه كذلك كدليل على بدء سريان العقد سن قانون خاص

cost & legislation، والقوة القاهرة force majeur ومعيار الثقة confidentiality والتحكيم arbitration، والتصاعد السعرى price escalation وحيز التنفيذ coming into force [٣٤٧١].

وكذلك يمكن تحديد المسئولية في عقود الإنشاءات الدولية من خلال التأمين، وفقرات تحديد المسئولية وفقرات البنود الطارئة والتعويض إلى جانب الوسائل غير الرسمية كمثال نظم الفحص checking systems لتقليل المخاطر [٣٤٧٢].

من ناحية أخرى يجوز للمتعاقد مع الإدارة التعويض عن المخاطر في حالة الظروف الطارئة وتحرص أغلب العقود الإدارية على معالجة ذلك لمواجهة اختلال التوازن المالي في العقد، ويكون ذلك من خلال التالى:

- اتفاقات إعفاء الإدارة من المسئولية من الحادث الطارئ.

- اتفاقات إعادة النظر في المقابل المالى المستحق للمتعاقد على ضوء التغير المتوقع في الظروف الاقتصادية للعقد.

- اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد عند تحقق الظروف الطارئة.

- الاتفاقات اللاحقة على إبرام العقد لمواجهة التغيرات الاقتصادية المتوقعة.

بالمشروع أو تسليم الوثائق الفنية، أو استلام المقاول الدفعة الأولية، أو صياغة ضمان الأداء في نموذج تقبله الجهة الحكومية.

([٣٤٧١])Ibid , p. ٣

" not to have a valid contract between the parties is risky for the exporter (contractor) , but to be Indefinitely bound by an agreement is risky too "

([٣٤٧٢])o' reilly , op , cit , p. ٢٤٩

في أغلب العقود الرئيسية يتقبل المقاول التعويض من خلال ضامنيه، والذين عليهم أن يقوموا بتعويض جهة الإدارة من كل المخاطر والمطالبات، وقد يكون ذلك من خلال فقرات contingency clauses التى قد تستخدم لتعويض المقاول الفرعى ومثالها: فقرة "ادفع عندما تقبض » pay when paid والتى تنص على أن المقاول الأصلى سوف يقوم بالدفع للمقاول الفرعى عندما يتسلم مستحقاته من الجهة الإدارية.

الاتفاقات المبرمة بين الإدارة والمتعاقد معها لتنظيم آثار الظروف الطارئة [٣٤٧٣].

يرى الفقه المقارن وجوب الحذر عند قيام جهة الإدارة بنقل المخاطر إذ عليها في تلك الحالة عمل تسوية مالية Financial adjustment للتوزان التعاقدى، لذا إذا قام المقاول بإدراج مبلغ إضافى على سعر العقد كى يتحمل المخاطر، فإن جهة الإدارة تستفيذ من ذلك بطريقة غير مباشرة عن طريق الحد من المخاطر [٣٤٧٤].

ومن ناحية أخرى من الخطأ أن تقوم الإدارة بتحويل المخاطر إلى مدير العقد (C.M) ولأن ذلك سيؤدى إلى أحد احتمالين أولهما: إما أن يستوعب تلك المخاطر، وبالتالى يقوم برفع السعر، وثانيهما: أن يقوم بتوفيق الأعمال تحت ظروف متغيرة ويقوم بتمرير المخاطر إلى المقاولين الفرعين [٣٤٧٥].

علاوة على ماسبق يمكن توزيع المخاطر من خلال تحويلها Transfer of risk ونقلها إلى الأمام بفقرات تعاقدية مثال ما يعرف بالشروط الجزائية الاتفاقية " liqudated damages " إذ تعد تلك الفقرات اتفاقاً مسبقاً على التعويضات في حالة عدم توافق الجداول العقدية، غير أن الفقه المقارن يرى في تلك الفقرات خطراً متزايداً على المقاول المتعاقد مع الإدارة كونها غير قابلة للتطبيق في حالة ما إذا كانت المخاطر والظروف خارج سيطرة المقاول، وبدون خطأ أو إهمال، لذا يُعد مجال تطبيقها محصوراً في المخاطر التى يمكن التحكم بها فقط [٣٤٧٦].

ومن ناحية أخرى تعتمد بعض العقود الحكومية الأمريكية لمعالجة جودة وتوقيت الأداء على فقرات كمثال " predeterminded failures " الأخطاء المحددة مسبقاً "والتى تُعد كجزاءات يتم توقيعها عند الإخلال بجدولة الأعمال، أو الاشتراطات التكنولوجية، ويتم وضع تلك الفقرات في صورة مبالغ دولارية عند الوقوع في الأخطاء المحددة مسبقاً، لذلك يمكن تطبيقها من خلال أطراف أخرى أو

([٣٤٧٣]) د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق ص ٤٨٣ وما بعدها.

([٣٤٧٤])John Murdch , will Hughes , construction contracts law and management , fourth Edition , p. ٦٥

لذا نجد أن أغلب مستخدمى عقود إدراة الإنشاءات من المطورين Developers "construction management contracts "

([٣٤٧٥])Ibid , p. ٦٦

([٣٤٧٦])Nash , op. cit , p. ٧٠٣

تطبيقها من خلال جهة الإدارة في ظروف نادرة [٣٤٧٧].

أما فيما يتعلق بالعمل المعيب يمكن لجهة الإدارة مواجهة ذلك الخطر من خلال فقرات فحص الأعمال " Inspesction clause" إذ تضمن جهة الإدارة حقها عن طريق سلطتها في مد الفترة الزمنية للاعتراض على العمل المعيب " Defective work " عقب اتمام فترة الاختيار " completion of testing " [٣٤٧٨].

واستطرادا لما سبق غالبا ما يشكو المتعاقدون مع جهة الإدارة من أن نشأة المخاطر تكون بعد توقيع العقد، حيث تتحدد الالتزامات التعاقدية تحديداً صارماً بما تمت كتابته من نصوص تعاقدية، لذا تحدد معظم العقود الإدارية المخاطر في داخل الاتفاق المكتوب، وعندما تتحدد تلك المخاطر تقوم المحكمة بتفسيرها تفسيراً دقيقاً وإعطاء الكلمات المستخدمة معناها العادى في حالة الغموض وإلا يقوم الشخص الذى قام بإعداد وصياغة العقد بالتفسير، وتتم الاستعانة في ذلك بالأدلة والمظاهر الخارجية لسبرأغوار نية المتعاقدين [٣٤٧٩].

وتأكيدا لتلك الفكرة يذهب الفقه المقارن إلي أن ميزان المخاطر التعاقدية قد يتغير من خلال الصياغات فاستخدام كلمات مهنية مثال: " حسن النية good faith " وأفضل الجهود best endeavours والأفضل للمشروع best for project قد تكون من الخطورة بمكان [٣٤٨٠].

([٣٤٧٧])Ibid , p. ٧٠٣

([٣٤٧٨])Ibid , p. ٧٠٤

A warranty clause perform successfully for a designated period of time such warranty clauses have an effect similar to " Package procurement " techniques since both force the contractor to bear the risk over a longer period of time "

إذ تقوم الإدارة بإجبار المقاول على تحمل المخاطر لفترة أطول، اذ أن المقاول في الظروف العادية يضمن أداء الانشاءات لمهامها وقت التسليم، لكن الإدارة قد تلزمه بفترة أطول بخلاف وقت التسليم.

([٣٤٧٩])Philip norman , pinsent masons , the changing nature of risk , construction law Journal ٢٠٠٦ , p. ١

contractors often complain that the ground often moves even after a contract Is signed , and the ground is in fact moving when it comes to the key item to priced in many contracts , risk

([٣٤٨٠])Ibid , p. ٣

فضلا على ماسبق يحكم توزيع وتقاسم المخاطر مبادئ العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية في حالتى الصعوبات المادية غير المتوقعة، وعمل الأمير حيث يرى الفقه أن الإدارة – طبقاً لنظرية الصعوبات غير المتوقعة تتحمل كافة مخاطر وخسائر تلك الصعوبات بخلاف نظرية الظروف الطارئة تتوزع مسئولية تلك المخاطر بين الإدارة والمتعاقد معها، أما في نظرية عمل الأمير تتحمل الإدارة التعويض الكامل للمتعاقد معها في مقابل ما تتمتع به من سلطات تعديل الالتزامات المتعاقد معها [٣٤٨١].

ويثور تساؤل عن اتفاقات إعفاء الإدارة عن مسئولية التعويض عن تعويض مخاطر الصعوبات المادية غير المتوقعة وعمل الأمير بصورة مطلقة، وفي ذلك اختلف الفقه الإدارى الذى سلم الأرجح فيه بعدم مشروعية الاتفاق المطلق على ذلك [٣٤٨٢] بخلاف الرأى المرجوح الذى قال بجواز ذلك لعدم تعلق التعويض الكلى بالنظام العام [٣٤٨٣].

أما بشأن الاتفاق على الإعفاء الجزئى من التعويض سلم الفقه بمشروعية ذلك الاتفاق، ويرى الفقه أن دفاتر الشروط العامة الملحقة بالعقود الإدارية غالباً ما تستبعد تعويض المتعاقد مع الإدارة عند احتمالية اتخاذها إجراء معين في مواجهة المتعاقد معها غير أن مجلس الدولة الفرنسى يتشدد في تفسير مثل تلك الشروط [٣٤٨٤].

يثير الفقه تساؤلا في خصوص الجمل والصياغات المرنة كمثال حسن النية هل يتم تحديد حسن النية بشكل موضوعي أم بشكل شخصى أم بالخلط بين المعيارين الموضوعى والشخصى.

([٣٤٨١]) د. محمد سعيد حسن أمين المرجع السابق ص ٤٨٢، ٤٨٣، ويؤكد ذلك الرأى أن التعويض في الحالتين يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب يستثنى من تعويضه الكامل حالتين أولهما: فسخ العقد بسبب العمليات الحربية، وثانيهما: مساهمة المتعاقد بخطأ منه في إحداث بعض الأضرار

([٣٤٨٢]) المرجع السابق ص ٤٩١ واستشهد أستاذنا د.أمين بحكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧..... والذى نص على أنه من المقرر في العقود الادارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسئوليتها، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإدارى من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في العقود الإدارية، ومنها حقه في التوازن المالي للعقد »

([٣٤٨٣]) د. توفيق شحاتة – القانون الإدارى – طبعة ١٩٥٤ -١٩٥٥ – بدور دار نشر ص ٨٢٣ مشار إليه في مؤلف د.محمد سعيد حسين أمين، وانظر تفصيلاً د. على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس ١٩٧٥.

([٣٤٨٤]) د. محمد سعيد حسن أمين المرجع السابق ص ٤٦٣ وما بعدها

وقد تطرق الفقه المقارن لنظرية عمل الأمير تحت مصطلح local authorities and statutory undertakers "السلطات المحلية والتعهدات التشريعية" حيث لا يوجد مرجعية أو قائمة محددة لتلك السلطات أو التعهدات، وعليه أن يتم الاسترشاد بها من خلال أى تأخير يتم التسبب فيه بالقدر الذى يكون غير متوقع في مداه وطبيعته (٣٤٨٥).

ويرى أصحاب هذا الرأي ذاته أن المخاطر الحكومية التى تمثل أمثلة لعمل الأمير تمثل قائمة تتيح الامتداد الوقتى في عقود JCT كمثال عجز المقاول في الحصول على المواد العمالة والبترول والطاقة، أو يجعل الحصول على تلك العناصر أكثر تكلفة أو أكثر صعوبة (٣٤٨٦).

وقد كانت نية الإدارة في معظم عقود " هونج كونج " إلقاء مسئولية الصعوبات المادية غير المتوقعة على المتعاقد معها، وكان المهم وجود حلين إما معالجة ما يتحمله المتعاقد من مخاطر أو بيان سياسة عامة بشأن تقسيم المخاطر، وتوضيح ذلك التقسيم في المناطق الحرجة وفي بعض الظروف الخاصة أو عند وجود مواصفات معينة، غير أن قطاع الخدمات العامة أزال بعض الغموض بوضع مبادئ لتقسيم المخاطر (٣٤٨٧).

والجدير بالذكر أن المادة ١٣ من صيغة حكومة هونج كونج للشروط العامة لعقد الأعمال الهندسية

نتفق مع أستاذنا د. أمين بأن الاتفاق المسبق لتنظيم التعويض بخصوص إجراء معين يتوقع المتعاقدون حدوثه يخرج عن دائرة نظرية عمل الأمير، حيث إذا توقعت الإدارة والمتعاقد معها إجراء بعينه قد تصدره الإدارة نكون هنا بصدد تفسير نص تعاقدى يواجه ظروفاً متوقعة لا تفسير لنص تعاقدى يتعلق بنظرية عمل الأمير، أما بالنسبة للاتفاقات اللاحقة على تحقق الإجراء غير المتوقع، فهى تقع تحت نطاق عمل الأمير، وتعد صحيحة لجواز تنازل المتعاقد عن حقه في التعويض الذى تقرر لمصلحة بموجب نظرية عمل الأمير

(٣٤٨٥)Neil F Jones , op , cit , p. ١٠٢

(٣٤٨٦)Ibid , p. ١٠٢

See also – terrorism as a risk in construction contracts p. ١٠٢

- Exceptionally adverse weather p.٩٨

(٣٤٨٧)M.M Kumara swamy , A construction risks underview of ground conditions risks in hong kong. construction law Journal ١٩٩٥ , p٨

عادة ما يتم تقسيم المخاطر بين الإدارة والمتعاقد معها من خلال الشروط التعاقدية الملائمة والمتوازنة، ويلاحظ أن عقد الأعمال الهندسية (H.K.G.C.C.C) و الشروط ICE , Fidic لخصت بعض تلك المبادئ في التحقق من أسباب المطالبات عن طريق الاستبيانات والمقابلات

ألقت بالمسئولية على المقاول في فحص الموقع قبل تقديم عطائه ليتحمل المخاطر المتعلقة بطبيعة الأرض وباطنها، وشكل وطبيعة الموقع، وطبيعة المواد (سواء أكانت طبيعية أم غير ذلك) وطبيعة العمل والمواد اللازمة لتنفيذ الأعمال، بل ومنعت الفقرة الثانية من تلك المادة المقاول من المطالبة بالتعويضات بحجة قيام أى تابع لجهة الإدارة بمده بمعلومات غير صحيحة أو غير كافية، أو بحجة فشل المقاول في الحصول على معلومات صحيحة أو كافية.

علاوة على ماسبق يمكن أن تتمثل المخاطر في نظرية عمل الأمير من خلال الشروط السابقة على عقد التشييد كمثال أن تتعهد الإدارة بمنح مسبق للتراخيص اللازمة أو التعهد بأن تضع تحت تصرف المشروع والمتعاقد معها مرافق البينة الأساسية كمعدات البناء والانفاق والجسور والطرق..... الخ، لذا يجب على جهة الإدارة تعويض المتعاقد معها في حالة تأخير تسليم تلك التراخيص والتعهدات أو عدم تسليمها، ولكن يمكن أن تكون الضمانات البنكية مخرجاً لذلك.

من ناحية أخرى قد تتمثل المخاطر الإدارية في تدخل جهة الإدارة في تنفيذ العقد من خلال الرقابة الفنية التى قد تمارسها جهة الإدارة، أو تعديل القوانين واللوائح بما يزيد في أسعار العقد [٣٤٨٨]، ويمكن أن تكون التصاريح الإدارية العامة والتمويل

General administrative authorisations and financing

([٣٤٨٨])Patrick Blanchard , op. cit , p. ٢٥

For more :

- Peter Jansen: political and economic risks in the construction of independent power projects and their consequences , international construction law Review ٢٠٠٢

Harr, D. Miller and Marvin B:

- starr chapter ٢٧ [Construction law and contracting]- Stephen J, Fowler ٢٠١٠

J. K. Yates:

- Engineering and Construction law and Contracts, Pearson Education-٢٠١١

- Nael G.Bunm: FIDIC's Green Boot – clauses ٦ , ١٣ and ١٤: risk , responsibility , liability , indemnity , insurance and force. majeure, International construction law Review ٢٠٠٢.

مصدراً مهماً للمخاطر التعاقدية إذ قد تكون الشركات المتعاقدة مع جهة الإدارة ملزمة بأخذ عدة تصاريح إدارية قبل البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ، مما قد يدفع تلك الشركات للمطالبة بالتعويض الزمنى أو المالى أو هما معاً، أو قد يدفع الجهة الإدارية لتعطيل المتعاقد معها في استصدار مثل تلك التصاريح، لذا فإن معظم العقود الإدارية الدولية تتجاهل الالتزام الرئيسي الواقع على جهة الإدارة فيما يخص تلك الجزئية (٣٤٨٩).

وبذلك يتضح عدم التوازن التعاقدى في المناقصات العامة، وذلك لصالح الجهات الحكومية التى تدفع بعدم قدرتها على التصرف تجاه أى جهة حكومية أخرى وذلك كى تحد من مسئوليتها التعاقدية

ومن ناحية أخرى قد ترفض الجهة الإدارية الأخذ في الاعتبار الاختلال التعاقدى الناتج عن تمويل المشروع كشرط بدء نفاذ العقد (٣٤٩٠).

وقد وجدت الجهات الإدارية أنه من المفيد جمع كل العلاقات التعاقدية في عقد واحد غير أن ذلك يجعل العقد أقل شفافية، بل ويزيد من المخاطر التى يمكن تواجهها جهة الإدارة مثل المخاطر المرتبطة بإعادة التفاوض، في حين أنها تمرر مخاطر أخرى للممولين الموجودين معاً لكونه يقوم واحد (٣٤٩١).

ومثال للمخاطر التى قد تواجهها جهة الإدارة المخاطر السياسية خاصة فيما يتعلق بتوفير خدمات ومرافق معينة ،كمثال عقد مستشفى port Macquarie حيث انتهت الشراكة بين القطاعين العام والخاص p.p.p بالفشل ولكن أمام الالتزام الواقع على الحكومة في توفير مرفق الصحة بالمنطقة اضطرت جهة الإدارة إلى شراء المستشفى مرة أخرى من القطاع الخاص (٣٤٩٢).

(٣٤٨٩)Francis meuret ,op,cit. p. ٣

This seems to be a major responsibility of the owner this obligation is based on the traditional obligation of the purchaser , it is a best efforts clause

(٣٤٩٠)Ibid , p. ٤

(٣٤٩١)Ibid , p. ٢٩٠

" these problems are porticulary severe in relation to contracts in volving service delivery , such as p p p projects for schools and hospitals In the absence of p p p funding , the special – purpose facilities involvd in such projects would normally be awned by the public sector

(٣٤٩٢)Ibid , p. ٢٩١

المبحث السابع

تسجيلات المخاطر

رسم الفقه المقارن آليات لتقاسم المخاطر كنظام محدد للمنازعات التعاقدية، والتوازن التعاقدى، وتعد العقود النموذجية وسيلة وقائية قبل حدوث ذلك [٣٤٩٣] ، كما أن المخاطر ترتبط باختيار نوع العقد [٣٤٩٤].

يمكن لأطراف عقد الإنشاءات الدولي المساهمة في حل إشكاليات المخاطر ،لذلك يرى البعض أن المهندس-كأحد تلك الأطراف- عليه عبء كبير في تحمل المخاطر بكل مراحل العقد [٣٤٩٥] ،ولن يتمكن

" premier morris lamma , the project was paid for twice over by the taxpayer , similar failure occurred at the Robina Hospital in quensland "

([٣٤٩٣])For more: NILI cohin and Ewan Mckendrick , comparative Remedies for breach of contract , oxford and Portland , Oregon ٢٠٠٥

([٣٤٩٤])د. جمال الدين نصار: المطالبات والمنازعات والتحكيم: بموجب شروط عقود الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والميكانيكية والكهربائية وعقد التشييد وعقد التصميم / بناء ونظم تسليم المفتاح والعقد المختصر الصادرة عن الفيديك (من ١٩٥٣ حتى ١٩٩٩) مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ص ٢٤

فعلى سبيل المثال: يعتبر عقد التكلفة مضافاً إليها الربح (+ cost) عقدا يتحمل فيه رب العمل معظم المخاطر، مقابل سيطرته على المشروع وسهولة التعديلات، وعدم الاحتياج الى توصيف المشروع بدقة في مرحلة التعاقد، بينما لا يتحمل المقاول في هذا النوع من العقود أية مخاطرة، حيث يقوم المقاول بتنفيذ الأعمال وتتم محاسبته على أساس التكلفة مضافاً اليها هامش الربح المتفق عليه في التعاقد، بينما يؤدى عقد تسليم المفتاح (turn key) أو السعر الإجمالى الثابت (lumpsum fixed price) إلى تحمل المقاول مخاطر أكبر لأنه سيتحمل أى ارتفاع في الأسعار أو زيادة في نسب التضخم، وفي الوقت نفسه سيكون لديه حافز أكبر لخفض التكلفة لتحقيق الربح، وتنفيذ المشروع في أقل وقت ممكن.

([٣٤٩٥])المرجع السابق ص ١٩

"حيث تقع مسئولية المخاطر على المهندس بدءا من مرحلة دراسة الجدوى ثم مرحلة التصميم وإعداد المستندات بما في ذلك صياغة العقد، ثم طرح العطاء، وفتح المظاريف، وتقييم وترتيب المتناقصين، ثم توقيع العقد، ثم تنفيذ الأعمال والإشراف على التنفيذ، ثم التسليم الابتدائى، ثم النهائى، ثم تشغيل المشروع والتأكد من تحقيقه للأهداف التى أقيم من أجلها »

المهندس من السيطرة على تلك المخاطر سوى بمعرفته بالتشريعات المختلفة وبإدارته لتلك المخاطر [٣٤٩٦] ومن أساليب إدارة المخاطر اختيار بدائل تلك المخاطر أو العمل على تخفيضها حتى الحدود المقبولة أو نقلها لأطراف أخرى كشركات التأمين[٣٤٩٧].

ومن ناحية أخرى يعد مدير الانشاءات construction manger أحد أهم الحلول للحد من المخاطر في عقود الدولة، إذ يعمل على ضمان الجودة لكن يمكن أن تحد رغبة الإدارة في وضع معايير الوقت والتكلفة بالمرتبة الأولى في مهامه، ومثال ذلك: ما نص عليه العقد الأمريكى لإدارة الإنشاءات ATA حيث يجب على مدير الإنشاءات جدولة الأعمال مع المقاولين الأصليين، وإلا تقع المسئولية على جهة الإدارة إن لم يقم بذلك مع اختلاف درجة الالتزام، حيث يجب على مدير الإنشاءات بذل العناية الواجبة في ذلك أما جهة الإدارة تعد مسئولة عن التنسيق بصورة أكبر، ويمكن تبرير ذلك لكون المدير مجرد وكيل عن جهة الإدارة [٣٤٩٨].

أما في عقد إدارة الإنشاءات " A G C " يعد مدير الإنشاءات مسئولا عن جدولة الأعمال دون

([٣٤٩٦]) المرجع السابق ص ٢٠ لذا هناك حاجة لإدارة المخاطر risk management وترتكز إدارة المخاطر على النقاط التالية.

١) لا يخلو مشروع أيا كان حجمه من المخاطر.
٢) هدف المتعاقدين هو إنهاء المشروع بنجاح لذا يجب التحضير على ذلك.
٣) الحل المثالى للمخاطر هو أن يتحملها الطرف الأقدر على تحملها، ويجب مكافأة الطرف غير القادر على إدارة أية مخاطر عند تحمله لها.
٤) عند حدوث خسائر على المقاول بسبب مخاطر لم يكن في مقدور المقاول المتمرس توقعها لا يتحمل المقاول أية غرامات تأخيرية.
٥) كما يتم استخدام الغرامات الجزائية لابد من وجود مكافآت التحفيز.

([٣٤٩٧]) المرجع السابق ص ٢٣

([٣٤٩٨])Allocation of risk , op. p. ١٤٨

يرى الفقه أن مدير الإنشاءات إذا افترض وجود مخاطر تعاقدية عليه الاحتفاظ بجدولة العقد ليلائم عمل المقاولين، غير أنه في عقود أخرى كمثال العقد الأمريكى لإدارة الإنشاءات GSA PBS's construction management contract " يضمن المدير بجانب الأعمال قبل أو عند تاريخ لاتمام المحدد بالعقد، وذلك نظراً لما يملكه من قدرة على التنسيق الزمنى مع حل مشاكل الموقع، غير أنه في اعتقادنا يجب تفعيل دور مدير الإنشاءات من خلال تجاهل مسألة الخطأ والبحث عن الطرف الأكثر قدرة على معرفة المخاطر والأكثر قدرة على التحكم فيها.

افتراض مسئوليته عن التصميم [٣٤٩٩].

ومن ناحية أخرى لابد من تفعيل دور مدير الإنشاءات تشريعياً، خاصة إذا كانت جهة الإدارة غير خبيرة بأصول وصياغات التعاقد الدولى،أو تقاسم المخاطر، ويكون ذلك من خلال منح مدير الإنشاءات سلطة تفويض اختصاصاته لغيره فيما يخص واجب التنسيق، علاوة على استخدام إدارة الإنشاءات في مرحلة مبكرة وهى مرحلة ترسية العطاء على العطاء الأقل سعرا، غير أن ذلك ليس متبعاً في تشريعات المناقصات في نيويورك إذ تمنع التشريعات هناك مدير الإنشاءات من تفويض مسئوليته عن واجب التنسيق[٣٥٠٠].

مؤدى ما سبق تعد الميزة الأكبر لعقود إدارة الإنشاءات هى تحديد مسئول أمام جهة الإدارة عن اتمام الأعمال من الناحية الزمنية عن كامل المشروع وفقاً للاعتمادات المالية ووفقاً للخطط والمواصفات [٣٥٠١] ،ولذلك يقع على المقاول التزام تعاقدى بتحذير جهة الإدارة في حالة المخاطر التعاقدية وخاصة عند

([٣٤٩٩])Ibid , p. ١٥٢

تطلب تشريعات العطاءات العامة Public bidding من مدير الإنشاءات أن يقوم بارساء العطاء على العطاء الأقل شرط أن يكون مسئولاً، وتم تفسير تلك المسئولية بأنها تكون مسئولية عن الجودة quality والوقت time، غير أن الاتجاه القضائى لمحكمةDobson أقرت بأن المسئولية المقصودة تقوم على علاقات متوازنة صحيحة بين طرفى العقد وتقوم على احترام توقعاتهم courts look beyond contractual terms to analyze the true relationships among the parties in construction contract and the expectations those parties bring into transaction

([٣٥٠٠])Ibid , p. ١٥٠

The public bidding statutes governing the state of newyork and its municipalities have been interpreted to forbid delegation of the duty to coordinate those statutes require that for construction projects of more than ٥٠,٠٠٠$

وقد ذهبت المحكمة في قضية General Bldg contractors v. county of Oneida إلى أنه لا يفضل إجبار جهة الإدارة على الدخول في عقود منفصلة مع أكثر من مقاول لعدم جدواه في تناسق المشروع

([٣٥٠١])Ibid , p. ١٦٧

حدوث ما يعرف باسم التصميم الخطر Novel & Risky design [٣٥٠٢]

تسجيلات المخاطر Risk registers

ظهرت تسجيلات المخاطر في عقود الإنشاءات الدولية لأول مرة في العقود الإنجليزية في الطبعة الحالية للعقد الإنجليزى NEC حيث يتم تعريف المخاطر من المقاول والمالك (الإدارة)، غير أنه قد تم تطوير ذلك ليصبح كإجراء من إجراءات العقد وكنوع من التحذير المبكر [٣٥٠٣].

كما تحوى العديد من المشروعات تسجيلات للمخاطر يتم الاتفاق عليها بين الإدارة والمتعاقد معها، ويعمل عقد NEC٣ على تقليل تلك المخاطر من خلال ما يعرف باحتمالات التحذير المبكر Early warning meetings

بين مدير المشروع والإدارة وذلك للعمل على مواجهة المخاطر وتحديث سجلها، ويعمل ذلك على التحكم في تقييم الأحداث المعوض عنها [٣٥٠٤].

وتجدر الإشارة الى أنه أحياناً يتم معرفة الخطر والمطالبات الإضافية للتعامل معه، لكن يتبقى تحديد قيمة تلك المطالبات وتكمن الخطوات في الاحتفاظ بسجلات معاصرة Proper records لنتائج المخاطر، غير أن تلك السجلات تتحدد طبيعتها بحسب طبيعة الأعمال والشروط التعاقدية، إذ إن العديد من العقود تحوى عدداً من الأعمال الهندسية الميكانيكية، وبالتالى تتطلب تسجيلات واسعة للتحكم بالجودة،

لا تقوم المحاكم فيما يخص تفسير انفاقات إدارة عقود الإنشاءات بقبول التعارضات عند تحويل الالتزامات Shifting of duties

([٣٥٠٢])Independent broad casting Authority v. EMI Electronics and BICC construction LTD (١٩٨٠) ١٤ BLR

John Adriance: construction contract law , second Edition ٢٠٠٧ p. ٢٠٠

([٣٥٠٣])Nicholas Gould , NEC٣: construction contract of the future , construction law Journal , p. ٣٠

تهدف تسجيلات المخاطر هناك الى:

- تعريف المخاطر اللازمة للمشروع
- كيفية التحكم بتلك المخاطر
- تحديد الوقت والتكلفة اللازمة للتحكم في تلك المخاطر

([٣٥٠٤])Davison , op , cit , p. ١٥ " many contracts do not contain specific clauses setting out record keeping in the manner of the ICE conditions

والتى يمكن أن يتم الاعتماد عليها لاحقاً في تحديد قيمة الدفعات [٣٥٠٥].

ويرى الفقه المقارن احتمالية وجود غموض وصعوبة في السجلات في بعض العقود الهندسية، كعقود صناعات البترول والغاز، وترجع تلك الصعوبة إلى وجود متطلبات لإدارة العقد إلى جانب تسجيلات السلامة والتحكم ،والتى تتطلب قدراً أكبر من المعلومات بخلاف عقود I C E، ومثال ذالك: العقود البترولية CRINE التى تحوى حلاً للمنازعات بالاعتماد على التسجيلات [٣٥٠٦].

المبحث الثامن

التحفظات السعرية

The pricing provisions

تتعامل فقرات تحديد السعر مع توزيع المخاطر من خلال:

١- وضع أسس تزايد المبلغ المدفوع، كالسعر المحدد، والتكلفة النموذجية.

([٣٥٠٥])Ibid , p. ١٥

وشروط تلك السجلات كالتالي:

١) رصد تقدم الأعمال بالنظر للأحداث الطبيعية وتنسيق البرامج.
٢) إمكانية استخدام الفيديو.
٣) تسجيل تقدم الأعمال وتسجيل المواد.
٤) استخدام المواد الخطرة المستخدمة في الإنشاءات الميكانيكية.

ولكن يلزم تحديد من يقوم بالتسجيل كى لا يكون هناك ازدواج يؤدى لعدم التوافق وعدم الدقة بين تسجيلات كلا الطرفين، ومثال علي ذلك: تحوى شروط عقد I C E في الفقرتين (٣،٢) شروطاً تسمح للمهندس أن يطلب أية تسجيلات محددة يعتقد بكونها من المستلزمات وعلى المقاول حفظ التسجيلات المعاصرة contemporary records كونها ضرورية لأية مطالبة لاحقة، وإذا كان على المقاول حفظ تلك السجلات لكن لا يقع على المهندس التزام بالتنفيذ من صحة تلك التسجيلات.

([٣٥٠٦])Ibid , p. ١٧

" In this context the provisions of the General conditions of contract issued by the (CRINE) network (cost Reduction in the New Era) in June ١٩٩٧ for the offshore oil and gas industry , which contain in clause ١٤.٧ similar Provisions to those in the ICE contract , re present best practice ,

٢- وقت تحديد المبلغ المدفوع، مثل: فترة ما قبل بدء الأعمال، أو السعر المحدد أثناء التنفيذ.

٣- حجم الأعمال مقابل فقرات التكلفة.

لذلك تتغير سياسات توزيع المخاطر بحسب ما سبق من عناصر [٣٥٠٧].

إلى جانب ما سبق يمكن أن توجد تلك الفقرات – جنباً إلى جنب – مع العطاءات التفاوضية [٣٥٠٨].

وعلى الرغم من أن الإدارة – بديهياً – تتحمل نتائج ومخاطر أعمالها إلا أن هناك صيغا قليلة من العقود الأمريكية تقر ذلك، وعادة ما يكون ذلك تحت اسم « ضبط السعر » للإيقاف أو التأخير أو انقطاع الأعمال

Price Adjustment for suspension, Delay, or interruption of the work

ومثال ذلك: أن المقاول في الولايات المتحدة الأمريكية – يتحمل مخاطر التأخير في الحصول على الموافقات الإدارية قبل البدء في الأعمال أواعتماد العينات، ولا يعوض عن التأخيرات في استخدام فقرات التغيير، حيث لا يتم تعويضه عن التأخيرات التى تسبق أو تعقب مباشرة فقرات التغيير [٣٥٠٩].

([٣٥٠٧])Nash , op cit , p. ٦٩٤

كمثال من يتعاقد بسعر محدد قبل بدء الأعمال يكون بموقف عالى الخطورة، وعلى النقيض في العقود التفاوضية ينص العقد على تحمل الإدارة للخطر الأكبر من التكاليف التى تحدث بجانب السعر الإجمالى، ويعرف ذلك بعقود التكلفة التعويضية

(cost reimbursement contracts)

([٣٥٠٨])Ibid , p. ٦٩٤

Negotiated procurement is allowed under certain specific cirumstances under this type of procurement the government disusses the terms and conditions of the procurement with one or more contractors and "negotiates" the terms of the contract. Approximately three quarters of all government procurement is conducted using the negotiation procedure.

تعد التحفظات السعرية في عقود الدولة أداة مهمة لتوزيع المخاطر، وتستخدمها جهات إدارية عديدة في الولايات المتحدة كإدارة الدفاع، حيث تفرض درجة من تسعير المخاطر على المقاول.

([٣٥٠٩])Nash , op. cit , p. ٧٠٠

فضلا على ماسبق تعد البنود السعرية من محددات المخاطر لأن أغلب فقرات التسعير تقوم على قبول المقاول للعطاءات من ناحية السعر والوقت، وكذلك على المقاول المتعاقد الأخذ في الاعتبار صيغ العقود التى يتعاقد عليها إذ إن هناك بعض الصيغ يفضلها المقاولون (٣٥١٠).

ولكن هناك صيغا أخرى قد يتم فرضها على جهة الإدارة في ظروف معينة، كالتعاقد في ظل الاضرابات، بخلاف الوضع في الظروف العادية فقد تضع الإدارة شروط تعاقد تدفع من خلالها مسئوليتها تجاه المخاطر (٣٥١١).

التوصيات

بعد أن تناولنا مسألة الأمن التعاقدي في عقود الانشاءات الدولية بوصفها أهم العقود الادارية الدولية يعتبر تقاسم المخاطر أحد الوظائف الأساسية لعقد التشييد، كما يعتبر العقد وسيلة لموازنة المخاطر بالحوافز، وعلى كل طرف فى المشروع أن يتحمل جزءا من المخاطر، فإذا قام العقد بتحميل كافة المخاطر على المقاول كما هو الحال فى عقود تسليم المفتاح، فسوف يؤدى ذلك إلى قيام المقاول بزيادة قيمة العقد حتى يستطيع مواجهة تلك المخاطر **إن** تحققت، ومع العلم بأنها قد لا تتحقق أو يتحقق البعض منها فقط أو يتحقق أخفها، وبالتالي قد تتحمل الادارة زيادة فى تكلفة مشروعة لا مبرر لها وكان من الممكن أن يتلافاها لو أنه قام باقتسام المخاطر مع المقاول الذى يصبح فى هذه الحالة هو الطرف الوحيد الذى سيعتمد عليه نجاح تنفيذ المشروع ؛ والعكس إذا ما تم تحميل كافة المخاطر على الادارة ، فإن ذلك سوف يدفع المقاول إلى أن لا يفترض أية زيادات فى أسعاره، وبذلك يحصل رب العمل على أنسب الأسعار

مؤدى ماسبق نوصي بعدة توصيات كالتالي:

-المعالجة الكاملة الشاملة للمخاطر والحوادث الاستثنائية في عقود الإنشاءات الدولية التي تبرمها جهة الادارة ،وخاصة التي قد تكلف الإدارة طرح العطاءات من جديدة مع تكاليف إبرام العقد وتأخير أداء

(٣٥١٠)Brian Eggleston. the ICE Design and construct contract A commentary – Blackwell Scientific publications ١٩٩٤ , p. ٧٥

" some design and construct forms are more favaurable to contractors , the ICh m E Red and green books and the IEC L I meche MF L ١ being obvious examples

(٣٥١١)Ibid , p. ٧٦

" no extensions of time for Inclement weather , no payment for unforeseen conditions , no payment for statutory undertakers delays "

الخدمة المرجوة من المشروع الإنشائى

-نوصي مجلس الدولة المصري بتبني تحديث نظريات التوازن المالى فى العقد الإدارى من خلال فلسفة توزيع المخاطر بما يوازي التطور الحالى فى عقود الإنشاءات الدولية لتواءم الواقع العملى ،واعتناق مبادىء مثل قبول المخاطر acceptance of risk، أو تقسيم المخاطر allocation of risk، أو تحويل المخاطر transfer of risk.

-تفعيل الجهات الادارية علم تحليل وإدارة المخاطر فى صناعة التشييد وعلم حل المنازعات disputology، بالإضافة لعلم الهندسة القيمية value engineering فكل تلك العلوم تفيد فى إطالة العمر الافتراضى لمشروع الإنشاءات.

مع الأخذ بنظم توزيع المخاطر sharing of risk فى قطاع الإنشاءات الدولية حيث إنه يؤثر على جودة واقتصاديات المشروع ككل.

- إنتهاج الجهات الادارية المتعاقدة في عقود الانشاءات عدة تدابير احترازية وإجراءات استباقية قبل حدوث المخاطر ونشأتها من خلال وسائل تخفيف مسئولية الإدارة عن تقاسم المخاطر

قائمة المراجع

المؤلفات العامة:

- د.أحمد فتحى سرور: القانون الجنائي الدستورى، الطبعة الثانية ٢٠٠٢ دار الشروق

- د. توفيق شحاتة – القانون الادارى – طبعة ١٩٥٤ – بدون دار نشر

- د. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية: دار الفكر الجامعى الاسكندرية ٢٠٠١

-د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الادارية– دراسة مقارنة- دار الفكر العربى طبعة ١٩٨٤

-د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الادارية– دراسة مقارنة- دار الفكر العربى الطبعة الخامسة، ١٩٩١

- د. سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – دارالنهضة العربية ٢٠٠٦

- د. سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – دارالنهضة العربية ٢٠٠٣

- د. عبد الرازق السهنورى: الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء السابع – العقود الواردة على العمل – مؤسسة روزاليوسف طبعة ١٩٨٩

- د.محمد حسين منصور: العقود الدولية – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦

- د. محمد سعيد حسين أمين :المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية – بدون دار نشر ٢٠٠٤

المؤلفات المتخصصة

- د. أحمد رشاد محمود سلام : عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية -دار النهضة العربية ٢٠٠٤

- د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى ١٩٨٩

- جمال الدين نصار: المطالبات والمنازعات والتحكيم: بموجب شروط عقود الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والميكانيكية والكهربائية وعقد التشييد وعقد التصميم / بناء ونظم تسليم المفتاح والعقد المختصر الصادرة عن الفيديك (من ١٩٥٣ حتى ١٩٩٩) مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى

- د. جمال الدين نصار، مهندس محمد ماجد خلوصى: عقود الاتحاد الدولى للمهندسين الاستثمارين (فيديك) فقه وتفسير، المركز العربى للتحكيم ٢٠٠٨

- مستشار د. حمدى ياسين عكاشة موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الادارية، الكتاب الثالث (مشكلات تنفيذ العقود الادارية – ٢٠١٥

- مهندس/ لوثر ميرهم جرجس :- إدارة عقود التشييد المحلية والدولية (تعديل ثمن العقد لتغير أسعار عناصر التكلفة) ٢٠٠٧ – بدون دار نشر

- م. د. محمد ماهر أبو العينين: تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الادارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (حقوق والتزامات الطرفين في العقد الادارى) الكتاب الثالث وحقوق المتعاقد مع الجهة الادارية طبعة ٢٠١١

- د.نعيم عطية، التعاقد الدولى وتجهيز مشروعات التنمية. دار النهضة العربية بدون سنة طبع

- د. هانى سرى الدين :التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية المملولة عن طريق القطاع الخاص – دراسة تحليلية لنظام مشاركة القطاع الخاص فى تقديم خدمات البنية الأساسية – دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١

- د. ياسر محمد عبد السلام رجب: المسئولية الادارية العقدية – دار النهضة العربية ٢٠١٥

الأوراق العلمية

- عبد المجيد قميجة: أبعاد الأمن التعاقدى وإرتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولى حول الأمن التعاقدى وتحديات التنمية، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين الصخيرات ١٨، ١٩ أبريل ٢٠١٤

-د. مصطفي رشدى شيحة – تحديد الثمن وتغيره في عقد المقاولة الدولى " نظرة في القانون الاقتصادى الدولى للأعمال " بحث منشور في مقالات الأعمال المدنية، دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية والقانونية، طبعة مكتب الشلقانى للمحاماة، القاهرة سنة ١٩٩٥ م

- ورشة عمل عن الممارسات العملية في الفيديك على هامش مؤتمر تحديات صناعة الانشاءات المصرية ودور الفيديك فيها -مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجاري الدولى: القاهرة ١٦ أبريل ٢٠١٦ م

الرسائل العلمية

- د/ أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – " أطروحة للحصول على درجة

الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ١٩٧٣.

- د/ حازم بيومى المصرى: التطورات الاقتصادية الحديثة وأثرها على مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى – دراسة مقارنة " أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ، ٢٠٠٨.

- د/ حسن محمود محمد الهنداوى – النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص – دراسة مقارنة -" أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٦

- د. عاطف محمد عبد اللطيف: امتيازات الإدارة في العقد الحكومى في النظام الأنجلو أمريكى العقد الادارى في القانون المصرى " أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٨

- د. على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الادارى، دراسة مقارنة، ، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق جامعة عين شمس ١٩٧٥.

- د. على مرضى عياش العنزى: عقود الأشغال الدولية، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٩

- د. عوض الله شيبة الحمد: النظام القانونى لعقود انشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق – جامعة أسيوط ١٩٩٢

- د.مصطفي عبد المحسن الحبشى: التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية " دراسة مقارنة " أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٢

- د/ هاني عرفات صبحي حمدان:النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص -دراسة مقارنة"- أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكليةا لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٦

- د. هانى عليوة: تحديد المسئولية والاعفاء منها في نطاق العقد الادارى الدولى دراسة مقارنة، ، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٥

- د/هبة محمد محمد هزاع. التوازن العقدى في العقود الادارية الدولية « تطبيق على عقود الاستثمار » أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٢

- د. ياسر محمد عبد السلام رجب: الأوامر المغيرة في عقود الانشاءات الدولية في ضوء سلطة الإدارة في تعديل العقد الادارى ، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة لكلية لحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٣.

المقالات:

- مهندس / محمد ماجد خلوصى: لماذا الحاجة إلى عقد هندسى متوازن: المؤتمر العربي للتحكيم الهندسى (التحكيم والهندسة القيمية والاتجاهات الحديثة في عقود الفيديك) خلال الفترة من ٤ إلى ٥ مارس ٢٠٠٩

- د. محمد الأعرج: نظرية عدم التوقع في تنفيذ العقود الادارية – تعليق على حكم المحكمة الادارية بالرباط رقم ٣٦١٤ بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢ شركة الأشغال الكبرى للطرق ضد وزير التهجير – المجلة

المغربية للإدارة المحلية والتنمية المغرب – العدد ١٠٧ سنة ٢٠١٢.

- د. محمد محمد بدران، مدى اتفاق عقد الفيديك الجديد مع القانون المصرى – مقال منشور بمجلة التحكيم العربى ٠ العدد العاشر سبتمبر ٢٠٠٧ م

الوثائق والقوانين

- قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ م الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ م المنشور بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ م في الجريدة الرسمية بشأن اصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ م الصادر بتاريخ ٢٠١١/١/٢٣ م والمنشور بتاريخ ٢٣ / ٢٠١١/١ م في الجريدة الرسمية بشأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع في الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ م.

- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ٨ / ٥ / ١٩٩٨ والمنشور بالجريدة الرسمية في ٨ / ٥ / ١٩٩٨

- قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بشأن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. الوقائع المصرية العدد ٢٠١ – بتاريخ ١٩٩٨/٩/٦

- الدليل القانونى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (الجزء الثانى)، (اليونسترال) صدر فى نيويورك ١٩٨٨ (الأمم المتحدة٠)

- مبادئ يونيدورا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤ (الطبعة الثانية) – الترجمة العربية الصادرة عن المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص – روما ٢٠٠٨

الاحكام القضائية والتحكيم

- حكم شركة الانشاءات الميكانيكية لنور ماندى (شركة توصية بالأسهم) ضد الدولة دعوى تعويض عن تعرض عمال لمادة الحرير الصخرى المسرطنة، مجلس الدولة الفرنسى جلسة ٩ نوفمبر ٢٠١٥ ترجمة وتنقيح د.محمد محمود شوقي

- طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٩ ق بتاريخ ١٩٦٧/٥/٢٠ مكتب فنى ١٢ الجزء الثانى

- حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة ١٩٦٠/٧/١٤ س ١٤ ص ٩٤ وحكمها بجلسة ١٩٧٢/٦/١٧ السنة ١٧، ص ٥٧٦

- المحكمة الادارية العليا ٠ العقد رقم ٣٥٦٢ / ٢٩ ق – (١٩٨٧/٥/١٦) ٣٥/٨٨/٣٢

- حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ٣١١ – ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٠٣/١٤)

- فتوى الجمعية العمومية (الفتوى رقم ٩٥ في ١٩٩٢/٢/٤ – جلسة ١٩٦٤/١/٢٩)-٦٨/٦٩/١٨

- محكمة القضاء الادارى – الدعوى رقم ١٠٨٢ (١٩٦٠/٤/١٤، ٢٦/٢٥/١٤)

- المحكمة الادارية العليا – الطعن رقم ٤٦-١٤ (١٩٧٢/٦١١٧) ٥٧٦/٨٢/١٧)

- فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع جلسة ٢٩ يناير سنة ١٩٦٤ رقم ٩٥ في ١٩٦٢/٢/٤ –

٨٦/٦٩/١٨

- المحكمة الادارية العليا – الطعن رقم ٣١١ – ١١ ق (١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٣/١٤)

- فتوى الجمعية العمومية – الفتوى رقم ٩٥ في ٩٦٤/٢/٤ (جلسة ٢٩ /١٩٦٤/١ – ١٨ /٦٩ /١٨٦)

- قضية رقم ٥١ / ٩٤ حكم نهائي في ٢٥/ ٣ / ١٩٢٦ م مشار إليه « أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٤ – ٢٠٠٠) الطبعة الأولى ٢٠٠٢

المراجع الأجنبية:

- Allocation of risk in the construction Industry: the non professional owner and his construction manager law and contemporary problems, vol. ٤٦. no. I winter

- Eng. Amr Mohammad Abu Helw :PROPOSED FORCE MAJEURE CLAUSE FOR CONSTRUCTION CONTRACTS UNDER PREVAILING LAWS

- A Thesis submitted to the -Construction Department In partial fulfillment of the requirements for The degree of Masters of Science - The American University in Cairo School of Sciences and Engineering

-Andrew Naismith, cash is always king , construction law Journal , ٢٠٠٨ -

-Andrew Stephenson , Risk Allocation in process Engineering projects , Australion Resources & Energy l j y liv ٢٠٠٣

-Brian Eggleston , the NEC ٣ Engineering and construction contract – A commentary – Blackwell publishing , ٢٠٠٦

-Brian Eggleston. the ICE Design and construct contract A commentary – Blackwell Scientific publications ١٩٩٤

Burno De Cazalet:

- The model turnkey contract published by the international chamber of commerce and their positioning compared to FIDIC contracts: contract for the turnkey supply of an plant (٢٠٠٣) and turnkey contracts for major projects (٢٠٠٨) – (international Business law journal) ٢٠١١,

- Changed conditions as misrepresentation in government construction contracts , Hienon line -٣٥ George vashington. l. Rev ٩٧٨ ١٩٦٦ -١٩٦٧

- christopher R.seppala: FIDIC 's new standard forms of contract. risks, force majeure , and termination. International Business law Journal ٢٠٠٠

- David. polinsky:Product liability and the united states Government

contractor. ١٤ Public contract law Journal ١٩٨٣-١٩٨٤

David Chappell:

- Construction Contracts (questions & answers) – spon press ٢٠١١ Second Edition

- Building contract claims, fifth Edition, Wiley & Blackwell-٢٠١١

- Dean lewis , managing risk in construction – who pays ? Extreme conditions (or Physical impossibility) – International construction law Review ٢٠٠١

-Ducan Wallace , construction contracts: principles and policies intort and contract , London. sweet Maxwell ١٩٨٦

-E Harrer, M Mauerhofer, T Werginz - World Academy of Science Analysis of the Interference from Risk-Determining Factors of Cooperative and Conventional Construction Contracts-٢٠١٧ - waset.org

Ellis Baker, Luke Robottom and Anthony Lavers١- Allocation of Risk in Construction Contracts

This article was first published in October ٢٠١٨-in - Stavros Brekoulakis and David Brynmor Thomas:-The Guide Construction Arbitration-Second Edition-

Global Arbitration Review- Law Business Research Ltd- London ٢٠١٨

- Ellis Baker and Michael Turrini, 'The underlying problem: negotiating the ground conditions issue',

Society of Construction Law Paper (٢٠١٣)

First Online: ١٨ October ٢٠١٧

-francis meuret: Analysis and management of the risks in international construction and Industrial works contracts, (International, Business law Journal) ١٩٩٨

- Form of sub – contract (Revised septemper ١٩٨٤).

- For use in conjunction with the I.C.E conditions of contract – the federation of civil engineering contractors.

- Francis meuret: analysis and management of the ridks in international construction and industrial works contracts – international business law

Journal ١٩٨٨

- Graham Vinter, Project Finance, ٤th ed. , Sweet and Maxwell, (٢٠١٣).

- Gerald s. Hartman , assumption of risk in two – steps formal Adevertising – public contract law Journal October ١٩٧٢

- Gerrit de Geest , contract law and Economics , Encyclopedia of law and Economics , second Edition , Edward Elger

- Geoffrey Tricky and Mark Hacket: the presentation and settlement of contractor's claims – second Edition –– spon press ٢٠١١

- Geoff Haley , PFI contractors: some emerging principles -Construction law Journal ١٩٩٩

- Gordon Anderson , Tunnel vision " construction law Journal ٢٠٠٨

-

- Gordon Smith ‘Latent Conditions and the

- Experienced Contractor Test’, International Construction Law Review, (٢٠١٦)

Halsbury's Laws of England :
– Building Contracts (Volume ٦– ٥th Edition,) ٢٠١١

Harr, D. Miller and Marvin B:
- starr chapter ٢٧ [Construction law and contracting]- Stephen J,Fowler ٢٠١٠- Heon scott Holland , calum lamoni , contract Administration , ٢٠٠٧

- Hendri du Plessis -Pierre Oosthuizen:Construction project management through building contracts, a South African perspective) Construction Management and Economic -Vol ٢٥ No ١ (٢٠١٨

- Hugh Beale, Chitty on Contracts, ٣٢nd ed., Sweet & Maxwell, (٢٠١٥)

-James Doe , who holds the programme risk ? , construction law Journal (٢٠٠٨)

-J. K. Yates: Engineering and Construction law and Contracts, Pearson Education-٢٠١١

-JEAN-MICHEL OUDOT :Performance and Risks in the Defense Procurement Sector: Journal of Public Policy, Vol. ٣٠, No. ٢ (August

٢٠١٠), Published by: Cambridge University Press Stable URL: http://www.jstor.org/stable/٤٠٧٨٣٦٢٤

-John Adriance: construction contract law , second Edition ٢٠٠٧

-John Bremen,Risk allocation,project finance and trends in project delivery ٢٠٠١

-John cortwright , misrepresentation , mistake and non – Disclosure – sweet and Maxwell ٢٠٠٧

-John d wright , underwriting the design and build risk construction law Journal ٢٠١٠

- John D wright,Risk Management for designer and contractors,construction law journal ٢٠٠٤

- John D wright,Risk and insurance in NEC ٢٠٠٥, ,construction law journal ٢٠٠٧

-John D.wright , construction Insurance Practice law Reinsurance and Risk Management ١٩٩٧ ,

- John k. sykes , construction claims ,sweet and Maxwell ١٩٩٩

- John F. mc Guinn , no title , construction law Journal. ٣٨ (١٩٨٩)

- John salway , Georgia smith: Insuring against risks in construction law Journal ٢٠٠٨

John Murdoch & Will Hughes:

- construction contract law and management (third Edition ٢٠٠٠).

- Construction contracts. [Law and Management] ٤th Edition the Cromwell press ٢٠٠٨.

- Julian Bailey, Construction Law, Volume ١, ٢nd ed., (٢٠١٦).

-Bryan Shapiro QC, 'Transferring Risks in Construction Contracts', (٢٠١٠), available at: http://www.shk.

ca/wp-content/uploads/٢٠١٣/٠٢/Transferring-Risks-in-Construction-Contracts-BSS.pdf.

- Khaled Ashmawi, Laith A Hadidi, Sadi Assaf, Firas M Tuffaha and Khalaf ٢٠١٨ Journal :Risk assessment and allocation in the contract for public works used in Saudi Arabia construction industry: Cogent Engineering

DOI: http://dx.doi.org/١٠.١٠٨٠/٢٣٣١١٩١٦.٢٠١٨.١٤٩٠١٤٨

- Kieth pickarance , Delay and Disruption in construction contracts – London Hong ١٩٩٧

- Martin Hirst , shared risk and reward the key to partnering – construction law Journal ٢٠٠٩

- Micheal patrich o'reilly , principles of construction law – longman Grap uk ltd ١٩٩٣

- Mitja kovat , comparative contract law and Economics , Edward Elgar publishing limited ٢٠١١

- M.M Kumara swamy , A construction risks underview of ground conditions risks in hong kong. construction law Journal ١٩٩٥

- Nael G.Bunm: FIDIC's Green Boot – clauses ٦ , ١٣ and ١٤: risk, responsibility , liability , indemnity , insurance and force. Majeure, International construction law Review ٢٠٠٢

- Nicholas Dennys QC and Robert Clay (eds), Hudson's Building and Engineering Contracts, ١٣th ed., Sweet & Maxwell, (٢٠١٥).

- Nicholas Gould , NEC٣: construction contract of the future , construction law Journal ٢٠٠٨

- Nicholas Gould: Challenges of the Egyptian construction industry and the Role of FIDIC , ١٦ April ٢٠١٦ – Egypt conference in cairo Regional centre for international commercial arhitration

- Neil f. Jones, the JCT Major project form – Black well publishing LTD ٢٠٠٤

- Neil Jones: Jct leaves risk allocation unchanged construction law Journal ٢٠٠١

- Nili cohen & Ewan Mckendrick comparative remedies for Breach of contract – Hart publishing, oxford and Portland ٢٠٠٥

- O'eilly , Michael " Risk in construction contracts and construction Disputes construction law Journal (١٩٩١)

- Patrick mm. lane , Disruption and delay: fair entitlement and the regulation of risk , construction law Journal ٢٠٠٦

- Paul newman: book Review: construction In solvency: security, Risk and renewal in construction contracts – construction law Journal ٢٠١٦

- peter Hibberd , Agreement Promote risk reduction , construction law Journal ٢٠١٠

- Peter Jansen: political and economic risks in the construction of independent power projects and their consequences, international construction law Review ٢٠٠٢

- Pemel Bloom field , f. Daniel Ahern: long – term infrastructure partnerships: contracting Risks and Risk- university of Toronto law Journal

- Philip Bruner, allocation of risk in international construction contracts – International construction law Review volume ٣, April ١٩٨٦

- Philippe Bolmin , co- development: towards a new system of partnering in the public and private sectors in the execution of major infrastructure projects – International Business law Journal ١٩٩٩

- Philip norman , pinsent masons , the changing nature of risk , construction law Journal ٢٠٠٦

- Ralph c. Nash , JR وRisk. Allocation in Government contracts: George Wash. law Review ١٩٦٥-١٩٦٦)

- R Peter Davison , Evaluating contract claims - second Edition – wiley Blackwell First Edition ٢٠٠٩

- Reduction strategies – state & local Government Review – vol , ٤٣ , no. ١ (April ٢٠١١) -

- Richard A Eastman: Allocation of Risk in construction contracts – International Business lawyer July / August ١٩٨٤

- Richard H. low and Jason m. muncey consensus kocs ٣٠١ Bim Adden dum- The construction lawyer constr law.٢٢ ٢٠٠٩

- Richard f , smith and Arthur leadermant , Dobson v , rutgers: A Roll of the dice for multi , prime contractors – construction law Journal ١٩٨٤ – ١٩٨٥

- Robert c. Meyers , Debra. a. perselman: construction Insurance: Risk allocation through Indemnity obligations in construction contracts south Carolina law Review ١٩٨٨ – ١٩٨٩ ,

- Rupert Reece & others , nuclear projects in the ٢١ st century , International Business law Journal ٢٠٠٩

- Salahi Pehlivan &Ali Erhan Öztemir :Integrated Risk of Progress-Based Costs and Schedule Delays in Construction Projects-Engineering Management Journal Published: ٢٥ Apr ٢٠١٨

- Stavros Brekoulakis and David Brynmor Thomas:-The Guide Construction Arbitration-Second Edition-

- Global Arbitration Review- Law Business Research Ltd- London ٢٠١٨

- Steven G.M stein and Ronald o. wietecha A comparison of consensus Docs to the A I A form constraction contract Agreements- Hienonline – ٢٠٠٩ the construction lawyer winter ٢٠٠٩

- Simon Deakn and Jonathan Michie: contracts, co-operation , and competition – studies in Economics , Management , and law – oxford university press ١٩٩١

- Thomas telford, practical Risk Management agreement in construction Industry , ١٩٩٥ ,.

- treitel, Gunther H. frustration and force majeure , sweet , Maxwell ١٩٩٤.

- Triantis George G. "contractual allocation of unknown Risks: A critique oF the doctrine of commercial Impracticability " ٤٢ university of Toronto law Journal.

- UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, consolidated legislative recommendations ,

- Veronique bishop and Ashoka mody: finance & Development / June ١٩٩٥, Exploiting competitive opportunities in telecommunications

- Vincent Hooker , major oil and gas projects – the real risks to EPC contractors and oulners – construction law Journal ٢٠١٠

- Yongqiang Chen,Wenqian Wang,Shuibo Zhang &Jingya You Understanding the multiple functions of construction contracts: the anatomy of FIDIC model contracts Construction Management and Economic ٢٠١٨

- Zac spyrou , sub- contracting – risks and opportunities- construction law Journal ٢٠١٠

وثائق بلغة أجنبية

- Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects second Edition ٢٠١٧.

- Conditions of Contract for Construction- second Edition ٢٠١٧.

- Conditions of Contract for Plant&design Build- second Edition ٢٠١٧

- Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects first Edition ١٩٩٩.

-Conditions of contract for works of civil Engineering Construction (Part ١) General conditions (Fourth Edition) ١٩٨٧

-The Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol – October ٢٠٠٢ – October ٢٠٠٤ reprint Published by the Society of Construction Law.

- The Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol – ٢٠١٧ Published by the Society of Construction Law.

قائمة بأهم المختصرات

A-E :		Architect Engineer.
JCT:		Joint Tribunal Ltd
NO:		Number
Para:		Paragraph
UNCITRAL:		the united nations commission on International Trade Law
B.O.T:		Build-Operate-Transfer
Vol:		Volume
Ed:		Edition
P		Page
Op.cit	:	ouvrage precite
NEC	:	New Engineering Contract
JCT	:	Management Building Contract
TCC	:	Technology and Construction Court
PPP :		Public private partnership
ICE	:	Institution of Civil Engineers
FIDIC	:	Federation Internationale des Ingenieurs Conseils
SCL :		The society of Construction Law's Delay and Disruption Protocol